



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

“Modelo tridimensional en el derecho de autor (argumentación cultural del copyright)”

Tesis que, para optar por el grado de Doctor en Derecho presenta:

Mtro. Ernesto Marcelo Sánchez Fernández

Tutores: Dr. Eduardo Luis Feher Trenscher

Dra. Norka López Zamarripa

Dr. Eduardo Valentín de la Parra Trujillo

Dr. Miguel Ángel Ortiz Bahena

Dr. Alejandro Luna Fandiño

Programa de Posgrado en Derecho

Ciudad de México, 2 de junio de 2021.



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

ÍNDICE GENERAL	2
Abreviaturas	7
<u>Presentación</u>	8
<u>Introducción</u>	9
Capítulo I. Breve estudio antropológico del derecho de autor.	16
1.- Evolución del concepto “autor”	18
1.1.- El teatro griego.	19
1.2.- El concepto de autor e intérprete para Aristóteles.	22
2.- El problema de la autenticidad de la obra.	24
3.- Plagio y concepto de autoría en el Derecho Romano.	26
4.- La figura del mecenas en el Renacimiento.	29
5.- La experiencia cultural y el método tridimensional en el derecho de autor.	30
6.- Opinión personal.	33
Capítulo II.- Análisis histórico – filosófico del Derecho Autor.	34
1.- Justificación del tema	34
2.- La imprenta y la teoría de los privilegios.	35
3.- Filosofía del <i>Copyright</i> Anglosajón.	40
3.1.- Los editores como titulares originarios del <i>copyright</i>.	43
3.2.- La doctrina del “<i>work of hire</i>” u obra por encargo.	45
4.- Teoría del derecho de propiedad.	48
5.- Teoría sobre el derecho de bienes inmateriales.	52
6.- Immanuel Kant y la teoría de la personalidad.	54
7.- Hegel y el derecho de autor.	57
8.- Víctor Hugo y el Convenio de Berna.	59
8.1.- Principios del Convenio de Berna.	62
A.- Trato nacional (o de asimilación del extranjero al nacional).	64
B.- Ausencia de formalidades.	64
C.- Límites al derecho patrimonial (la regla de los tres pasos).	66
D.- Duración de la protección.	68
E.- Derechos morales.	68

8.2.- Crisis del “eje Paris – Berna.”	69
8.3.- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).	71
9.- Teoría crítica de la propiedad intelectual.....	73
9.1. El “ <i>General Intellect</i> ” de Karl Marx.....	76
9.2.- Comentarios a la obra de arte en la época de la reproducción técnica de Walter Benjamín.	78
9.3.- La concepción Nazi de la propiedad intelectual.	81
9.4.- El derecho de autor Soviético.....	85
9.5.- Adorno y Horkheimer: la teoría crítica de la industria cultural.....	86
10.- Los TRIPS y la ideología dominante del <i>copyright</i> estadounidense.....	89
11.- Derecho de autor y derechos humanos.....	92
12.- Opinión personal.....	101
Capítulo III. El derecho de autor en México.	104
1.- México precolombino.....	104
2.- Periodo virreinal.	105
3.- México independiente.	107
3.1.- Las constituciones de Cádiz de 1812 y de Apatzingán de 1814.....	107
3.2. Constitución de 1857.....	109
3.3.- Código civil de 1870.	111
3.4.- Código civil de 1884.	112
3.5.- Constitución de 1917.	113
3.6.- Código civil de 1928.	116
4.- Ordenamientos en materia de derechos de autor.	118
4.1.- Ley federal sobre el derecho de autor de 1948.....	118
4.2.- Ley federal del derecho de autor de 1956.	121
4.3.- Reformas y adiciones a la ley federal del derecho de autor de 1956, publicadas en 1963.	122
4.3.1.- Los derechos conexos.....	125
4.3.2.- Derecho laboral y derechos conexos.....	129
4.4.- Ley Federal del Derecho de Autor de 1996.	133
5.- El sistema de restricciones al derecho patrimonial en la LFDA.....	140
5.1.- Cita de textos:	146
5.2.- El uso para fines educativos.....	147
5.3.- La copia privada para el uso personal.	148

5.4.- Acceso a la obra para personas con discapacidad.....	148
5.5.- Obras visibles desde un lugar público.....	150
6.- El Capítulo XVII del TLCAN.....	151
7.- El T-MEC y la inevitable “armonización” de la LFDA.	158
8.- Opinión personal.....	162
Capítulo IV.- Trilogía sujeto – objeto - contenido.....	165
1.- Sujeto.....	165
1.1.- El mito de la autoría.....	169
1.2.- Titulares derivados.....	173
1.2.1.- Facultades patrimoniales de los titulares derivados.....	174
A.- Editores de libros.....	175
B.- Productores de fonogramas.....	176
C- Productores de videogramas.....	179
D.- Organismos de radiodifusión.....	179
2.- La obra como objeto de protección del derecho de autor.....	182
2.1.- Originalidad.....	190
2.1.1.- Diferencia entre plagio y piratería.....	193
2.1.2.- El plagio en la obra musical.....	198
A.- Hechos:.....	204
B.- Norma:	205
C.- Valores:.....	205
2.1.3.- El “leitmotiv” del plagio en la obra audiovisual.....	207
2.2.- Tipología de obras.....	209
3- Fijación.....	210
4.- Contenido del derecho de autor.....	211
4.1. Derechos morales.....	211
4.2.- Derechos patrimoniales.....	216
4.2.1. Transmisión de derechos patrimoniales.....	221
4.2.2. Derechos de autor en la obra audiovisual.....	225
4.3.- Derechos de simple remuneración.....	227
4.3.1. El “ <i>Droit de suite</i> ”	229
4.4.- Crítica del <i>copyright</i> a la teoría de los derechos morales.....	230
5.- Restricciones o límites no contemplados en la LFDA.....	231

5.1.- ¿Qué es el “Cover”?	235
5.2.- El “Sampler”.	236
5.3. Los ocho compases.	237
5.4.- ¿Puede considerarse al “ <i>must carry</i> ” & “ <i>must offer</i> ” como excepciones o límites al derecho patrimonial?	238
5.5.- La parodia.	242
5.6.- El uso de obras musicales realizados por organismos de radiodifusión del Estado.	242
6.- Análisis de criterios jurisprudenciales, relativos al pago de regalías emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	243
7.- Opinión Personal.	251
Capítulo V.- Argumentación jurídica en el derecho de autor.	254
1.- Justificación del tema.	254
2.- interpretación fenomenológica en el derecho.	256
3.- Crítica al iuspositivismo en el derecho de autor.	259
4.- Modelos argumentativos en el derecho de autor.	265
4.1.- Modelo tridimensional aplicado al derecho de autor.	267
A.- Síntesis de los “Hechos”:	267
B.- Normas:	268
C.- Valores (o principios):	269
4.2.- Modelo garantista en el derecho de autor.	271
4.3.- Modelo argumentativo de Stephen Toulmin en el derecho de autor.	275
4.4.- Modelo y método de la ponderación en Robert Alexy.	282
4.4.1.- Distinción entre reglas y principios.	283
4.4.2.- Estructura de la ponderación	283
4.5.- Argumentación a partir de valores (La dimensión estética del derecho de autor)	285
5.- Interpretación constitucional en el derecho de autor.	288
6.- Lagunas en el derecho de autor.	290
7.- Opinión personal.	291
Excursus.- Derechos de autor y la ciencia-ficción (Inteligencia artificial y creación intelectual).	293
Conclusiones:	296
CAPÍTULO I	296
CAPITULO II.	296

CAPITULO III.....	298
CAPITULO IV.	300
CAPITULO V.	301
BIBLIOGRAFÍA.....	303
HEMEROGRAFÍA.....	311
FUENTES DE INTERNET:	313
CONFERENCIAS, SEMINARIOS Y TESIS PROFESIONALES CONSULTADAS:	314
CURSOS EN LÍNEA:.....	314
FILMOGRAFÍA:.....	315

ABREVIATURAS.

ACTA	ACUERDO COMERCIAL CONTRA LA FALSIFICACIÓN
ADPIC	ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO.
ALAI	ASOCIACIÓN LITERARIA Y ARTÍSTICA INTERNACIONAL
CC	CREATIVE COMMONS
CCF	CÓDIGO CIVIL FEDERAL
CPF	CÓDIGO PENAL FEDERAL
CPEUM	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Constitución)
CISAC	CONFEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE AUTORES Y COMPOSITORES.
Convenio de Berna	PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS (ACTA DE PARIS, 1971)
LDFA	LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (24 DE DICIEMBRE DE 1996)
LFT	LEY FEDERAL DEL TRABAJO
LPI	LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
DOF	DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN.
FCE	FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
FEMESAC	FEDERACIÓN MEXICANA DE SOCIEDADES AUTORALES.
OMC	ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO
OMPI	ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
IMPI	INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
INDAUTOR	INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR
IIJ	INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM
RLFDA	REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR
SACM	SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE MEXICO, S. DE G.C. DE I.P.
SEP	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA.
SOGEM	SOCIEDAD GENERAL DE ESCRITORES DE MÉXICO, S. DE G.C. DE I.P.
SOMEDIRE	SOCIEDAD MEXICANA DE DIRECTORES Y REALIZADORES DE CINE, S. DE G.C. DE I.P.
S. V.	" <i>Sub voce</i> ", significa "bajo la voz" o "bajo la palabra."
TLCAN	TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE (DOF. 1 DE ENERO DE 1994)
T-MEC	TRATADO MÉXICO-ESTADOS UNIDOS-CANADÁ
TPP	TRATADO INTEGRAL Y PROGRESIVO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TRANS PACIFIC PARTNERSHIP)
UE	UNIÓN EUROPEA
UNAM	UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
UNESCO	ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA.
WCT	EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (WIPO COPYRIGHT TREATY).
WPPT	TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS.

Presentación.

Existe una estrecha relación entre la pandemia y el derecho de la propiedad intelectual, ambos son males necesarios para la convulsa civilización, respecto de la primera, existe una teoría conspirativa en el sentido de que el virus SARS Cov-2 (Covid 19), quizá sea una invención intelectual, de mentes retorcidas para crear un nuevo orden mundial despoblado, enfermo y pauperizado en beneficio de unos minoría, o bien, tal vez sea una mutación natural del género “Coronavirus”, creado por nuestra madre tierra para despoblar al planeta del “progreso” material de la especie humana. Desde luego, es difícil saber las verdaderas razones de la pandemia en cuestión, lo que, si es un hecho, es que la obra que el lector tiene en sus manos es el resultado de una permanente contradicción o duda intelectual del suscrito investigador: ¿Es necesario el derecho de autor? Esto es, vivimos en una especie de “modernidad” tecnológica, pero a la vez distópica, la cual nos lleva a pensar en una pérdida en la fe de la idea de una “propiedad inmaterial de la creación”, ante ciertos fenómenos para normativos y que ponen en tela de juicio a las estructuras jurídicas que regulan la creación intelectual.

Ante esta crisis de identidad como jurista y pretendido “especialista” en un tema tan simple, pero de complejas consecuencias jurídicas, es que he llegado a la firme convicción de que el derecho de autor debe ser visto con un enfoque literario y crítico, que ponga en duda su “eficacia” como normativa.

Aclaro que la anterior aseveración no implica una renuncia a mi vocación profesional de postulante en temas de derecho de autor y propiedad industrial, ante la crisis de esta mal llamada “posmodernidad”, creo que tanto el creador persona física (que tiene derecho a un monopolio temporal sobre su obra) como los individuos (quienes se enriquece de la creación intelectual), necesitan encontrar un punto de equilibrio que permita el pleno desarrollo cultural de una sociedad.

Asimismo, deseo agradecer a los tutores de la presente investigación: a Eduardo Luis Feher Trenchiner por su generosidad intelectual y paternidad desinteresada, para Eduardo de la Parra Trujillo agradezco su severidad académica y metodológica, fruto de años de experiencia no sólo en el foro jurídico , sino también como maestro abnegado y comprometido con el derecho de la propiedad intelectual, para mi amigo y fiel maestro Miguel Ángel Ortiz Bahena tengo un reconocimiento especial por su fe en el proyecto y por su entrega al mismo, también deseo agradecer los comentarios y sugerencias de María del Carmen Arteaga y Gabino Guillermo Vázquez Robles, ambos maestros durante la especialidad de derecho intelectual, en el posgrado que imparte nuestra egregia Facultad de Derecho de la UNAM, de igual manera, deseo extender mi agradecimiento a los maestros Ramón Obón León, Ignacio Otero Muñoz y Miguel Eduardo Morales Lizárraga, por su amistad y buenos consejos.

No omito reconocer la labor de mi familia y amigos, quienes sin su paciencia este proyecto no hubiera sido posible, me refiero a Marcela Fernández Violante, madre y creadora audiovisual, a quien desde niño me constan los abusos de algunos productores de cine, quienes se aprovecharon de su ignorancia legal en estos temas, a mi esposa Erika Rocha Vega, fiel escudera y compañera de mis locuras Quijotescas, a Roberto mi hermano, músico y perene amante de las artes, a mi pequeña hija Ana Mar, por sus sacrificios al dejarme terminar en mis ratos libres, la presente investigación.

Ciudad de México, primavera de 2021.

Introducción.

“Desde que se impuso –no hace más de tres siglos – la creencia en la propiedad intelectual, los movimientos underground y alternativo, así como las vanguardias más radicales, la han criticado en nombre del “plagio” creativo, de la estética del cut up y del sampling, de la filosofía do it by yourself.” Colectivo Wu Ming, Copyleft y maremoto

A lo largo de la presente investigación se analizará bajo un enfoque filosófico-literario el derecho de autor¹, su relación con la libertad de expresión, los derechos culturales y la argumentación jurídica, a fin de responder las siguientes preguntas:

¿Puede desarrollarse una teoría de la argumentación jurídica en el derecho de autor? ¿Existen contradicciones entre los derechos intelectuales y los denominados derechos culturales? ¿Cuáles son los límites al derecho patrimonial de autor? ¿Cuál es el panorama del derecho de autor en la renegociación del TLCAN (hoy T-MEC)? ¿Qué modelo argumentativo resulta idóneo para resolver un caso difícil en el derecho de autor? ¿Es necesaria una reforma a la LFDA?²

La metodología para contestar a estas preguntas es diversa, además de los métodos deductivo e inductivo, el método histórico y el método tridimensional³, esta investigación se apoyará en diversas teorías de la argumentación jurídica, entendiéndose a ésta como el arte de interpretar el derecho, que nos puedan auxiliar

¹ “Es el poder jurídico que corresponde al creador intelectual para ejercer derechos de naturaleza moral y patrimonial respecto de sus obras, independientemente del género a que éstas pertenezcan.” Caballero Leal, José Luis. *Derecho de autor para autores*, México, F.C.E. - CERLAC, 2004. p. 1

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 24 de diciembre de 1996. Reformada los días 19 de mayo de 1997, 23 de julio de 2003, 27 de enero de 2012, 10 de junio de 2013, 14 de julio de 2014, 17 de marzo de 2015, 17 de diciembre de 2015, 13 de enero de 2016, 15 de junio de 2019 y 1 de julio de 2020, respectivamente.

³ La teoría tridimensional derecho, se le atribuye al jurista Brasileño Miguel Reale, que consiste en analizar el fenómeno jurídico en tres dimensiones: hecho, valor y norma, a fin de desarrollar un modelo que interprete o resuelva un caso hipotético o judicial. “Una de las características distintivas del hombre es su actividad creadora, o lo que es lo mismo, su capacidad de inventar fines, de dar valor a lo naturalmente dado. De tal forma, surge el mundo de la cultura, puesto que el hombre es, fundamentalmente, un ser cultural, axiológico, inventor, creador...el Derecho, y sus ramas son, por ende, una de sus grandes invenciones.” Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho, una visión integral del derecho*, Traducción Ángeles Mateos, España, Editorial Tecnos, 1997, p. 15

a entender diversos fenómenos o casos difíciles en nuestra materia, y que por su complejidad requieran de herramientas argumentativas para su solución.

Por lo que respecta a la dimensión ética o axiológica que funda nuestra disciplina de estudio, es precisamente el equilibrio entre los de autores y titulares de obras, siendo que la Constitución y la LFDA les otorga a los primeros, ciertos derechos de corte moral y patrimonial que le permiten una vida digna en base a su trabajo creativo, y logre al mismo tiempo que la población pueda enriquecerse de la creación cultural, razón por la cual se establecen límites o restricciones a dichas facultades

Otro de los casos difíciles y que atañen a temas de competencia económica, es el fenómeno del abuso del derecho por parte de las empresas del entretenimiento quienes ejercen oligopolios en los mercados de bienes culturales (libros, películas, programas de entretenimiento, conciertos y espectáculos), quienes requieren del concurso de diversos autores obtenido de éstos últimos, los denominados derechos de patrimoniales sobre las obras producidas. Existe una constante por parte de los titulares de emplear contratos de cesión absoluta (leoninos), por lo que dicha conducta priva a los creadores personas físicas de la titularidad originaria del contenido creativo.⁴

Es importante señalar que en la tradición jurídico-cultural latina –o derecho continental- existen diferencias entre el denominado derecho de autor “*droit d’auteur*” y el *copyright* © cuyo origen es anglosajón. La primera distinción lo representa el objeto, al ser el *copyright* producto de una cultura basada en el utilitarismo y liberalismo, se inclina más hacia la obra y los titulares derivados que

⁴ “El instrumento de control por excelencia es la teoría del abuso del derecho. El tema más discutido en esta teoría es la determinación del límite que establezca que más allá de él, el ejercicio del derecho es abusiva y por tanto reprochable. El sistema para la determinación del límite varía según algunos autores: unos opinan que lo determinante es la intención de dañar a otro; otros afirman que lo importante es la desviación del derecho de su función social.” Sánchez-Cordero Dávila, Jorge, “Abuso de derecho”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. I, México, 8ª edición, Editorial Porrúa – UNAM, 1995, p. 28

al propio autor, es decir, a la persona humana. La segunda distinción es el registro: en sus inicios, el copyright requería del depósito de la obra ante una autoridad, más adelante el registro se perfeccionó como requisito de protección en los Estados Unidos de América, en tanto que la doctrina del derecho de autor continental europeo, no requiere de formalidad alguna para la protección de la obra; bastará con la fijación material de la misma. La tercera distinción es el reconocimiento de los “derechos morales”, los cuales se analizarán a lo largo del presente trabajo, derechos de tipo personal que, salvo la paternidad de la obra, no son reconocidos por el copyright, así como los derechos de simple remuneración, entre ellos el derecho de persecución o “*droit de suite*”.

Toda vez que el presente trabajo tiene un enfoque cultural, se realizará un análisis crítico del *copyright*, a fin de cuestionar las facultades de reproducción y transformación en el ámbito del internet, mediante el uso del método cultural para explicar la complejidad en torno al derecho intelectual en general, y al derecho de autor en particular, sus alcances, contradicciones y límites.

De acuerdo con Paul Kahn, existen cuatro reglas destinadas a establecer el carácter distintivo de la investigación jurídico-cultural, a saber: (i) Evitar proponer reformas, (ii) admitir que el Estado de Derecho no es una cuestión de verdad revelada ni de orden natural; es una forma de organizar una sociedad bajo un conjunto de creencias que son constitutivas de la identidad de una comunidad y sus miembros individuales (iii) asumir al estado de derecho como un conjunto de significados a través de los cuales vivimos, (iv) abandonar el mito del progreso.⁵

En el aspecto jurídico-cultural, el derecho de autor puede concebirse como un sistema de creencias positivadas en un orden jurídico determinado, por lo que la

⁵ “Una nueva disciplina de los estudios jurídicos tiene que abandonar el proyecto de reforma. Sin embargo, no podemos llegar a ella sin que primero comprendamos el lugar central de la reforma en nuestra cultura jurídica y las razones por la que esta idea ha tenido un poderoso arraigo en la investigación del investigador del derecho.” Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Jorge Malem, España, Editorial Gedisa, 2001. p. 17.

propiedad intelectual -en general- y el *copyright* en particular, son creencias que se impusieron desde el siglo XVIII, cuyos postulados convergen con las tesis liberales de la propiedad privada y del propio “Estado de Derecho” o “positivismo jurídico”, pudiéndose entender este último, como el culto al legislador y a la Ley, y cuyo estudio se abordará con mayor detenimiento en los capítulos II y V de la presente tesis, al estudiar la relación entre derechos de autor y los derechos humanos.⁶

Por lo tanto, no será el objeto de este ensayo, proponer alguna reforma a la actual legislación, ya que las proposiciones serían subjetivas y podrían incurrir en una falacia iusnaturalista, es decir, “el deber ser de la norma”, sino que tan sólo se limita a señalar o describir, algunos hechos (fenómenos) en torno a la creación artística y al derecho de autor, a fin de identificar las posibles lagunas del actual sistema positivo.⁷

Así pues, la presente investigación se dividirá en cinco capítulos: en el primero denominado “Breve estudio antropológico del derecho de autor”, se analizará el origen de nuestra disciplina, en especial Grecia y Roma. De igual forma, se intenta justificar el carácter cultural y por lo tanto tridimensional de la presente investigación.

En el segundo denominado “Análisis histórico – filosófico de derecho de autor”, se expondrán las principales teorías filosóficas que justifican el derecho de propiedad inmaterial, asimismo, se expondrán diversas teorías jurídico filosóficas que explican la naturaleza del derecho de autor y el *copyright*, incluyendo una teoría crítica del derecho intelectual, particularmente, las denominadas “industrias

⁶ Bajo la lógica del libre mercado, un orden jurídico supranacional acorde al modelo del *copyright*, es necesario para regular el mercado de bienes culturales, por ejemplo: libros, grabados, discos, películas, incluyendo servicios de entretenimiento, (cines, teatros, etcétera), los organismos internacionales que proveen normas jurídicas a dichas actividades son la OMPI (Berna, Roma, TODA) y la OMC. (ADPIC)

⁷ “La laguna del derecho aparece cuando se afirma que un litigio particular no puede ser resuelto porque el derecho carece de normas que se refieran a él para darle una calificación deóntica a la conducta que se demanda.” Ruiz Manero, Juan y Schmill, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2007, p. 72. En el capítulo IV, se abundará en el concepto de laguna en el derecho de autor.

culturales”, término que se acuñó por los autores Theodor Adorno y Max Horkheimer⁸, en su obra “Dialéctica de la Ilustración”.⁹

En el capítulo tercero “El derecho de autor en México”, se realizará un bosquejo histórico del derecho de autor en la cultura jurídica mexicana, a partir de la época colonial hasta nuestros días, asimismo, se estudiará el capítulo XVII TLCAN, relativo a la propiedad intelectual, así como los aspectos más sobresalientes del T-MEC, lo anterior, para ubicar la presente investigación al caso de México.

De igual forma, en dicho capítulo se estudiarán los límites al derecho patrimonial de autor que contiene la actual legislación, no sin antes realizar una crítica al término de protección al derecho de autor, el cual contempla una vigencia de 100 años, contados a partir de la muerte del autor, lo que a nuestro juicio es un exceso que niega el dominio público y que atenta contra la cultura.

En el capítulo cuarto, denominado “Trilogía sujeto – objeto – contenido”, se realizará un breve estudio del contenido del derecho de autor, es decir, su estructura normativa y semántica de cada término o concepto, entre los que sobresalen: autoría, obra, originalidad, fijación, titularidad, contenido moral y patrimonial, entre otros. Lo anterior, a fin de que el lector pueda comprender la terminología de esta disciplina.

De igual forma, se realizará un estudio comparativo entre plagio y piratería, así como un análisis crítico de los conceptos de “autoría”, “obra derivada”, y “originalidad”, a fin de conocer cuál es el *Leif motive* de los supuestos plagarios en algunos de los casos de plagio en el cine y la música.

⁸ “La paternidad de este término se les atribuye a los autores Teodoro Adorno y Max Horkheimer de la denominada escuela de Frankfurt.” Obón León, Ramón. “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales”. Michaus Romero, Martín, Coord., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Barra Mexicana de Abogados – Editorial Themis, 1998, p.10.

⁹ Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *Dialéctica de la ilustración, fragmentos filosóficos*, Trad. Juan José Sánchez, 9ª edición, España, Editorial Trotta, 2009.

Asimismo, se analizará el contenido de la jurisprudencia con número de registro 176477, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año de 2005, relativa al pago de regalías por comunicación pública, a fin de determinar si dicho criterio fue el correcto para garantizar a los autores de obras audiovisuales, sus derechos de simple remuneración.

“Argumentación jurídica en el derecho de autor”, es el título del capítulo quinto, el cual se subdivide de la siguiente manera:

A.- En su parte introductoria, se hará mención a la fenomenología del derecho, a partir de la teoría de Hegel sobre el derecho de propiedad hasta llegar al positivismo jurídico y el denominado “Estado de Derecho”, lo anterior, a fin de construir una argumentación filosófica que permita aplicar el método tridimensional al ámbito del derecho de autor, es decir, un modelo tridimensional o triádico. (hechos, valores y normas)

B.- Siguiendo la línea argumentativa trazada por Eduardo de la Parra, en su obra “Derechos humanos y derechos de autor, las restricciones al derecho de explotación”¹⁰, se desarrollará una argumentación garantista (neo constitucional) que nos permita entender el carácter humanista de los derechos de autor y, el por qué, se debe de ponderar por parte del poder judicial federal, los derechos fundamentales de los autores personas físicas, por encima del abuso del derecho por parte de titulares derivados, y en detrimento de la cultura.

C.- Se expondrá de manera breve, la teoría de la ponderación de Robert Alexy, la cual incluye normas y principios (valores), como una herramienta para resolver casos difíciles, que por simple analogía puede aplicarse o no para resolver algún litigio en el derecho de autor.¹¹

¹⁰ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*. 2ª. Edición, México, IJ-UNAM, 2015.

¹¹ “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”. De la Parra

Respecto a los casos jurisprudenciales que se citaran en los capítulos III a V, conviene hacer la siguiente advertencia: los casos o fenómenos que han sido objeto de controversias judiciales son casuísticos, es decir, cada uno es singular y particular, por lo tanto, no aplica la analogía para asimilarse a las diversas teorías en torno a la argumentación jurídica para su interpretación, el lector puede o no estar de acuerdo con aplicar cierto método para interpretar el fenómeno o caso que se llegue a citar.

D.- Creemos que existe un malestar en la cultura del derecho de autor, el cual puede explicarse como el resultado de la crisis del “Estado de Derecho” moderno, y que desde el advenimiento de las tecnologías de la información (entre ellas el internet), se puso en tela de juicio la idea de una propiedad absoluta y perpetua sobre una creación intelectual; el desarrollo de tecnologías anti plagio en la presente década, han revelado que los conceptos clásicos de “originalidad”, tendrán que ser objeto de una revisión crítica.

D.- Se realizará un breve estudio de la obra del teórico británico Stephen Toulmin, a fin de construir un modelo argumentativo en el estudio de un caso hipotético o jurisprudencial.

Al final de la presente tesis de investigación, el lector encontrará un breve “*excursus*”, que es en esencia una reflexión acerca de las implicaciones de la inteligencia artificial que tal vez impacten al derecho de autor en un futuro no muy lejano, donde un programa informático pueda crear una obra artística, aunque pueda sonar a ciencia ficción, creemos que si a un robot se le otorga la ciudadanía y éste invento es capaz de crear, entonces deberá de replantearse la dogmática de que sólo los humanos gozan de derechos de autor. Por último, se expondrán las conclusiones de la presente investigación.

Trujillo, Eduardo. “La ponderación en Robert Alexy”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Facultad de Derecho – UNAM, Vol. 4, núm. 7, 2008, p. 32

Capítulo I. Breve estudio antropológico del derecho de autor.

“Todo arte es imitación de la naturaleza”

Oscar Wilde.

. Se considera a Grecia y demás culturas antiguas que florecieron en el mediterráneo, como la cuna de la civilización occidental. Su influencia en la filosofía, el arte y otras ciencias del saber humano, continúan teniendo vigencia hasta nuestros días. En el caso de la literatura, la creación intelectual continúa tomando como modelo los arquetipos del poeta Homero en la “Ilíada” y la “Odisea”. Recordemos que el teatro se inventó en Atenas, con la lírica de Eurípides, Sófocles y Esquilo, cuyos paralelismos literarios los podemos encontrar diseminados en otras mitologías orientales, incluyendo la “Epopeya del Gilgamesh”, o en la Biblia, como ocurre con el mito de los hermanos en Caín y Abel, en el Génesis bíblico, y su equivalente griego en los hijos de Edipo; Eteocles y Polinices, hermanos de trayectoria trágica ya que mueren de propia mano, en la obra “Antígona”, de Sófocles.

Creemos que el avance del conocimiento griego en las artes y otras ciencias, necesariamente contempló –aunque de manera vaga e imprecisa- la idea de “propiedad intelectual”. A modo de ejemplo, se sabe que la primera patente se otorgó en el siglo V a.C., en la colonia de *Sybaris*, a favor de expertos culinarios que patentaron sus recetas; en este caso, la protección era de un año.¹²

Asimismo, al analizar el surgimiento de la incipiente industria editorial en Grecia, el filósofo mexicano Alfonso Reyes, citado por Fernando Serrano Migallón, menciona que la cultura Griega tuvo influencia de la cultura Egipcia; por ejemplo, el uso de papiro por parte de los egipcios para difundir y preservar sus leyes, su arte, su escritura en base a jeroglíficos, se trasladó a Grecia, lugar donde se sabe que sus epopeyas no sólo se plasmaban en cerámica, sino que el papiro fue empleado

¹² Vid. Becerra Ramírez, Manuel. *Propiedad Intelectual en Transformación*, México, UNAM – IJ, 2004, p. 8

por reyes, poetas y legisladores, en la época en donde la tradición pasó de ser un acto de habla, para transformarse en texto con la invención del alfabeto.¹³

Se cuenta con poca información relativa a la producción y circulación de libros entre los griegos, sin embargo, “lo que sabemos a través de fragmentos, referencias o comentarios de los escritores de la época, nos hacen pensar en establecimientos donde el negocio asumía conjuntamente las funciones de manufactura, edición y venta al menudeo. No existe en Grecia, como sí sucederá en Roma, división de trabajo en ese sentido.”¹⁴

Por otro lado, resultan de vital importancia para la presente investigación las aportaciones en materia de derecho de autor, realizadas por el tratadista mexicano Adolfo Loredó Hill, toda vez que en su obra “Nuevo Derecho Autoral Mexicano”, nos brinda un enfoque relevante sobre los orígenes del contrato de edición, mismos que datan de la época de Cicerón. Desde entonces, filósofos y pensadores políticos han sostenido la creencia de que debe existir un derecho basado en lo más íntimo de la esencia del hombre como un ser individual o colectivo, es decir, un derecho natural que, por su naturaleza creadora de cultura, es independiente del derecho positivo; entre los primeros pensadores que abordaron el tema del derecho natural se pueden citar a Platón y Aristóteles.¹⁵

Uno de los méritos más destacados de la cultura Helénica, es su capacidad de creación de arquetipos universales, ningún otro pueblo ha creado por sí mismo formas de espíritu paralelas a aquellas de la literatura griega; de ella nos vienen la tragedia, la comedia, el tratado filosófico, el diálogo, el tratado científico sistematizado, la historia crítica, la biografía, la oratoria jurídica y la encomiástica. Para el pueblo griego, particularmente el ateniense, el arte es el reflejo de su

¹³ “Dionisio de Halicarnaso cita una observación de Aristóteles sobre el hecho de que en Atenas los discursos de los oradores famosos se venden por centenares.” Reyes, Alfonso. *Libros y librerías en la antigüedad*. Obras Completas, Tomo XX, F.C.E., México, 1964. P. 370. Citado por Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa – UNAM – IJ, 1998, pp. 8-9

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ “En Atenas, centro espiritual de toda Grecia, la acusación de plagio era sancionada y considerada como gran reproche, en especial durante la cultura clásica que floreció en la era de Pericles (495-429 A. de C.).” Loredó Hill, Adolfo. *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, F. C.E., 2000, p. 8

identidad, de su historia; ocupa un lugar central en la educación del individuo en la *Polís*. Werner Jaeger sostiene con razón que “el arte tiene un poder ilimitado de conversión espiritual, es lo que los griegos denominaron *psicagogia*. (o el arte de conducir y educar a las almas). Sólo él posee, al mismo tiempo, la validez universal, y la plenitud inmediata, vivaz, que constituyen las condiciones más importantes de la acción educadora.”¹⁶

En el plano de las artes escénicas, Homero contribuyó a desarrollar el incipiente teatro helénico mediante el trazado de personajes trágicos, el uso de diálogos y la invención del Corifeo como recurso literario para explicar la compleja interacción cosmogónica entre los Dioses del Olimpo con su pueblo.

1.- Evolución del concepto “autor”

Desde la antigüedad hasta el Estatuto de la Reina Ana en 1709, sólo las personas físicas poseían dicha facultad. A partir de las subsecuentes adecuaciones a la legislación del *copyright*, resultaba imperiosa la necesidad de considerar a las empresas o corporaciones, como titulares originarios de la creación de obras, primero se recurrió a la ficción de la titularidad derivada, mediante la contratación de escritores al servicio de la industria editorial.

En efecto, la primera distinción entre el *copyright* y el derecho de autor es precisamente, considerar sólo a las personas físicas como titulares originarios de derechos de propiedad intelectual, en tanto que la segunda, es el reconocimiento de los derechos morales, de corte proteccionista o *in dubio pro auctore*, como lo define José Luis Caballero Leal.¹⁷

El término “autor” quién es origen o inventor de alguna cosa o la persona humana que compone una obra literaria, cobra relevancia simbólica al considerarse

¹⁶ Jaeger, Werner, *Paideia, Los ideales de la cultura griega*. Trad. Joaquín Xirau, 2ª edición, México, F.C.E., 1971, p. 49

¹⁷ “Teniendo el sistema latino de protección al derecho de autor como uno de sus objetivos medulares el fortalecimiento de los derechos que corresponden a los creadores intelectuales, con este principio se reafirma que, en caso de duda, deberá optarse siempre por lo que más favorezca a los intereses del autor.” Caballero Leal, José Luis. *op. cit.*, nota 1, p. 28

como “*auctoritas*”, es decir, autoridad encarnada en la persona humana, de ahí su trascendencia axiológica o valorativa de la palabra “autor”, ya que se considera como el sujeto primigenio de prerrogativas y derechos sobre sus obras. El hombre –como señalaba Jenofonte- es un animal dotado de lenguaje, y a través del mismo, logra la creación del lenguaje matemático, musical, lírico o audiovisual.¹⁸

Así pues, desde que los Romanos acuñaron la palabra *auctoritas*, en la tradición cultural de occidente, la noción de autoridad constituye uno de los términos cruciales de la teoría política, dónde se emplea en relación estrecha con la noción de poder.¹⁹

El término autor ha sido el fruto de un devenir histórico desde la Antigüedad hasta nuestros días, donde el papel de la creación humana ha sido preponderante en la creación literaria y estética, de ahí que sólo las personas naturales sean consideradas como creadoras como se verá a continuación:

1.1.- El teatro griego.

La derrota del rey persa Jerjes en Salamina (480 a.C.), frente a la coalición ática de Temístocles, marca el inicio del periodo clásico de Grecia, durante el cual se realizaron las obras más sorprendentes de dicha civilización. En el siglo V antes de nuestra era, se desarrolla y fortalece el ideal democrático ateniense, dicho periodo termina con la caída de Atenas a manos de los espartanos.

A esta época del florecimiento Ateniense los historiadores la denominan “El Siglo de Oro de Pericles” (470-429 a.C.). Durante estos años la ciudad de Atenas se convirtió en el centro de las artes y la filosofía de la cultura Helénica, por lo que diversos pensadores, poetas, expertos artesanos de todo tipo y científicos,

¹⁸ Bajo este contexto, Eduardo de la Parra Trujillo señala que el otorgamiento de la calidad de autor, únicamente a personas físicas es un principio básico en materia de derechos de autor, al menos en los países pertenecientes al sistema o corriente del *droit d'auteur*, en tanto que en los países cuyo sistema de protección es el copyright de corte anglosajón, se permite que una persona moral o una corporación, se consideren como sujetos originarios de una creación intelectual. *Cfr.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 162

¹⁹ Stoppino, Mario. “Autoridad” en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, *et. al. Diccionario de Política*, Trad. Jorge Tula, T. I, México, Siglo XXI Editores, 1997. p. 118

confluyeron en dicha ciudad para enriquecer su espíritu o *paideia*²⁰; durante este periodo nacen la Academia y el Liceo, Filósofos como Sócrates y más adelante Platón y Aristóteles, contribuyeron al desarrollo de la filosofía, el derecho, la lógica, la matemática.

Desde luego, dicho progreso impactó a las artes escénicas, autores como Esquilo (525-456 a.C.); Sófocles (497-406 a.C.); Eurípides (480-406 a.C.) y más adelante Aristófanes (444-380 a.C.), desarrollaron técnicas teatrales que perduran hasta nuestros días. En el caso de Sófocles, autor de *Áyax*, *Antígona* y *Edipo*, el historiador Mexicano José Luis Martínez, nos ilustra acerca de la vida de dicho autor de la siguiente manera:

“Sófocles nació en una familia acomodada de Colona, pueblo cercano a Atenas. Su padre fue el industrial de Sofilus. Disfrutó el periodo más brillante de la historia Ateniense. Su juvenil belleza y su habilidad para la danza y la música llamaban la atención y fue elegido para guiar con su lira el peán de la victoria por el triunfo de Salamina. Fue amigo de Pericles, Fidias y Heródoto.”²¹

A Sófocles se le atribuyen ciento veintitrés piezas de las cuales sólo se conservan siete: *Áyax*, *Las Traquinias*, *Antígona*, *Edipo Rey*, *Electra*, *Filóctetes* y *Edipo en Colona*. Ésta última obra de carácter póstumo. El mito de Edipo será el referente cultural de Sigmund Freud en sus estudios sobre el psicoanálisis, en tanto que otros filósofos y juristas han analizado los mitos de *Antígona*, en la lucha del derecho natural *versus* el derecho positivo.

La técnica de Sófocles consistió en insertar un tercer actor en la narrativa trágica, lo que le otorgó al teatro un mayor ritmo para el desarrollo de la historia; al igual que los primeros juegos olímpicos en la Antigüedad, existió en Grecia la práctica de someter a competencia las piezas teatrales creadas por los dramaturgos, se sabe que Sófocles logró derrotar a Esquilo y otros autores en

²⁰ Cfr. Jaeger, Werner. *op. cit.*, nota 16.

²¹ Martínez, José Luis. *Colección: Panorama Cultural, el mundo antiguo II, Grecia*. México, SEP, 1988, p. 187

dichos concursos, el juez supremo era el público espectador quien decidía que pieza u obra era la ganadora.²²

Al final de sus días, a los noventa años de edad, contrajo terceras nupcias, por lo que su propio hijo intentó despojarlo de su patrimonio, tal vez por temor a verse privado de la herencia de su progenitor, por lo que solicitó que los tribunales lo declarasen un hombre incompetente o senil para manejar sus propios asuntos y, por lo tanto, incapaz de administrar su riqueza. De acuerdo con el relato que nos brinda de Isaac Asimov, en su defensa Sófocles leyó en audiencia pública, pasajes de Edipo en Colona para probar su lucidez, por lo que los jueces fallaron a su favor y en contra de su vástago.

- *“Lo mejor sería no nacer; y cuando se ha nacido, lo mejor es volver cuanto antes allí de donde se ha venido...”*

- *“Porqué desde que llegó la juventud con sus locos errores y sus dolorosos extravíos, ¡Cuántos pesares!”*

- *“Homicidios, discordias, querellas, combates, y la envidia...”*

- *“Luego, al final, cae sobre nosotros el enemigo más temido por todos: la vejez impotente, insaciable, privada de amigos y en la que todos los males vienen a reunirse. Ya no tiene uno otro compañero que el pesar.”²³*

En palabras de la especialista en derecho intelectual Delia Lipszyc, la palabra “drama”, proviene del griego “*dràò*” que significa obrar, actuar, y se la siguen empleando, como en la antigüedad, para designar cualquier forma literaria destinada a la representación escénica.²⁴

Es un hecho conocido que el público, los mecenas y el propio Estado ateniense, financiaban la puesta en escena de las tragedias de Esquilo, Eurípides y

²² *Ídem.*

²³ Asimov, Isaac. *Historia Universal los griegos*. Madrid, Alianza Editorial, 2008. pp.140 y 141

²⁴ Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, 2005, p. 16

Sófocles, entre otros autores, quienes obtenían una retribución simbólica por dicha representación, amén de gozar de prestigio y popularidad entre la sociedad griega.

El historiador y geógrafo alemán Ernest Guhl, nos brinda información relevante respecto a las representaciones teatrales en la antigua Grecia: “los espectadores empezaban a reunirse al amanecer, porque cada uno deseaba asegurarse un buen sitio, después de haber pagado su entrada, la que no excedía de dos óbolos.”²⁵

De esta forma se pagaba al constructor o al director de teatro, en tanto que el gobierno pagaba la entrada a las clases más necesitadas, de hecho, era una de las partidas más fuertes del presupuesto. “Los asientos del teatro no eran, por supuesto, todos igualmente buenos y, por ello, sus precios variaban en valor.”²⁶

1.2.- El concepto de autor e intérprete para Aristóteles.

Según se sabe, Aristóteles nació en Estagira –Tracia- hacia el año de 384 a.C., fue durante veinte años discípulo de la Academia de Platón, por lo que vivió el resplandor de la cultura helénica, la constante lucha entre las ideas de Sócrates y Platón, versus los Sofistas.

En su obra la Poética, Aristóteles señala que el mito se encuentra en el centro de la tragedia y la epopeya. El mito concebido como una mimesis –imitación- de la actividad humana, de la vida misma. Mito, hombre en acción o vitalidad, mimesis, por lo tanto, la acción de copiar, de imitar a la naturaleza, a los héroes, el Estagirita nos da la pauta para elaborar tragedias, para distinguir entre versos yámbicos y ditirámicos, la comedia, etc. Su obra, aunque inconclusa, es una guía acerca de las formas estéticas de la creación literaria.²⁷

Para Aristóteles, el autor es Homero, es el poeta, el historiador y pedagogo del pueblo griego, pero es el artista quien lo imita, quien toma sus moldes creadores

²⁵ Guhl, E. y Koner, W. *Los griegos, su vida y costumbres*. España, EDIMAT LIBROS, S.A., 2002, p. 366

²⁶ *Ibidem*. p. 367.

²⁷ Aristóteles. *Obras*, Trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar S.A. de Editores, 1973, p. 75

y los adapta a su realidad, por lo tanto, la idea original o arquetipo es propiedad de la colectividad y cada quien puede tomarla y recrearla.

El arte y la creación en la Antigüedad, eran vistos desde una perspectiva colectiva, es decir ritual; se reservaba el derecho a la paternidad a los poetas y músicos sobre sus creaciones, no existía como tal un concepto de “propiedad” en el sentido moderno del término, ya que de alguna manera los arquetipos pertenecían a la comunidad; permitían la unidad de los pueblos como una especie de *Religare*, entre el autor y su público. La tradición oral jugó un papel determinante para la reproducción de los mitos contenidos en las artes a las nuevas generaciones, diversos poetas recreaban la epopeya Homérica de sus ancestros, la reinterpretaban de varias maneras, a través de la lírica, la pintura y el teatro.

La Retórica – y más adelante la Oratoria- no sólo transformó a la epopeya, la lírica y otras formas creativas, sino que también alcanzó a otras ramas del saber humano como el Derecho, la Filosofía y la Política; los dotó de un nuevo discurso articulado en donde los argumentos tenían una doble finalidad; la primera, convencer o persuadir a un auditorio o a un juez; la segunda consistía en el arte de conmover e incitar pasiones en el caso de los artistas. Recordemos que la Retórica se empleó como algo denotativo, en un principio fue arma de los sofistas para engañar y seducir, pero Aristóteles le otorga una base racional, un método. Aristóteles nos dice que la Oratoria nos enseña el arte de hablar, de articular un discurso –no necesariamente estético- dándole la categoría de “*tejne*” o arte, de ahí que para dicho autor la oratoria es correlativa de la dialéctica.²⁸

Más adelante en el capítulo V de la presente tesis de investigación, se retomarán las ideas del Estagirita sobre la retórica, la lógica y su relación con la teoría de la argumentación jurídica aplicada al derecho de autor moderno.

Por último, no se puede afirmar de forma categórica que Aristóteles haya concebido la idea de “autoría” o un “derecho intelectual”, pues en toda su obra no

²⁸ “Sea pues, la retórica la facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble.” *Ibidem*. pp. 116-118.

se refiere en particular a ninguno de estos dos conceptos, sin embargo, sus obras resultan indispensables para comprender la idea del derecho en general, y de la creación intelectual en particular, tal y como sucede con la imitación de formas arquetípicas en el caso de los mitos o figuras arquetípicas, las cuales carecen de propiedad literaria, esto es, son del dominio público.

2.- El problema de la autenticidad de la obra.

El adjetivo “auténtico” significa “acreditado de cierto y positivo por los caracteres requisitos o circunstancias que en ello concurren.” Asimismo, la Real Academia Española, define autenticar como sinónimo de “acreditar”, es decir, la acción de dar fe de la verdad de un hecho o documento con autoridad legal.²⁹

De ahí las siguientes expresiones: “es un cuadro auténtico de Diego Rivera”, “es una partitura original y auténtica de Dimitri Shostakovich.” Sin embargo, en la actualidad existen artistas imitadores que pueden hacer pasar una obra apócrifa por auténtica.

Desde la Antigüedad, existió la práctica de atribuir la paternidad de obras a distintos autores, es decir, además de los *plagiari* o plagiadores, también existían los “falsarios”, quienes se dedicaban por encargo a atribuir a autores obras ajenas.

“Durante más de dos mil quinientos años, la falsificación ha divertido a sus observadores y ha indignado a sus víctimas; ha florecido como un auténtico y -lo que es aún más llamativo- ha estimulado el desarrollo de mejoras cruciales en las técnicas de investigación filológica.”³⁰

Según Antony Grafton, en Grecia, la falsificación literaria prosperó, puesto que, en la época helenística, la tradición escrita evolucionó de un modo favorable a la producción de buenas contrahechuras. Por entonces se había fijado ya el

²⁹ S.v. Real Academia Española. *Diccionario esencial de la lengua española*. Madrid, Espasa – Calpe, 2006.

³⁰ Grafton, Anthony. *Falsarios y críticos. Creatividad e impostura en la tradición occidental*. Trad. Gonzalo G. Djembé. Barcelona, Editorial Crítica, S.I., 2001. p. 11

principio conforme al cual una obra literaria era el producto de una persona concreta, caracterizada por un estilo y unas preocupaciones distintivas.³¹

Dicho investigador apunta lo siguiente:

“las nuevas bibliotecas eran ricas, vulgares y agresivas; albergaban cientos de miles de los rollos de papiro en que se escribían los libros griegos. Se podía llegar a pagar precios astronómicos, como el texto ateniense oficial de los tres trágicos mayores (Esquilo, Sófocles y Eurípides); la biblioteca alejandrina lo tomó prestado previo pago de una suma muy considerable, que luego dejó perder, para quedarse así con los originales”³²

Vemos entonces como los términos “autenticidad” y “originalidad”, guardan una estrecha relación. Auténtico puede ser sinónimo de original, sólo en el sentido de que puede atribuírsele a un autor en específico, tal o cual obra, sin embargo, no olvidemos que el vocablo “original” no es unívoco, sino que tiene varias connotaciones como se explicará con mayor detenimiento en el capítulo III de la presente investigación.

Este fenómeno desde luego tuvo un tratamiento jurídico en las primeras legislaciones de derechos de autor, particularmente en Europa, ya que desde 1886 año en que se suscribe el acta del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, establece la facultad del país de cada país de la Unión, se permitió el embargo o decomiso de una obra falsificada, tal y como lo dispone el artículo 16:

“1) Toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal. 2) Las disposiciones del párrafo precedente serán también aplicables a las reproducciones procedentes de un país en que la

³¹ *Ibidem.* p. 18

³² *Ibidem.* p 19

obra no esté protegida o haya dejado de estarlo. 3) El comiso tendrá lugar conforme a la legislación de cada país. “³³

Bajo el principio de que sólo los autores, tienen facultades de tipo moral, entre las que se encuentran el repudiar una obra que se pretenda atribuirle su autoría, como lo señala el artículo 21 de la LFDA establece que el autor puede oponerse a que se le atribuya una obra que no sea de su creación.

Para George Steiner, desde tiempos bíblicos, “el texto escrito, ya se trate de la tablilla de arcilla, el mármol, el papiro o el pergamino, un grabado, un rollo o un libro, representa una máxima de autoridad (palabra que, en su origen latino, *auctoritas*, contiene autor). El simple hecho de la escritura y de la transmisión escrita implica una aspiración a lo magistral y canónico. Esta máxima de la autoridad del texto escrito esta de forma evidente en los textos teólogo-litúrgicos, en los códigos jurídicos, en los tratados científicos, en los manuales técnicos; aunque de manera más sutil, hasta la subversiva en las composiciones cómicas o efímeras, esta asimismo presente de forma contractual en todos los textos.”³⁴

En nuestros días, aún existen expertos imitadores quienes lucran con obras apócrifas, alimentando un mercado negro en donde los clientes pueden ser políticos o empresarios, subvencionando generosamente a la prensa para que los expertos en comunicación y marketing político maquillen la realidad; desde luego, la cultura es la más perjudicada, ya que en dicho mercado proliferan desde plagios hasta la noticia falsa que contribuyen a la actual desinformación en la era digital.

3.- Plagio y concepto de autoría en el Derecho Romano.

Además de su arte literario, la mayor aportación de la cultura Romana a la civilización occidental es el Derecho, entendido como un conjunto de principios y

³³ OMPI. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700#P208_43841

³⁴ Steiner, George. *Los logócratas*, trad. María Córdor, México, FCE – Ediciones Siruela, 2007, pp. 79-80

reglas sistematizados y encaminados a regular la conducta del hombre en una sociedad determinada. A partir del emperador Justiniano, Roma desarrolla la idea de *Ius* o Derecho, como una forma de disciplina social distinta de la religión, la ética y la política, y dotada de una racionalidad fuerte y autónoma, en una ciencia y una tecnología del control de las relaciones humanas. Los jurisconsultos, en particular Ulpiano, Gayo, Justiniano y otros juristas latinos, contribuyeron a definir los conceptos de *jurisprudencia* y *Constitutio*, mismos que son propios de la denominada ciencia del derecho.

Para el jurista Francés Eugene Petit, “el Derecho es indispensable para comprender la historia y literaturas romanas. En Roma, más que en cualquier otra parte, los ciudadanos estaban iniciados para la práctica del derecho: era éste el efecto de su inclinación natural y de su sistema de organización judicial. También el lenguaje de los historiadores y los literatos de Roma está profundamente impregnado de ambas características.”³⁵

Adolfo Loredó Hill retomando a Petit, señala que la palabra *injuria*, tomada en su sentido lato, significaba todo acto contrario a derecho. Pero en una acepción más restringida, designaba el ataque a la persona. Las características y efectos del delito de injuria estaban fijados primero por la Ley de las XII Tablas.³⁶

El término plagio deriva del latín *plagium*, que denota la acción de tomar una obra ajena y hacerla propia, también puede entenderse como “el acto de ofrecer y presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados.”³⁷

El tratadista en derecho de autor Isidro Satanowsky, citado por Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Ortiz Bahena, señala que en la Antigüedad, dada la forma como se exteriorizaba la actividad intelectual, no existía una legislación especial

³⁵ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. José Fernández. México, Editorial Porrúa, 1993. P. 22, Citado por Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 15, p. 9

³⁶ *Ibidem*, pp. 9-10

³⁷ Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, citado por Obón León, Ramón. *Anecdotario del derecho de autor*. México, Editorial Océano, 2012. p. 81

para regularla, pero dicha falta de protección jurídica no significa que el Derecho de Autor fuese desconocido en la Antigüedad, se reconocía en la conciencia popular, si bien es cierto que el plagio no era castigado en los tribunales, la opinión pública y otros autores se ensañaban contra el plagio, castigándolo de manera moral.³⁸

Bajo este contexto, “el romano entendió la existencia del derecho moral al advertir que la divulgación y explotación de la obra ponía en juego intereses morales y culturales. El autor tenía la facultad, más ética que jurídica para decidir la divulgación de su obra, de ahí la mala reputación de los plagiarios a los ojos de la opinión pública.”³⁹

Eduardo de la Parra, con cierta ironía nos ilustra acerca de la obra y vida de Marcial, al analizar “Los epigramas”, el poeta acusa a Fidentino de plagio: “En su Libro I, epigrama 38, Marcial afirma que es suyo un libro recitado por Fidentino, pero que éste último lo recita tan mal, que parece ser en verdad de Fidentino.”⁴⁰

Respecto al plagio, conviene señalar que esta práctica fue una constante en la Antigüedad; al no existir un sistema de propiedad intelectual que sancionara jurídicamente dicha conducta., varios autores copiaban o se basaban en las ideas de otros sin darles el crédito correspondiente.

El filósofo francés Michel de Montaigne (1533-1594), explica que la actividad plagiaria existe desde tiempos remotos, en sus “Ensayos”, dicho escritor comparte sus impresiones sobre el plagio de la siguiente forma: “Los indiscretos escritores de nuestro siglo, cuyas insignificantes obras están hechas de pasajes enteros de los antiguos, que para procurarse honor se apropian, practican lo contrario y la

³⁸ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *Propiedad intelectual (Simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial, el caso México)*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 109

³⁹ “De la antigüedad clásica provienen términos tales como el de “plagio” y “plagiario” sinónimos de secuestro y secuestrador (*plagiarius*). Al parecer los “*plagarii*” podían ser perseguidos en Roma por la “*actio iniurarum*”, que llevaba consigo efectos infamantes. El Digesto en su libro XLI, título 65, principio, y en el libro XLVII, título 2º, 14, párrafo 17, castigaba especialmente el robo de un manuscrito.” Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, p. 8

⁴⁰ De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p. 131.

diferencia entre lo suyo y lo que toman prestado es tan grande, que da a sus escritos un aspecto pálido, descolorido y feo.”⁴¹

En los subsecuentes capítulos, particularmente en el tercero, se analizarán con mayor profundidad, el tema de la originalidad y los distintos tipos de plagio que cualquier persona puede incurrir, de manera inconsciente o consciente, en la creación científica e intelectual.

4.- La figura del mecenas en el Renacimiento.

Se sabe que, durante la Grecia clásica, diversos poetas recibían el generoso apoyo de tiranos de ciudades como Atenas y Sicilia, por ejemplo, Aristóteles fue tutor de Alejandro Magno, hijo de Filipo de Macedonia, quién ayudo al Estagirita en su exilio en Esparta.

En virtud de la carencia de leyes en torno a la propiedad literaria, así como un comercio organizado de libros, con defensas eficaces contra la piratería que permitiera al empresario pagar regalías a los autores, no quedaba otro recurso que acudir al patrocinio de monarcas y mecenas. “Si hay mecenas -exclama Marcial- no faltarán Virgilio.”⁴²

Al analizar la política cultural de los tiranos en Grecia, durante los siglos VI y V A.C., Werner Jaeger, establece una analogía con los tiranos del Renacimiento como ocurrió con los Médicis y las tiranías de los pistrátidas atenienses y Sicilia: “las cortes de los tiranos griegos, al finalizar el periodo arcaico, son algo parecido a las de los primeros Médicis, también ellos concibieron la cultura como algo separado del resto de la vida, como la crema de una alta existencia humana reservada a pocos, la cual regalaban generosamente, al pueblo que era enteramente ajena a ella.” ⁴³

⁴¹ Montaigne, Michele De. *Ensayos*. Madrid, Club Internacional del libro. División coleccionable. 2000, p. 100

⁴² Hadas, Moses. *Guía para la lectura de los clásicos griegos y latinos*. Trad. José Esteban Calderón, México, F.C.E., 1987, p. 68

⁴³ Jaeger, Werner. *op. cit.*, nota 16, p. 219

Reyes, Papas y ricos mercaderes, a menudo requerían del talento de filósofos y poetas para sus discursos políticos, o bien, para la preparación de una contienda legal en dónde se necesitaba la construcción de argumentos que fueren bastante sólidos para convencer a un juez o jurado.

En la Roma Imperial, artistas y poetas fueron objeto de una excelente protección por parte de los emperadores. Tal es el caso de Horacio y Virgilio, sin embargo, no todos fueron bien retribuidos, “en Silio Itálico tenemos el caso de un poeta rico que patrocinaba a colegas menos afortunados. Plinio el joven ayudó, entre otros, a Marcial. Éste, si bien reconoce la ayuda recibida de varios patronos, a veces se queja (otro tanto hizo Juvenal) de las tacañerías de algunos patrocinadores.”⁴⁴

Durante el Renacimiento, periodo histórico que abarcó los siglos XVI - XVIII, el mecenas ocupó un rol importante en el desarrollo de la ciencia y las artes. Quizá el legado cultural de Leonardo Da Vinci, no hubiera ocurrido sin el generoso apoyo del Príncipe o el Papado, como fueron los ya citados Médicis, los Sforza y los Borgia. Desde luego, dicho mecenazgo se hizo extensivo a escritores y otros artistas, como se verá más adelante en el capítulo III, al momento de comentar las vidas y obras de Miguel de Cervantes y Saavedra, Shakespeare y Ludwig Van Beethoven.

5.- La experiencia cultural y el método tridimensional en el derecho de autor.

El modelo tridimensional del derecho sugerido por Miguel Reale, es en esencia un estudio cultural del fenómeno jurídico; su enfoque es sociológico, se puede emplear una argumentación rica en temas de antropología, filosofía y derecho.

Dicho enfoque se integra por tres elementos (hecho, valor y norma), en un complejo unitario, y mediante su comprensión dialéctica se busca alcanzar su comprensión concreta, producto de una visión que estructura tridimensionalmente a la ciencia jurídica.

⁴⁴ Hadas, Moses. *op. cit.*, nota 42, p. 70

Para Reale, ningún especialista puede aislar de manera absoluta uno de estos tres elementos, ni convertirlo en objeto exclusivo de cualquier investigación de orden jurídico. Así surgen los siguientes problemas:

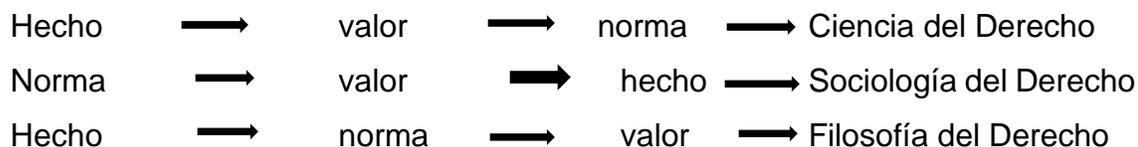
- a) Si hay 3 factores correlacionados en el derecho, ¿Qué es lo que garantiza una unidad del proceso de elaboración jurídica y en qué consiste esa unidad?
- b) Dada la misma triada de factores, ¿de qué modo se correlacionan o, expresándolo con otras palabras, ¿cómo actúan unos factores sobre los otros?, ¿Puede hablarse de un factor dominante que subordine a los demás al ángulo de su propia perspectiva?
- c) Si todo estudio del derecho es tridimensional ¿cómo se distinguirían entre sí, las investigaciones filosófica, sociológica y dogmática, que tienen por objeto a la experiencia jurídica?⁴⁵

Hecho, valor y norma, están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica, ya sea estudiada por el filósofo, el sociólogo del derecho y el jurista como tal. La correlación entre dichos 3 elementos, es de naturaleza funcional y dialéctica.

Sin embargo, Reale no explica qué tipo de dialéctica es la que debe de emplearse como vaso comunicante entre los conceptos de hecho, valor y norma, el problema del concepto de dialéctica es muy equivoco, es decir, puede tener más de dos significados, por ejemplo, la dialéctica puede entenderse como mayéutica o encontrar la verdad a través del diálogo, otro significado de dialéctica es historicista en el sentido de que desde la antigüedad existe lucha de clases, tal y como la concibió Marx; otra de las acepciones de la dialéctica es la de tesis, síntesis y antítesis, sin embargo, de la lectura de su obra, se advierte -sin encontrar una clara definición- de la dialéctica de la “complementariedad “, para comprender la naturaleza tridimensional del derecho.

⁴⁵ Vid. Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*, México, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1991, pp. 80-82

Ahora bien, el enfoque metodológico tridimensional, permite estudiar el fenómeno de la siguiente forma:⁴⁶



Para la interpretación de casos relativos al derecho de autor, puede aplicarse de acuerdo a los criterios de hecho – valor – norma, sin embargo, nos encontramos con cuestiones filosóficas en el ámbito del Derecho en general, las cuales serán necesarias abordar en este estudio, por lo que en los subsecuentes puntos se expondrán los conceptos de derecho natural y derecho positivo.

Siguiendo a Reale, los hechos los podemos definir como los actos que dan origen a casos jurídicos concretos que, en el ámbito de nuestra disciplina de estudio, implican diversos fenómenos tales como la creación literaria y el problema de originalidad (plagio), el abuso del derecho de los titulares del *copyright*, el uso, circulación y transformación de obras protegidas en el ciberespacio, por millones de usuarios, y un largo etcétera.

Tal y como el citado autor lo predijo, creemos que existe un divorcio entre filósofos y juristas, y lo que está en juego, en algunos casos, es la validez del orden normativo, por lo que estamos ante una fenomenología autoral o de propiedad literaria, en dónde juegan un papel importante las reglas (normas) y los principios (valores) que rigen nuestra disciplina.

En el último capítulo de la presente investigación (Argumentación jurídica en el derecho de autor), se procederá a realizar una interpretación del caso judicial en torno a la película “Nosotros los nobles, a fin de construir un modelo tridimensional que contemple hechos, valores y normas.

⁴⁶ En su obra “Filosofía do diretto” (1953), los tres elementos (hecho, valor y norma) no sólo se correlacionan, sino que además de “dialectizan”, es decir, su estructura puede ser norma – valor – hecho y norma – hecho - valor. Reale, Miguel, *op. cit.*, nota 3, p. 121

6.- Opinión personal.

A modo de conclusión del presente capítulo, podemos afirmar que en la Antigüedad se sentaron las bases antropológicas de nuestra disciplina de estudio, por lo que en el siguiente capítulo se abordarán las teorías filosóficas que explican el derecho de autor, a partir de la imprenta y el primer ordenamiento legal del *copyright* en Inglaterra.

Al ser la presente investigación un estudio cultural del *copyright*, es necesario revisar los fenómenos de esta disciplina bajo un enfoque tridimensional, que como ya se señaló, se refiere a un modelo de contemple valores (contenido axiológico), hechos (fenómenos) y su interacción con el ordenamiento jurídico.

Capítulo II.- Análisis histórico – filosófico del Derecho Autor.

“El hombre es el creador de su técnica vital. Ésta es su grandeza y fatalidad. Y la forma interior de esa vida creadora llamémosla cultura. Las creaciones del hombre son expresión de esa existencia, en forma personal.” Oswald Spengler

1.- Justificación del tema

Al tratar la naturaleza jurídica del tema en estudio, la autora argentina Delia Lipszyc señala que existen dos posturas en torno a la naturaleza del derecho autor, y las clasifica de la siguiente forma:

“Las dualistas, que separan el conjunto de las facultades reconocidas a los autores en dos clases de derechos -derecho moral y derecho patrimonial-, considerando que no deben de ser confundidos, aunque se interrelacionen, y las monistas, que consideran que esa separación es ficticia e insostenible porque todos los derechos reconocidos al creador deben de entenderse como desdoblamiento de un derecho de autor único e uniforme”.⁴⁷

Ambas posturas, aunque aparentemente antagónicas, han coexistido desde de que el derecho de autor nació a la vida jurídica, gracias en gran medida, a las ideas de filósofos y escritores sobre la teoría de la propiedad privada, (la cual ha ido evolucionando de país en país) y en los diversos tratados internacionales sobre la materia.

Por otro lado, Arsenio Farell Cubillas señala que las teorías en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor, pueden clasificarse de acuerdo con lo siguiente: a) teoría de los privilegios, b) teoría de la obligación *ex delicto*, c) teoría de la propiedad literaria y artística, d) la teoría de Immanuel Kant, e) la tesis de Hegel,

⁴⁷ Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, p. 32

f) el pensamiento de Karl Marx, g) teoría de la cuasi propiedad, h) teoría del usufructo del autor, i) teoría de la propiedad *sui generis*, entre otras.⁴⁸

De acuerdo con David Rangel Medina, no existe un criterio absoluto en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor, este jurista sigue la teoría de derechos intelectuales de Edmund Picard, quien a su vez realiza la siguiente clasificación:

“1º De patentes de invención; 2º De modelos y dibujos de fábrica; 3º De planes de trabajo públicos y privados; 4º De producciones artísticas; 5º De obras literarias; 6º De marcas de fábrica o de comercio y 7º De insignias.”⁴⁹

Para los efectos de la presente investigación, sólo mencionaremos las que a nuestro juicio son las más representativas, de acuerdo con el siguiente análisis:

2.- La imprenta y la teoría de los privilegios.

Se sabe que la imprenta fue desarrollada por la cultura china, consistía en una técnica de impresión con bloques o placas de madera tallados a manos por expertos artesanos tanto en los textos como en las ilustraciones.

De acuerdo con el sitio electrónico, perteneciente a la Imprenta Nacional de Colombia, dependiente del Ministerio del Interior de aquel país, “el primer libro que se imprimió fue el “Sutra de Diamante”, estampado por Wang Chieh, el 11 de mayo del año 868, en China.”⁵⁰

⁴⁸ Farell Cubillas, Arsenio. *El sistema mexicano del derecho de autor*. Editor Ignacio Vado, México 1966. Citado por: Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, p. 165

⁴⁹ “Todos son productos del espíritu, todos versan no sobre la realización material de la idea, sino sobre la idea misma, todos reclaman protección, pero una protección diferente, dentro de su naturaleza y grado de aquella que lo concilie con la propiedad ordinaria.” Picard, Edmond. “Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits. Droit international privé; Droits intellectuels” En *Journal du Droits International Privé et de la Jurisprudence Compare*, T. 10, 1883, pp. 582-58. Citado por: Rangel Medina, David, *Derecho Intelectual*, UNAM-McGraw Hill, México 1998, pp. 112-113.

⁵⁰ Ministerio de Interior, Imprenta Nacional de Colombia, Museo de Artes Gráficas. http://www.imprenta.gov.co/portal/page/portal/IMPRENTA/miniportal/MIN_PRIMERA

En voz de Lynette Owen: “Tal vez no resulte sorprendente (aunque pueda parecer irónico a la luz del posterior desempeño de esa nación en materia de derechos autorales) que el derecho de autor se identifique como concepto, por primera vez, en China durante la dinastía Song (960-1279 d.C.), cuando la corte imperial expidió una orden para prohibir que se elaboraran bloques de impresión no autorizados con fines de reproducción.”⁵¹

En la civilización occidental, el perfeccionamiento de la técnica de imprimir textos en tipos móviles a finales de la Edad Media, revolucionó el conocimiento ya que permitió elaborar obras literarias con mayor rapidez y a un menor costo la producción de libros, lo que dio origen a una regulación legal sobre el negocio de impresión, a través de un sistema de monopolios o privilegios, otorgados por el Soberano o Rey, con el propósito de controlar las ideas.

De esta forma, la imprenta creó la doble posibilidad de extender la cultura y transformar la producción de libros a escala masiva, lo que es un punto de referencia para el estudio del derecho de autor, en particular, sus orígenes teóricos del monopolio y el privilegio.

Según la información en idioma inglés, contenida en el sitio electrónico del Museo Gutenberg en Alemania, Johannes Gutenberg nació hace aproximadamente 400 años, en Mainz. Su nombre original era “*Henne Gensfleisch zur Laden*”, y en aquel entonces la gente era nombrada de acuerdo con las propiedades y riquezas que su familia poseía. La mayor parte de la vida de Gutenberg permanece en el misterio, existen algunos manuscritos que nos proporcionan alguna información. El padre de Gutenberg, *Friele Gensfleisch*, era un patricio de la ciudad de Mainz,

⁵¹ “Un rollo impreso durante la dinastía Song meridional 1127-1279, contiene una nota en la que se especifica que está prohibida la reproducción y que el impresor había registrado la obra ante las autoridades adecuadas.” Owen, Lynette. *Comprar y vender derechos*. Trad. Victoria Schussheim, México, Librería, S.A. de C.V. – F.C.E., 2007, p. 3

mientras que su madre, *Else Wirich*, provenía de una familia de mercaderes. Se estima que la fecha probable del nacimiento de Gutenberg, es entre 1394 y 1404.⁵²

Gutenberg no inventó la imprenta, sino que su contribución técnica fue de introducir a la prensa, tipos móviles, lo cual permitió la reproducción a gran escala de números de ejemplares, el texto latino de la Biblia fue impreso por Gutenberg en Maguncia, entre 1450 y 1455, ese momento histórico marcó la diferencia entre la época medieval y el Renacimiento.⁵³

La importancia del perfeccionamiento de la imprenta por parte de Gutenberg, permitió la edición de la Biblia traducida al alemán por Martín Lutero dando origen a la reforma protestante en Europa durante los siglos XVI y XVII, que más adelante dio origen a iglesia anglicana con Enrique VIII, originando una persecución religiosa de católicos contra protestantes.

De acuerdo con Giovanni Sartori, a partir de la invención de la imprenta, la cultura de toda sociedad pasó de la transmisión oral a la cultura del texto escrito, los primeros textos eran reproducidos a mano por amanuenses, no se podrá hablar aún del hombre que lee: “Leer, y tener algo que leer, fue hasta finales del siglo XV un privilegio de poquísimos doctos. El homo sapiens que multiplica el propio saber es, pues, el llamado hombre de Gutenberg... Así pues, es con Gutenberg con quien la transmisión escrita de la cultura se convierte en algo potencialmente accesible a todos.”⁵⁴

Para los teóricos de la cultura, Theodor Adorno y Max Horkheimer, la imprenta y otros inventos desarrollados desde la Ilustración, son vistos desde una perspectiva crítica, para dichos autores, “la imprenta una invención tosca; el cañón, una que estaba ya en el aire; la brújula, en cierto modo ya conocida antes: ¡qué

⁵² Gutenberg Museum Mainz, Alemania, traducción libre de la versión inglesa, en: http://www.gutenberg-museum.de/29.0.html?&no_cache=1&L=1

⁵³ Cfr. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, p. 18

⁵⁴ Sartori, Giovanni. *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. Trad. Ana María Soler. Editorial Taurus, Argentina, 1998. p. 25.

cambios no han originado estos tres inventos, uno en el ámbito de la ciencia, otro en el de la guerra, y el tercero en el de la economía, el comercio y la navegación!”⁵⁵

En el plano jurídico, la constante en los primitivos “estados nacionales” europeos, fue atraer inversiones a cambio de premiar con monopolios de diversa índole, a los emprendedores; el primer antecedente legislativo directo del derecho de autor, fue el privilegio de impresión otorgado a Giovanni da Spira, en Venecia, en 1469, por cinco años como recompensa por haber introducido la imprenta en Venecia.⁵⁶

Desde luego, los privilegios se extendieron por todo el continente por más de dos siglos, autores como William Shakespeare y Miguel de Cervantes, son un claro ejemplo de la llamada “teoría de los privilegios”, ya que los mismos, conocieron en carne propia el plagio de sus obras.

Durante la Ilustración⁵⁷, diversos pensadores europeos invocaron “la idea del progreso” (el mito del progreso), para justificar las teorías sobre la propiedad privada inmaterial. El filósofo alemán Oswald Spengler (1880-1936), analiza el desarrollo de la técnica por parte del hombre, como una necesidad material para adaptarse a la naturaleza y servirse de ésta.

Para el autor de la “Decadencia de occidente”, el hombre es un animal de rapiña –en el sentido biológico del término- el desarrollo de armas, herramientas y máquinas son inherentes a la naturaleza humana. Así, cada especie animal tiene una técnica inherente a su especie, tales como las abejas y hormigas, animales que han desarrollado formas geométricas casi perfectas – como ocurre con la forma hexagonal de las abejas- o bien, el desarrollo de “la agricultura” por las hormigas.⁵⁸

⁵⁵ Horkheimer Max y Adorno, Theodor, *op. cit.*, nota 9, p. 59

⁵⁶ *Vid.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 104; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 31

⁵⁷ “La Ilustración concebía desde luego al hombre en su unidad con la naturaleza con la cual compartía la generalidad uniformidad de la composición que habían descubierto las ciencias naturales bajo la presión de Bacon y la guía de Newton.” Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Trad. Alberto L. Bixio, Undécima reimposición, Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2006, p.43

⁵⁸ “La técnica humana, y sólo ella, es empero, independiente de la vida de la especie humana. Es el único caso, en toda la historia de la vida, en que el ser individual escapa a la coacción de la especie.

Francis Bacon, filósofo y científico inglés (1561-1626), señala que una de las metas de la Ilustración era promover las invenciones:

“La antigua desconfianza del progreso tecnológico es reemplazada por algo que podríamos llamar fe en el progreso técnico produciría inventos, cuya creación requiere un nuevo método, el método *Novum Organum* de Bacon, en principio el método de la moderna Ciencia Natural. Había ciertas cosas de la enseñanza política final que Bacon afirmó conocer. Una de ellas era que el método científico que desembocaba en los inventos imponía una visión de la historia totalmente distinta de la de Maquiavelo”, es decir, científicos versus estadistas.⁵⁹

Las ideas de Bacon, van a influir más adelante en el pensamiento político de John Locke, en particular en lo que se refiere a una propiedad sobre manuscritos, libros e invenciones.

A partir del maquinismo y la denominada era industrial, el progreso técnico se convierte en un mito, en su afán de dominio –no sólo de la naturaleza- sino de sus congéneres, el ser humano recurre a su actividad creadora e inventiva, desde el invento de una máquina o un proceso de fabricación, o bien, la creación de una obra literaria, lo que se busca es dirigir, llevar a cabo una empresa económica, por lo que son necesarios los “privilegios”, o monopolios de explotación exclusivos sobre una actividad creativa.⁶⁰

Hay que meditar mucho para comprender lo enorme de este hecho. La técnica en la vida del hombre es consciente, voluntaria, variable, personal, inventiva. Se aprende y se mejora.” Spengler, Oswald. *El hombre y la técnica y otros ensayos*. Trad. Manuel García Morente, Colección Austral No. 721, Madrid, Espasa Calpe, 1967, p. 26

⁵⁹ Strauss, Leo y Cropsey, Joseph. Comp. *Historia de la filosofía política*. Trad. Leticia García Urriza, México, F.C.E., 1992., pp. 353-354

⁶⁰ Es evidente que la humanidad se ha visto beneficiada con la actividad intelectual e inventiva, en el aspecto tecnológico, como ocurre con los avances en la ciencia médica, la farmacéutica, la computación, y en el caso de las artes, con la industria musical y audiovisual. Sin embargo, dicho “progreso” tiene un lado oscuro: la explotación laboral de los creadores, mediante contratos leoninos,

Retomando a Oswald Spengler quien asegura que “desde la invención de la máquina, la más astuta de todas las armas contra la naturaleza, que en general son posibles, los empresarios e inventores han aplicado a su construcción esencialmente el número de brazos que necesitan. El trabajo de la máquina es realizado por la fuerza inorgánica, la tensión del vapor o del gas, de la electricidad y del calor, que se obtiene del carbón, del petróleo y del agua. Pero esto ha tenido por efecto el aumentar peligrosamente la tensión anímica entre directores y dirigidos.”⁶¹

Surge entonces la necesidad de “apropiarse” las ideas, es decir, de otorgarle el carácter de “propiedad” a un invento o bien, a la forma de expresión sobre una creación artística o literaria. De esta forma, pensadores y filósofos como John Locke, elaboran teorías para explicar justificar la propiedad privada, basándose en la propia naturaleza humana. La relación entre el individuo y la cosa la explica dicho filósofo de la siguiente manera:

“Cualquier cosa que él remueva de su estado de la naturaleza saludablemente lo mezcla con su trabajo, y lo que une a algo que es de sí mismo, y consecuentemente lo hace de su propiedad.”⁶²

3.- Filosofía del *Copyright* Anglosajón.

Bajo el reinado de Enrique IV de Inglaterra, en 1403, se formó el gremio de editores bajo el nombre de “*Stationers’ Company*”, más adelante, en el año de 1557, por orden de María I de Inglaterra, dicho gremio gozó del monopolio de impresión de libros que controlaba el incipiente mercado editorial inglés bajo una férrea censura; se basaba en un registro de adquisición de manuscritos que les otorgaba

en donde lo que se busca es apropiarse de la creatividad de dichos autores. La enajenación de individuos adictos a la pornografía cibernética, a los videojuegos y redes sociales, la polución del medio ambiente y la creación de islas de basura plástica en los océanos. Es decir, desde el punto de vista patrimonialista, la propiedad industrial ha servido como medio de dominación y autodestrucción de la civilización. (Hasta aquí derecho intelectual y medio ambiente)

⁶¹ Spengler, Oswald, *op. cit.*, nota 58, p. 59

⁶² Garza Barbosa, Roberto. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, 1ª reimpression, México, Porrúa - Tecnológico de Monterrey, 2015, p. 22

la propiedad de los textos, con la facultad de prohibir a otras personas la reproducción de los libros.⁶³

El primer antecedente legislativo en torno al *Copyright* – y de los derechos intelectuales- es el Estatuto de la Reina Ana de 1709, cuya trascendencia es vital para la creencia en una propiedad basada en el intelecto y la forma de aprovechamiento de las ideas, ya que reconocía al autor otorgándole el derecho de editar y explotar sus obras; ese momento histórico coincide con el nacimiento del capitalismo como modo de producción, lo cual dio origen a la era de la reproducción mecánica, es decir, por medio de la imprenta, grabado, litografía y otros medios que permitieron la reproducción masiva de contenidos culturales, entiéndase por estos obras literarias, científicas y artísticas. Fue entonces cuando nació la necesidad de contar con un sistema normativo que regulará el fenómeno de la creación literaria y artística, que a la vez fuese un equilibrio entre las nacientes industrias, entre ella la editorial, y los autores quienes con su talento y creatividad producían obras del espíritu humano.

Asimismo, dicho Estatuto estableció las bases para la libertad de expresión, ya que otros países siguieron su espíritu y reformaron su legislación para suprimir el sistema de los privilegios, por lo que se puede afirmar que, a partir de ese momento, nace el derecho de autor a la vida jurídica⁶⁴

Con el *copyright*, se buscó en un inicio un equilibrio entre autores y editores, no desapareció la censura, ya que para que la obra naciera a la vida jurídica era necesario el registro o depósito de la misma ante la autoridad real; otorgaba a los

⁶³ “It also created a system of censorship with penalties for those who might dare to print ideas that could subvert the existing order. While writers were subject to these penalties for what they wrote, they did not enjoy any share in the economic benefits of this growing industry.” *Exploring Copyright*. International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC). Curso en línea, abril – mayo de 2017, en <https://www.futurelearn.com/courses/exploring-copyright/1/todo/8600>.

⁶⁴ *Vid.* De La Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos de los autores, artistas e inventores*. colección nuestros derechos, IIJ-UNAM-INEHRM-SEP, México 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4019/1.pdf>

autores y editores un plazo de veinte años de explotación exclusiva, a partir de la edición, antes que los derechos pasen al dominio público.

Mark Rose nos explica que el *copyright* se fundó bajo “el concepto de un individuo único que crea algo original y está facultado para obtener una ganancia de esa creación. Recientemente, los modelos dominantes en el pensamiento estético han compartido las posturas románticas e individualistas en torno al *copyright*. Pero dichas posturas obscurecen importantes verdades acerca del proceso de la producción cultural”.⁶⁵

Siguiendo al citado autor, “la interrogante de la propiedad literaria”, fue esencialmente una lucha comercial, una batalla entre dos grupos de librerías. En su corazón era la limitación del término del *copyright*, un asunto de pocas consecuencias para los autores que normalmente vendían sus trabajos a los librerías.⁶⁶

Retomando a Fernando Serrano Migallón, dicho Estatuto “...tuvo como consecuencia dos efectos fundamentales, el primero es iniciar la etapa de los derechos de propiedad intelectual como derechos inherentes a la persona del autor, no sólo como privilegio del editor o como bien patrimonial mueble, que constituía el manuscrito y el segundo pone en marcha la evolución de una nueva institución jurídica.”⁶⁷

Otra de las notas distintivas del citado Estatuto, se otorgaba un “privilegio” al autor de una obra para su edición, cuya duración era de 14 años a partir de la primera publicación de la obra.

El nacimiento del *copyright* a como fenómeno normativo, coincide con el desarrollo del capitalismo, su filosofía es utilitarista, por tanto, necesita otorgar un

⁶⁵ Rose, Mark. *Authors and owners the invention of copyright*. London, Harvard University Press, 1993. p. 2. La traducción es nuestra.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 4

⁶⁷ Serrano Migallón, Fernando *op. cit.*, nota 13, p. 21

valor agregado al trabajo intelectual, cuyo resultado creativo es una obra que tiene ventajas competitivas en una economía de mercado, es decir, el concepto de propiedad sobre una creación intelectual.

Esta ideología sigue hasta nuestros días, en voz de Pekka Himanen, escritor del célebre ensayo “*La ética del hacker*”, “en la nueva economía, además de fortalecer la posición del dinero, refuerza la idea de propiedad, tan esencial para el viejo espíritu del capitalismo, al hacerla extensible a la información hasta cotas sin precedentes. En la economía de la información, las empresas consiguen su meta de hacer dinero intentando ser propietarias de información a través de patentes, marcas registradas, *copyrights*, derechos de autoría, contratos de no revelación y otros medios similares. De hecho, la información es hasta tal extremo reservada que, cuando se visita una empresa dedicada a la tecnología de la información, a veces no se puede dejar de pensar que las cerraduras con que se protege tal información hacen del edificio una cárcel de máxima seguridad.”⁶⁸

Más adelante, en el punto número 4 del presente capítulo, se retomará la idea de que existe una ideología dominante, basada en la “ética protestante” a fin de que las legislaciones de sistemas jurídicos continentales, tiendan a adoptar las reglas del *copyright* y TRIPS, en aras de garantizar el “libre mercado” de productos cuya propiedad es exclusiva de los titulares del *copyright*, y en caso contrario, excluir de los beneficios globales a los gobiernos o empresas que no se ajusten a dichos criterios.

3.1.- Los editores como titulares originarios del *copyright*.

Otros autores, establecen el nacimiento de la industria editorial en el Reino Unido, en el año 1534, “la Universidad de Cambridge recibió gracias a una cédula real, autorización para imprimir; le siguió la Universidad de Oxford, en 1586. La primera editorial comercial fue la firma familiar de Longman, fundada en 1724.”⁶⁹

⁶⁸ Himanen, Pekka. *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, en: <http://eprints.rclis.org/12851/1/pekka.pdf>

⁶⁹ Owen, Lynette. *op. cit.*, nota 51, p. 1

La denominada “*Stationary*”, pugnaba por un copyright acorde a sus intereses, a fin de poder considerarse como sujetos originarios de las obras publicadas en forma de libros, en perjuicio de los autores, quienes sí eran considerados como propietarios de sus manuscritos.⁷⁰

A modo de ejemplo, Mark Rose cita el caso del poeta inglés John Milton, creador de la obra “el paraíso perdido”, quien firmó un contrato con el librero Samuel Simmons, para la edición del libro. De acuerdo con el contrato, a cambio de cinco libras, todas las copias del libro del poema el paraíso perdido, pasaban a ser propiedad del editor.⁷¹

A partir de entonces, comenzaron los primeros juicios y litigios por la titularidad del copyright ante las cortes inglesas, entre autores y editores, las primeras sentencias fueron contradictorias, en algunos casos se le daba la razón al editor y en otras al creador.

De esta manera, la idea de una “propiedad” sobre bienes inmateriales -libros o manuscritos- fue objeto de diversos enfoques filosóficos, entre las que destacan la de Immanuel Kant, se concibió al derecho de autor como un derecho humano. En el caso de Inglaterra, autores como John Milton, John Locke y Daniel Defoe, propugnaron por la abolición de los monopolios de impresión.

Remitimos al lector al capítulo IV, de la presente investigación, en dónde se analizarán los derechos conexos de los titulares derivados, tales como editores de libros y organismos de radiodifusión.

⁷⁰ Los *Stationers*, eran un gremio de libreros quienes, a cambio de la censura de los contenidos literarios, había recibido por parte de la Corona inglesa el monopolio de impresión, sus orígenes se remontan al año de 1557, en Londres Inglaterra. Vid. Woodmansee, Martha y Jaszi, Paul. *The construction of authorship, textual appropriation in law and literature*. United States of America, Duke University Press, 1994. p. 6

⁷¹ Rose, Mark. *op. cit.*, nota 65, p. 27; De la Parra Trujillo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 107

3.2.- La doctrina del “*work of hire*” u obra por encargo.

En los Estados Unidos de América, el antecedente más importante en el campo del derecho intelectual, es la Constitución estadounidense de 1787, en cuyo artículo primero, cláusula 8, faculta al Congreso a expedir leyes para promover el progreso de la ciencia y artes útiles, garantizando a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus escritos y descubrimientos, por tiempo limitado.⁷²

En sus cuáqueros orígenes, el *copyright* estadounidense era un instrumento para autores -personas físicas- que creaban obras literarias y científicas, sin embargo, el capitalismo industrial de los siglos XIX y XX, fue impulsor del cambio de paradigma que permitiera a las empresas o personas morales, ser titulares de derechos, entre ellos, el *copyright* y las demás figuras jurídicas de la propiedad industrial. Bajo esta fachada corporativa, inventores como Tomás Alva Edison, pudieron adueñarse del conocimiento y monopolizar la tecnología.

En adición a lo anterior, el artículo 201 b, de la ley estadounidense del *copyright* (1976), establece que en el caso de que una obra sea creada bajo encargo, el patrón o cualquier persona para quien se realizó la obra, ésta última será considerada como autor para los efectos de este título ⁷³

A fin de garantizar que las industrias culturales, fueran consideradas como sujetos originarios del *copyright*, se creó la doctrina del *work for hire* o *works made for hire* -figura jurídica extraña al sistema positivo mexicano inspirado en la teoría del *droit de auteur*, hasta el año de 1996. Mediante esta ficción legal, empresas como Walt Disney, Universal y Paramount, se han adueñado del talento creativo de los autores audiovisuales, asimilándolos como meros asalariados del proceso creativo.

⁷² Cfr. Litwak, Mark. *Dealmaking in the Film & TV Industries*. Los Angeles, Salman – James Press, 1994. p. 262

⁷³ Vid. Goldstein, Paul. *Goldstein on copyright*, 2017, supplement,: <https://books.google.com.mx/books?id=KaXXAr1ywaMC&lpg=PP1&hl=es&pg=SA1-PA7#v=onepage&q&f=true>

A modo de ejemplo, en el año de 1988, el director de cine John Huston demandó para prevenir que la película *Asphalt Jungle* (Jungla de asfalto), filmada en blanco y negro en 1950, cuya versión a colores fuera transmitida por televisión. “En los Estados Unidos, de acuerdo con la doctrina del *work-made-for-hire*, el productor -y No el director y empleados- son considerados como autores. Sin embargo, en Francia, después de la muerte de Huston en aquel año, sus hijos y guionistas invocaron las pretensiones estéticas o “derechos morales” que se mantienen a favor de los autores en la legislación francesa, aún y cuando hayan vendido su obra. En los siguientes seis años, cinco diferentes tribunales en Francia previnieron a los guionistas...”⁷⁴

Siguiendo a Marisela González, a pesar de que los herederos obtuvieron resoluciones judiciales favorables en primera instancia, mediante sentencia del 6 de julio de 1989 (Paris 4. Ch. B.), la Corte francesa resolvió a favor de la empresa Turner, quien había realizado el colorado del film, declarando que el Autor la obra audiovisual “*Asphalt Jungle*”, era la citada compañía (no John Huston), por lo que los herederos y el guionista Ben Madlow, no tienen ningún derecho moral sobre la obra modificada, en virtud de que el *copyright* no reconoce derechos morales.⁷⁵

No coincidimos del todo con dicha Sentencia, ya que como se verá con mayor amplitud en el capítulo III, en la ley del *copyright* estadounidense, el guionista o escritor, junto con el productor de la obra audiovisual, gozan de la calidad de autores, por lo que la corte francesa debió de ponderar dicha situación.

Ahora bien ¿Cómo puede determinarse si la obra es o no por encargo? Mark Litwak nos resuelve la anterior interrogante: “Primero, todas las obras realizadas por los empleados bajo una relación laboral se presumen que son obras realizadas bajo encargo, a menos que las partes lo hayan acordado mediante un instrumento por

⁷⁴ Baldwin, Peter. *The copyright wars, three centuries of trans-atlantic battle*. Princeton University Press, 2014. p. 7. (La traducción es nuestra)

⁷⁵ González López. Marisela. *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1993, pp. 197-198

escrito. Segundo, ciertas obras que sean realizadas especialmente bajo una comisión son consideradas como obra por encargo, si los contratos señalan de forma clara dicha condición.”⁷⁶

Retomando a Lipszyc, quien al referirse al artículo 101 de la ley estadounidense (*copyright act*), considera que las obras por encargo o “*Works made for hire*” son: A) una obra creada por un empleado en el campo de su empleo ó B) una obra encargada especialmente para servir como contribución a una obra colectiva, como parte de una obra cinematográfica o de otra obra audiovisual, como una traducción, como una obra complementaria o “*supplementary work*”.⁷⁷

No olvidemos que la ley del *copyright* estadounidense sufrió reformas a partir de que dicho país se adhirió al Convenio de Berna, en 1988, durante la administración del residente Ronald Reagan, asimismo en las últimas Rondas de Uruguay del GATT para la creación de la Organización de la Organización Mundial de Comercio, los Estados Unidos aceptaron diversos compromisos en materia de derecho intelectual, como el de sacar del dominio público muchas de las obras que habían sido así declaradas por el *copyright Act* de 1976, en consecuencia, a través de la *Berne Convention implementation act* y la *Public law No 103/465*, el gobierno estadounidense otorgó un plazo para recuperar del dominio público varias de las obras que no habían cumplido con la formalidad de la ley estadounidense de registrar cualquier obra, ante la oficina del *copyright* en Washington, previa solicitud, denominada *Notice of Intend of Enforcement*, previo el pago de un cuota ante dicha autoridad.⁷⁸

Lo anterior, dio origen a un fenómeno de despojo de derechos autorales en perjuicio de los creadores de películas mexicanas: en 1996, la empresa estadounidense “*Authors Rights Restoration Corporation*” (ARCC por sus siglas en

⁷⁶ Litwak, Mark. *op. cit.*, nota 72, p. 274

⁷⁷ Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, p. 44

⁷⁸ Vid. Sánchez Fernández, Ernesto. “Explotación ilegal de cine mexicano en EU”, *Revista Mexicana del derecho de autor*, Nueva época, Año II, Núm. 5, julio/septiembre de 2002, p. 23

inglés), representada por Larry Brooks, obtuvo, sin autorización de los productores, los derechos de los titulares originarios, es decir, los guionistas de cine, quienes son considerados como autores en la ley del copyright estadounidense, mediante contrato de cesión, por lo demás ilegal y leonino, para que dicha empresa pudiera lucrar con las películas mexicanas, incluidas las realizadas durante la “época de oro del cine mexicano”, obras que pueden considerarse como parte del patrimonio cultural del país.⁷⁹

Desde luego, el asunto de la titularidad de dichas películas, se dirimió en una corte de distrito en Washington D.C., autoridad competente en cuestiones relativas al *copyright*, después de un largo litigio se dio la razón a los productores mexicanos como titulares derivados de los derechos patrimoniales de autor.

Como se demostrará en el capítulo III (el derecho de autor en México), la LFDA adoptó criterios del *copyright* anglosajón, como la de obra por encargo, figura ajena a la tradición jurídica en México, a fin de “armonizar”, el contenido del capítulo XVII del TLCAN, lo que a nuestro juicio resultó un desatino por los abusos cometidos en nombre de dicha figura contractual.

4.- Teoría del derecho de propiedad.

Esta teoría se gestó durante los años previos a la revolución francesa de 1789, y tuvo su sustento ideológico - jurídico en diversos decretos constituyentes emitidos a partir de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

En julio de 1777, el célebre escritor francés Beaumarchais⁸⁰, organizó junto con la participación de otros veintidós autores y escritores, una respuesta para la remuneración de sus obras, por su representación en el teatro francés. A su vez, un número mayor de autores participaron en dicha iniciativa, se habían quejado

⁷⁹ *Ibidem*, p. 22

⁸⁰ Pierre – Augustin Caron de Beaumarchais (1732 – 1799) Autor de las obras “El barbero de Sevilla” y “Las bodas de Fígaro” (la trilogía de Fígaro), obras que más adelante se llevarán a la ópera por los compositores Wolfgang Amadeus Mozart y Giochino Rossini.

anteriormente del maltrato que eran objeto por parte de los poderosos dueños de los teatros.⁸¹

Para Beaumarchais, su queja era motivada por la pobre remuneración que recibió por su famosa obra “El Barbero de Sevilla”. A pesar de no obtener éxito al principio, las acciones del grupo comenzaron a cambiar, después de 14 años de lucha, los autores lograron que se expidiera una ley en donde se reconocía el concepto de “derecho de autor”, dicha ley fue ratificada por el rey Luis XVI de Francia, el 19 de enero de 1791, quien moriría ejecutado dos años después en la guillotina.⁸²

De esta manera, nace el derecho de autor a la tradición jurídica continental, este reconocimiento se ira perfeccionando en la medida que los tribunales ingleses y franceses fueron conociendo casos concretos en materia de *copyright* y *droit d’auteur*, respectivamente, cuyas sentencias sentaron las bases jurisprudenciales de aquellos tiempos.

Siguiendo a la tratadista Lipszyc, a partir de estos hechos históricos-legislativos, y una vez que el derecho de autor “...alcanzó mayor desarrollo a través de la doctrina y la jurisprudencia, y los caracteres particulares del derecho de autor comenzaron a perfilarse con más nitidez, su asimilación al derecho de dominio sobre las cosas materiales (*ius in rem*) fue objeto de importantes cuestionamientos, en razón de las diferencias entre ambos derechos.”⁸³

En el caso de México, resultan ilustrativas las tesis civilistas en torno al derecho de propiedad intelectual, ente las que se encuentran la de Rafael Rojina Villegas, quien afirma que los derechos de autor o “propiedades intelectuales”, no son derechos personales, sino que la naturaleza de este derecho de autor o

⁸¹ Exploring Copyright, *op. cit.* Nota 63.

⁸² *ídem.*

⁸³ Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, p. 20

propiedad intelectual, se trata de un derecho real y no personal. Es decir, que se trata de un derecho patrimonial de naturaleza real.⁸⁴

En su reinterpretación a las ideas de dicho tratadista, coinciden en que, en el derecho de autor, existe una relación semejante al derecho real: un poder jurídico que se ejercita por una persona determinada, el autor de la obra, para aprovecharla en forma total o parcial y para oponer ese poder a todo el mundo.⁸⁵

En oposición a la anterior tesis, Ernesto Gutiérrez y González, sostiene que el derecho de autor, “no es un derecho real, ni tampoco personal, es lisa y llanamente, lo que su nombre indica “derecho de autor”, o “privilegio” como lo designa la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y su naturaleza jurídica es propia y diferente a la de los otros derechos”⁸⁶; esto es, nuestra materia de estudio es una disciplina autónoma del derecho civil, por las siguientes razones:

“1ª El derecho de autor recae o tiene por objeto una cosa inmaterial que es la idea del autor o del inventor. En cambio, la propiedad sólo puede caer en un objeto corporal. 2ª El derecho de autor por mandato constitucional, no puede estar sujeto a limitaciones o restricciones. Por el contrario, el derecho de propiedad es naturalmente limitado, como se comprueba por el enunciado del Artículo 830 del Código Civil que dice: “El propietario de una cosa puede gozar o disponer de ella, con las modalidades que fijen las leyes. 3ª En el derecho de autor, la idea del autor en sí, es intransferible e inmodificable por otra persona e indestructible. En cambio, la propiedad de una cosa, al cambiar de titular desliga en absoluto al nuevo propietario del anterior. El nuevo propietario de

⁸⁴ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*. 41ª edición, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 177.

⁸⁵. Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *op. cit.*, nota 38; p. 170; De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, pp. 277-278

⁸⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio*. 5ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 709

una cosa puede hacer con ella, lo que desee, inclusive destruirla o desmembrar su derecho. 4ª.- El derecho de autor, aunque el titular de la idea autorice a otra persona para que explote su derecho, la idea al darse a conocer, siempre va ligada al nombre del autor. Por el contrario, la propiedad de una cosa, no imprime a ésta un sello de quién o quiénes han sido sus anteriores propietarios...”⁸⁷

Desde luego, podemos afirmar que la teoría de la propiedad como objeto material, ha sido superada, es decir se considera al derecho de autor como un sistema de normas jurídicas que tienden a proteger el derecho sobre bienes inmateriales que contienen obras artísticas.

En el caso de titularidad originaria, la LFDA contempla un sistema de excepciones que permiten a las personas morales considerarse como sujetos originarios, tal y como lo establece el *copyright* estadounidense, bajo la figura contractual de la obra por encargo o *work made for hire*, los autores ceden irrevocablemente las facultades de adaptación de sus obras a favor de sus empleadores, abusando de la necesidad del propio creador. Dichas prácticas, desde luego suponen un menoscabo a la LFDA, independientemente de que son contrarias a las leyes laborales, tal y como se verá con mayor detenimiento en los subsecuentes capítulos.

De igual forma, resulta falsa la aseveración en el sentido de que al ser el derecho de autor “mandato constitucional”, el mismo no pueda estar sujeto a restricciones o limitaciones, si se toma en consideración que el propio texto establece un límite temporal a dicho derecho, amén de los diversos tratados internacionales en materia de derechos culturales, los cuales se verán con mayor detenimiento en el punto 5 del presente capítulo (*infra*).

⁸⁷ *Ibidem*. pp. 710-713.

En el caso de las obras arquitectónicas, el inmueble dónde se encuentra construida la obra, supone una limitación al derecho moral de autor, ya que salvo que la edificación sea considerada como monumento artístico, puede ser modificada o destruida como sucedió con el famoso Hotel Casino de la Selva, ubicado en la ciudad de Cuernavaca, el cual contenía murales de diversos artistas, o bien, como sucede actualmente con la demolición de verdaderas joyas en las colonias Roma y Condesa, representativas de las corrientes del *art Nouveau* y *art déco*, en la ciudad de México ⁸⁸

No obstante, no puede negarse la existencia de puentes de conexión entre el derecho civil y el derecho de autor, ya que el segundo tiene como antecedente histórico el primero, aunque en el caso de las obras que circulan en el internet, nos obliga a replantearnos el concepto clásico de la “*propiedad intelectual*”, como enfoque ius positivista del derecho de autor.

5.- Teoría sobre el derecho de bienes inmateriales.

Diversos tratadistas en la materia coinciden en atribuir la paternidad de esta teoría al poeta y jurista Josef Kohler (1849-1919), representante de la denominada escuela de la jurisprudencia sociológica, quién obtuvo fama gracias a sus trabajos sobre filosofía del derecho, así como propiedad industrial y derecho de autor alemán, entre sus obras más representativas se encuentran: “*Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*”, (Shakespeare en el foro de la jurisprudencia) y “*Deutsches Patentrecht*” (El derecho alemán de patentes), entre otros libros y ensayos.

⁸⁸ En el caso del *copyright* estadounidense, es célebre la historia del muralista Mexicano Diego Rivera, quien fuera contratado por John Rockefeller en los años veinte del siglo XX, para la realización de un mural en el edificio de la quinta avenida en Nueva York. Sin embargo, la obra no fue del gusto del dueño del mural (*corpus mechanicum*), ya que evocaba la figura de Vladimir Ilich Lenin y el socialismo soviético como ideología (*corpus mysticum*), una ofensa para un capitalista puro en aquellos años, por lo que el dueño mandó a destruirla, ya que la ley del *copyright*, antes de la era de Ronald Reagan (1980-1988), no contemplaba el derecho moral de integridad de los autores de obras visuales.

En el caso de la propiedad industrial, particularmente el derecho marcario, Kohler apunta lo siguiente: “la marca se protege por el valor económico que representa, independientemente de que no sea una obra de la inteligencia. Kohler agrega así a la clásica división bipartita, una nueva categoría de derechos, llamada derechos inmateriales, para proteger lo que llamó bienes inmateriales.”⁸⁹

Sobre la teoría de la propiedad material del derecho de autor, conviene señalar que, en la actualidad, existe el consenso entre los especialistas en la materia en otórgales a dichos derechos, un tipo de propiedad inmaterial o especial; difieren de la concepción clásica de propiedad -como ocurre en materia de propiedad industrial- en virtud de que son temporales, recaen sobre bienes incorpóreos, no pueden adquirirse por usucapión o accesión, entre otros razonamientos técnico jurídicos, que tienden a afirmar esta teoría⁹⁰

El derecho de autor según Kohler, “tiene únicamente naturaleza patrimonial, tanto por su origen histórico -ya que surgió con la finalidad de garantizar los intereses patrimoniales de los autores – como porque las normas principales de las leyes están dirigidas a la tutela de las facultades exclusivas de reproducción, representación, ejecución, recitación, etc., de la obra, mediante las cuales su autor asegura la obtención de un beneficio económico.”⁹¹

Sobre este punto, Josef Kohler desarrolló una doctrina jurídica respecto a los bienes materiales y aplicada a los inventores y autores. Por lo tanto, Alemania, al menos en la terminología, siguió una ruta distinta del resto de Europa, que mantiene un concepto de derechos de autores e inventores, que recuerda al derecho de

⁸⁹ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, p. 179

⁹⁰ Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo. *Introducción al derecho intelectual*. Porrúa – UNAM, México 2014, pp. 20-21

⁹¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, pp. 23 – 24.

propiedad. Fue sólo al final del siglo XX, que el concepto de “propiedad intelectual”, fue reconocida como una noción de protección legal en Alemania. ⁹²

Más adelante Lipszyc agrega que: “Al autor también le corresponden otros derechos sobre su obra que no tienen naturaleza patrimonial sino personal, a los que el Kohler denominó *individualrechte*. Pero estos derechos, aunque concurren a la protección de la obra, en planteamiento de Kohler no forman parte del derecho de autor, sino de un campo jurídico distinto. Sostuvo que se trata de dos derechos diferentes (*doppelrecht*): un derecho de carácter patrimonial que tiene el autor para la explotación económica de un bien inmaterial (*immaterialgüterrecht*) -su obra- que se encuentra fuera del individuo, pero que no es corporal, tangible o asible. Junto al *immaterialgüterrecht*, el autor tiene un *individualrecht* que no forma parte del contenido del contenido del derecho de autor, sino que constituye una expresión concreta del derecho general de la personalidad.”⁹³

A modo de conclusión, creemos que esta teoría es la que mejor explica la naturaleza jurídica del derecho de autor, al reconocerle ciertos derechos de personalidad, que en la actualidad podemos asimilar a los “derechos morales de autor”.

6.- Immanuel Kant y la teoría de la personalidad.

La concepción filosófica de la cultura y su importancia en la civilización occidental, se encuentra en deuda con dos de los pensadores alemanes más significativos de los siglos XVIII y XIX: Immanuel Kant y Frederick Hegel, ambos autores han influido en otros filósofos y corrientes ideológicas de la modernidad, algunas de ellas que aún subsisten en el presente siglo XXI. Estos dos filósofos dieron un gran impulso a la idea de cultura como premisa fundamental para explicar

⁹² Cfr. Pahlow, Louis, “Intellectual property”, Trad. Johanna M. Baboukis, Katz, Stanley N., Editor, *The oxford international encyclopedia of legal history*, V. 3, New York, Oxford University Press, 2009, p.260. La traducción es nuestra.

⁹³ Lipszyc, Delía, *op. cit.*, nota 24, p.24

los diversos fenómenos inherentes a toda sociedad humana, en especial, a la sociología y al derecho.

Immanuel Kant (1724-1804), nació en la ciudad de Königsberg, en el seno de una familia modesta. Estudió de 1740 a 1746, en la universidad de su ciudad natal, física, matemáticas y filosofía bajo la dirección de Martin Knutzen, un filósofo seguidor de las teorías del físico inglés Isaac Newton.

Kant consolida las bases para una teoría ética o moral; desde luego, sin dejar a un lado su aportación a la teoría del conocimiento o epistemología, de esta manera, este filósofo aborda la cuestión ética en sus siguientes trabajos: “Crítica a la razón pura”, “Crítica de la razón práctica” y “Metafísica de las costumbres”, obras en donde se constituye una auténtica doctrina “moral” kantiana, de carácter universal.

Kant retoma a David Hume para profundizar en los conceptos de razonamiento *a priori* y *a posteriori*, asimismo, sus ideas sobre el derecho, el “ser” y “el deber ser”, la moral práctica, influenciaron sobre el pensamiento de juristas de la talla de Hans Kelsen, Rudolf Stammler, entre otros estudiosos del derecho.

Otra de las aportaciones del pensador alemán, es en el ámbito del derecho de autor. Diversos especialistas en el tema de la filosofía de la propiedad intelectual, han contribuido a comprender el pensamiento jurídico de Kant, a continuación, citaremos los más relevantes:

Daniel Stengel, quien se remite a la edición inglesa de “la filosofía del derecho” de Kant, nos brinda la siguiente información del término libro: “Un libro es un Escrito que contiene un Discurso por alguien al Público, mediante señales visibles de oratoria.”⁹⁴

⁹⁴ 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. 85.

Siguiendo a este autor, “Kant garantiza al autor el derecho a su trabajo, esto es el discurso, pero no en el libro como tal, ‘*el corpus mechanicum*’ El derecho a poseer el discurso es diferente. Según Kant cualquiera puede poseer un libro, pero la compra de un libro le da derecho al comprador únicamente a poseer el libro, más no su contenido.”⁹⁵

En México, tratadistas del derecho de propiedad intelectual como Roberto Garza B, señala la contribución del filósofo alemán al derecho de autor, de la siguiente manera:

“Para Kant los derechos de autor son derechos de personalidad en vez de derechos de propiedad, ya que los mismos expresan la personalidad interior del autor. Es por ello que Kant considera a los derechos de autor, no como un derecho sobre el objeto, sino como un derecho innato e inherente a su propia persona. Una obra literaria era considerada por Kant como un discurso dirigido al público a través de una forma específica. Es una narración hecha por el autor acerca de su pensamiento. Consecuentemente cuando una persona ilícitamente pública y distribuye la obra de un autor, está infringiendo la libertad de ese autor, debido a que está hablando a nombre del autor sin su conocimiento. Es importante establecer que, aunque Kant limita estos derechos a las obras literarias, en la mayoría de los países de tradición Romana o Germánica, se protegen además, otra clase de obras artísticas.”⁹⁶

De la Parra, citando a Kant: aporta a su vez lo siguiente: “los autores hablan a sus lectores a través de sus escritos, por lo que quienes publican los escritos no hablan por sí mismos, sino completamente a nombre de los autores, de manera que

⁹⁵ *Ibidem*. p. 86.

⁹⁶ Garza Barbosa, Roberto. *op. cit.*, nota 62, p. 29.

sólo son unos meros intermediarios; 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).”⁹⁷

Por otra parte, el filósofo Frederick Hegel (1770-1831), distingue entre naturaleza y cultura, es decir, entre naturaleza y espíritu, para Hegel, el arte, las ciencias y el derecho, son el producto de un proceso histórico y dialéctico. La idea del espíritu universal de Hegel, se basa en la concepción del espíritu griego; en su obra “La fenomenología del espíritu”, este autor señala que en la historia del arte y en la historia de la religión, se revela la verdad de los momentos intuitivo y representativo del espíritu absoluto.

Al igual que Emmanuel Kant, la filosofía de Hegel, tendrá un fuerte impulso en otros autores alemanes del siglo XIX y principios del XX, que se interesaron por la “filosofía del espíritu” o filosofía de la cultura, entre ellos destacan Wilhelm Dilthey, Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Georg Simmel, Oswald Spengler, Max Scheler, Ernst Cassirer y Nicolai Hartmann, filósofos que siguieron la línea del pensamiento Kantiano, y que fueron precursores de las escuelas de Baden y de Marburgo.⁹⁸

7.- Hegel y el derecho de autor.

Friedrich Hegel, señala que las aptitudes espirituales tales como las ciencias, las artes, la religión, y las invenciones, vienen a ser objetos del contrato,

⁹⁷ Kant, Immanuel. “Of the injustice of counterfeiting books.” *Essays and treatises on moral, political, and various philosophical subjects*, Trad. John Richardson, Londres, s/e, 1798, vol. I pp. 229 y 230. Citado por De La Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.* nota 10, p. 112

⁹⁸ “Hegel concibe el Estado de un modo enteramente concreto. Ve incluso en él a una persona viviente. Su espíritu, el espíritu del pueblo – o *Volkgeist*- ha de ser para cada particular algo así como el alma para el cuerpo. En el espíritu del pueblo se manifiesta el espíritu “objetivo”, que a su vez se eleva en historia universal -*Weltgeist*- a través de los espíritus particulares de los distintos pueblos.” Hirschberger, Johannes. *Historia de la filosofía*, Tomo II, Trad. Luis Martínez Gómez. Barcelona, Editorial Herder, 1990. p. 272

equiparados a las cosas reconocidas como tales, del mismo modo que en la compra y en la venta.

Siguiendo la traducción española de “La filosofía del derecho” de Hegel: “se puede reclamar si el artista, el docto, etcétera, están en la posesión jurídica de su arte, de su ciencia, de su capacidad para decir una plática, leer una misa, etcétera, esto es, si tales objetos son cosas. Se dudaría llamar cosas a tales disposiciones, conocimiento y capacidad; y, ya que, sobre una 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, puesto que se le presenta, únicamente, el dilema de algo que o es cosa o no-cosa como en el ser "o" infinito, "o" finito).”⁹⁹

Para Hegel, “una creación intelectual se convierte en objeto de propiedad cuando, libremente, se decide exteriorizarla. Asimismo, dicho pensador 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 creación.”¹⁰⁰

A fin de determinar con precisión, si una obra es producto de un plagio, Hegel señala que la difusión de la ciencia y la enseñanza, consisten en la repetición de pensamientos, los cuales se exteriorizan en obras literarias y artísticas, mismas que pueden reproducirse, ser objeto de crítica o transformación ¿Hasta qué punto tal repetición en una obra literaria se transforma en plagio? No se puede indicar con rigurosa determinación ni fijar jurídica y legalmente. “Sin embargo, el plagio debería ser cuestión de honestidad y refrenado por ésta. Las leyes contra las infracciones cumplen sus fines de garantizar jurídicamente la propiedad del escritor y del editor, o sea en un ámbito determinado, pero muy limitado.”¹⁰¹

⁹⁹ Hegel, G.W.F. *Filosofía del derecho, introducción de Carlos Marx*, Trad. Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, quinta edición, Editorial Claridad, S.A., 1968 p. 72

¹⁰⁰ Citado por De la Parra Trujillo Eduardo, *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p 150.

¹⁰¹ Hegel, G.W.F., *op. cit.* nota 99, p. 90

Hegel nos menciona acerca de los productos espirituales, tales como las ideas o pensamientos, que exteriorizadas por el hombre se convierten en bienes culturales u obras de arte, de esta manera, para el también autor de la “Fenomenología del Espíritu”:

“En la obra de arte, la forma que representa el pensamiento de un modo externo es como cosa, tanto la característica del individuo que la produce, cuanto una imitación de la misma es, esencialmente, el producto de la especial habilidad técnica y espiritual. Mediante la forma, la obra literaria es una cosa externa, así como en la invención de un ingenio técnico, de una especie mecánica —en aquella porque el pensamiento es expuesto sólo en una serie de signos abstractos aislados, no en una apariencia concreta; en ésta, porque, en general, tiene un contenido mecánico—; y la especie y el modo de producir tales cosas, como cosas, pertenece a las habilidades comunes.”¹⁰²

Más adelante dicho filósofo admite que la propiedad privada es necesaria para la supervivencia del individuo, sin embargo, “... la propiedad es una cosa externa que permite al individuo ejercer control sobre la misma. El control forma parte de la manifestación de libertad y desarrollo de la personalidad del autor. La propiedad intelectual es una manifestación o un medio para el desarrollo del individuo.”¹⁰³

8.- Víctor Hugo y el Convenio de Berna.

Una vez identificado el derecho de autor moderno como un derecho de propiedad intelectual, el siguiente paso fue la creación de convenciones internacionales y acuerdos internacionales en la materia, a fin de crear las normas modelo a fin de otorgar ciertos derechos a los creadores intelectuales.

¹⁰² *Ibidem.*, pp. 88-89

¹⁰³ Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 62, p. 31

Parafraseando a Ulrich Uchtenhagen, los convenios bilaterales suscritos entre dos naciones Europas del siglo XIX, resultaban insuficientes para evitar el tráfico de publicaciones apócrifas de obras, de igual forma la rápida evolución de los medios de comunicación, permitió que, bajo los auspicios de Francia, se integrará una comisión integrada por diversos países, para redactar el texto de la primera convención o convenio internacional en nuestra materia de estudio.¹⁰⁴

Diversos especialistas en el tema de derechos de autor, coinciden en señalar al escritor y periodista francés Víctor Hugo (1802-1885), como padre ideológico del “Convenio de Berna” también denominado “Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas” de 1886, por medio del cual se internacionaliza el derecho de autor.¹⁰⁵

Al igual que sucedió con Miguel de Cervantes con su célebre obra “El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha”, durante los siglos XVIII y XIX, la constante fue traducir a otras lenguas y en diversos países trabajos de autores renombrados, lo que originó un problema de plagio editorial en virtud del principio de territorialidad de las normas de propiedad literaria y jurisdicción nacionales. Existen casos como del escritor inglés Charles Dickens, quien descubrió que sin su autorización y sin obtener ningún tipo de regalía o pago, sus obras eran editadas de forma masiva en los Estados Unidos de América.

Al respecto, los autores John Gantz y Jack B. Rochester, citados por De la Parra, señalan que en el siglo XIX, los Estados Unidos de América era el principal país pirata, ya que se oponía a un sistema internacional de protección de los

¹⁰⁴ Uchtenhagen, Ulrich. *Et. Al.* “Genesis y evolución del derecho de autor en el mundo”, en *Memoria del VI congreso internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, SEP-OMPI-FEMESAC, México D.F., 25 – 27 de febrero de 1991, p. 17.

¹⁰⁵ Entre los especialistas que coinciden en señalar a Víctor Hugo como el impulsor del Convenio de Berna, se encuentran Delia Lipszyc, Ramón Obón León, Ignacio Otero Muñoz, Miguel Ángel Ortiz Bahena y Eduardo de la Parra Trujillo. “De esta manera, se llega a 1886, fecha en que se realiza la Conferencia Mundial, a raíz de las gestiones de la Asociación Literaria y Artística Internacional, fundada en 1878, y cuyo presidente fue VÍCTOR HUGO; creándose una Unión Internacional de Naciones para la protección de las obras literarias y artísticas...” Obón León, Ramón. *Los derechos de autor en México*, Tesis para obtener el grado de licenciado en Derecho, 1973. p. 14

derechos de autor y tutelando sólo las obras de sus creadores; tal es el caso de los escritores ingleses Walter Scott o Charles Dickens , quien en su obra “Un cuento de navidad”, se vendía el ejemplar en £2.50 en Londres, mientras que la edición pirata de los Estados Unidos sólo costaba 6 centavos de dólar por ejemplar.¹⁰⁶

Cabe señalar que el mismo Víctor Hugo, propugnó la creación de una norma supranacional en virtud de que muchas de sus obras, eran objeto de plagio por libreros y autores inescrupulosos quienes obtenían pingües ganancias al amparo de la poca eficacia de las normas en materia de derecho de autor. De esta manera, es impreciso aseverar que el autor de “los Miserables” ideara un sistema de derechos morales, lo que dicho autor perseguía era un sistema efectivo para el cobro de las traducciones de sus obras a otros idiomas y en otros países, siendo en esencia un derecho patrimonial o económico.

En el siglo XIX, ante el perfeccionamiento de las técnicas de impresión, así como el plagio editorial en Europa y América, los derechos morales plasmados en el Convenio de Berna, nacen de la jurisprudencia francesa; autores como María del Pilar Cámara Águila y Eduardo de la Parra Trujillo coinciden en señalar que el primer caso relativo a este tipo de derechos fue en el año de 1814, sobre la prohibición de alterar una obra.¹⁰⁷

Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Ortiz Bahena, señalan que los congresos literarios y artísticos durante la mitad del siglo XIX, entre ellos, el Congreso de Londres de 1879, el Congreso de Lisboa de 1880, el Congreso de Viena de 1881, son los antecedentes del Convenio de Berna de 1886, siendo el primer instrumento internacional en materia de propiedad literaria y artística, así como el denominado Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, denominados por algunos autores como de “primera generación” o el eje “París-Berna”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p. 154.

¹⁰⁷. *Ibidem*. p. 151.

¹⁰⁸ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, pp. 4 y 5. Sobre la teoría de generación de derechos de propiedad intelectual, *vid.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 21.

A diferencia de la doctrina del copyright –qué sólo reconoce la autoría como derecho moral- la teoría del *Droit d’auteur*, adoptada por la mayoría de las legislaciones continentales sigue el espíritu del artículo 6° bis del Convenio de Berna, es decir, el reconocimiento a las facultades morales o *moral rights*, como se verá con mayor amplitud en el capítulo cuarto de la presente investigación. (Trilogía objeto-sujeto-contenido)¹⁰⁹

8.1.- Principios del Convenio de Berna.¹¹⁰

La Unión de Berna o Convenio de Berna nace el día 9 de septiembre de 1886, cuando 10 países firmantes, la mayoría europeos, suscribieron el acta original, la cual tenía 21 artículos, y cuya estructura jurídica la podemos resumir como sugiere Lipszyc, esto es:

a) Constitución de la Unión; b) Campo de la aplicación del convenio, c) Principio de trato nacional, d) Dependencia de la protección respecto de la establecida en el país de origen (subordinación del principio de trato nacional al cumplimiento de las condiciones y formalidades establecidos por la “*lex originis*”), e) Definición de país de origen, f) Obras protegidas, g) protección mínima, h) Libre reproducción mecánica de obras musicales, i) Posibilidad de libre reproducción de la prensa, j) presunción de autoría, k) Medidas cautelares respecto de reproducciones ilícitas, l) Poder de policía, m) Regla de retroactividad, n) Arreglos particulares (Uniones restringidas), o) Oficina internacional, p) Revisión del Convenio, q) Vocación universal del convenio, r) Cláusula Colonial, s) Artículo adicional, t) Protocolo final, u) Ratificaciones y adiciones.¹¹¹

A su vez, en el año de 1976, la Oficina Internacional de la OMPI con sede en Ginebra, Suiza, encargó al jurista francés Claude Masouyé, la redacción de la “Guía del Convenio De Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta

¹⁰⁹ “Los derechos morales se internacionalizan en 1928 cuando, en la revisión de Roma, se añade el artículo 6°. Bis al convenio de Berna, dispositivo que contempla las facultades de paternidad e integridad, y las separa del derecho de explotación.” De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p. 156

¹¹⁰ OMPI, *op. cit.*, nota 33.

¹¹¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, pp. 623-628

de Paris, 1971)”, la cual puede considerarse como una serie de criterios interpretativos del citado Convenio.

“Desde su origen, el Convenio de Berna contiene dos grandes categorías de disposiciones: en primer lugar, las disposiciones sustantivas o de fondo, destinadas a reglamentar lo que se llama el derecho material; a continuación, las disposiciones administrativas y las cláusulas finales, que se refieren a cuestiones de carácter administrativo o estructural.”¹¹²

A lo largo de su historia, dicho tratado internacional ha sufrido diversos cambios y adiciones, el siglo XX se caracterizó por las profundas transformaciones sociales originados por el avance tecnológico que desde luego impacto en el derecho de autor, de esta manera, las principales transformaciones de dicho instrumento las podemos enumerar de la siguiente manera:

- a) Acta adicional de Paris (1896).
- b) Revisión en Berlín (1908), en dicha conferencia se acordó incluir la regla de la protección automática de la obra, es decir, la ausencia de formalidades para la protección, también se reconoció como obra a la cinematográfica y los procedimientos análogos a la fotografía.
- c) Protocolo adicional de Berna (1914).
- d) Conferencia de Roma (1928), en la cual se acordó adicionar el artículo 6 bis e incluir los derechos morales.
- e) Conferencia de Bruselas (1948), en ella se incluyó el honor y la reputación de los autores y se reconoce el derecho patrimonial de comunicación pública.¹¹³
- f) Conferencia de Estocolmo (1967), entre otras adiciones al convenio, se insertó la fórmula o *test* de los tres pasos.

¹¹² Masouyé, Claude. *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 5

¹¹³ Lipszyc, Delia, op. cit., nota 23, pp. 629-673; De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, pp. 420-428; Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, op. cit., nota 38, pp. 12-28

- g) Conferencia de Paris (1971), en la citada conferencia se reconocieron los derechos de reproducción.

Ahora bien, el contenido axiológico de dicho instrumento internacional, puede dividirse para su estudio, de acuerdo con los siguientes principios:

A.- Trato nacional (o de asimilación del extranjero al nacional).

El artículo 5º del Convenio menciona que los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio.¹¹⁴

En voz de los especialistas Otero Muñoz y Ortiz Bahena, esta disposición tiene como fin que los Extranjeros tengan la misma protección que los nacionales en cualquier país que forme parte del Convenio de Berna.¹¹⁵

B.- Ausencia de formalidades.

Los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 5º, establece los siguientes supuestos:

“2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

3) La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país

¹¹⁴ OMPI, *op. cit.* nota 33

¹¹⁵ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *op. cit.*, nota 38, p. 7

de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.”

A su vez, la segunda parte del citado artículo 5, nos da una pista de que debe considerarse como país de origen, ya que es uno de los pilares valorativos de dicho tratado internacional:

“4) Se considera país de origen:

(a) para las obras publicadas por primera vez en alguno de los países de la Unión, este país; sin embargo, cuando se trate de obras publicadas simultáneamente en varios países de la Unión que admitan términos de protección diferentes, aquél de entre ellos que conceda el término de protección más corto;

(b) para las obras publicadas simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión, este último país;

c) para las obras no publicadas o para las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión, sin publicación simultánea en un país de la Unión, el país de la Unión a que pertenezca el autor; sin embargo.

Respecto de las obras cinematográficas o audiovisuales, el artículo 5 establece lo siguiente:

“(i) si se trata de obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o su residencia habitual en un país de la Unión, éste será el país de origen, y

(ii) si se trata de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión, éste será el país de origen.”¹¹⁶

¹¹⁶ *ídem*.

C.- Límites al derecho patrimonial (la regla de los tres pasos).

Los artículos 2 bis, 10 y 10 bis del citado Convenio, disponen que las legislaciones de los países se reservan la facultad de limitar la protección de las obras, por razones de libertad de expresión en el caso de la prensa. Asimismo, El artículo 10, establece las siguientes excepciones en relación con la libre utilización de obras protegidas: 1. Citas; 2. Ilustración de la enseñanza; 3. Mención de la fuente y del autor. Asimismo, el artículo 10 bis, establece otras posibilidades de libre utilización de obras, siendo éstas: 1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad.

En este sentido, el Convenio reserva a las legislaciones nacionales la facultad de limitar la amplitud de la protección de las obras orales. En primer lugar, y por lo que atañe a los discursos políticos o a los pronunciados en los debates judiciales (intervenciones, discursos de la acusación y de la defensa), les permite excluirlos total o parcialmente de la protección. Esta disposición se insertó en la revisión de Roma (1928), y desde entonces no ha sido modificada. Se inspira directamente en el respeto de la libertad de información. En cambio, los autores de los discursos conservan el derecho exclusivo de recopilarlos o de autorizar su recopilación ¹¹⁷

A reserva de estudiar con mayor detenimiento dicho criterio en el capítulo III de la presente investigación, al analizar el criterio que sigue la LFDA, desde sus orígenes en 1886, dicho Convenio establecía ciertos límites al derecho patrimonial de autor, tal como el derecho de cita.

Así, diversos investigadores y estudiosos del fenómeno jurídico intelectual, apuntan en afirmar que fue en la revisión de Estocolmo de 1967, cuando se introdujo la “regla de los tres pasos” o “*triple test*” tal y como la conocemos ahora. De igual forma, la doctrina ha sostenido diversos debates y teorías de cómo se debe de interpretar la denominada fórmula de los tres pasos, en el ámbito internacional autores como el jurista Mihály J. Ficsor comparten una interpretación restrictiva de los límites y excepciones en el Convenio de Berna.

¹¹⁷ Cfr. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 112, p. 265

“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 se adquiriera una importancia tan considerable, que quienes hacen uso de esa restricción pueden entrar en competencia económica con el ejercicio del derecho de autor sobre la obra, es decir, se entra en conflicto con la normal explotación de la obra cuando se menoscabe tal explotación en el mercado.”¹¹⁸

Asimismo, dicho autor refiere que la fórmula de los tres pasos o “triple test”, fue adoptada por otros tratados internacionales tales como el artículo 13 ADPIC, el artículo 10 del WCT y el artículo 16 del WPPT, dicha fórmula la podemos enunciar de la siguiente forma:

“(i) en casos especiales y limitados; siempre que (ii) no entre en conflicto con la explotación normal del trabajo; y (iii) no perjudica injustificadamente los intereses legítimos de los propietarios de los derechos.”¹¹⁹

Siguiendo textualmente el contenido del artículo 10, el cual se reproduce a continuación:

“1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan 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. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión

¹¹⁸ Ficsor, Mihály, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 285 y 516, citado por De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 445

¹¹⁹ “(i) in certain limited special cases; provided that (ii) it does not conflict with a normal exploitation of the work; and (iii) it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owners of right.” Ficsor, Mihály. “*Munich Declaration*” on the three-step test – *respectable objective; wrong way to try to achieve it*, 2012, p. 1, disponible en http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=15

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. 3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.”¹²⁰

En los capítulos III y IV de la presente investigación (El derecho de autor en México y Trilogía sujeto – objeto – contenido), se ampliará el estudio de las limitaciones o restricciones al derecho patrimonial de autor, tanto las contempladas en la LFDA y en otras legislaciones, por ejemplo, en la ley española de la propiedad intelectual.

D.- Duración de la protección.

De acuerdo con el artículo 7º del citado Convenio, establece una vigencia de protección de las obras de cincuenta años, que se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Asimismo, dicho numeral establece criterios para calcular los plazos respecto de obras seudónimas o anónimas, de la obra fotográfica, y la obra cinematográfica.

Otro aspecto relevante de la duración de la protección o vigencia, es la posibilidad de que el plazo de cincuenta años de protección a que se refiere el Convenio, pueda ampliarse, por lo que las legislaciones de la unión, se reservan la facultad de ampliar o no dichos plazos de protección.

E.- Derechos morales.

Estos derechos se positivizan en el Convenio, en el año de 1928, en la revisión llevada a cabo en la ciudad de Roma.¹²¹ En oposición del *copyright*, la teoría

¹²⁰ Artículo 11. OMPI. *op. cit.* nota 33.

¹²¹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 156

del derecho de autor reconoce al creador persona física, ciertas facultades de corte “moral” sobre sus obras.

En este sentido, el artículo 6 bis del Convenio, instituye las siguientes facultades morales de los autores sobre sus obras: el derecho de reivindicar la paternidad de la obra; el derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; y los medios procesales para ejercitar dichas facultades.

Dichas facultades de orden personal que el autor tiene sobre su obra se analizarán con mayor profundidad en el capítulo Cuarto de la presente investigación, al analizar la estructura sujeto – objeto – contenido del derecho de autor.

8.2.- Crisis del “eje Paris – Berna.”

A partir de la caída del muro de Berlín en 1989, el derecho internacional de la propiedad intelectual, dejó de ser un asunto exclusivo de la OMPI, con el nacimiento de la OMC, los derechos intelectuales – incluido el *copyright*- requirieron de un nuevo tratamiento que permitiera asimilar a los bienes intelectuales como mercancías, para proteger a las “industrias culturales”, particularmente de los Estados Unidos.

En los años ochenta del siglo pasado, los Estados Unidos habían adoptado una agresiva y puritana política exterior concerniente al *copyright*, las empresas domiciliadas en su territorio requerían de una homologación o armonización de los demás Estados para que adecuaran sus legislaciones a sus intereses comerciales.

Paul Edward Geller, retrata con precisión la crisis del régimen Paris – Berna: de la siguiente manera:

“La actual crisis empezó a pesar de las buenas intenciones. Los legisladores respondieron al progreso en los medios de comunicación y, en general a la tecnología. Por un lado, los legisladores trataron de fomentar la inversión, al proteger la innovación y la creación: por otro, buscaban mantener la

competencia abierta al mantener monopolios legales. Si se considera aisladamente a cada uno de los nuevos derechos nacionales, podrán aplicarse en un mercado local sano, sin embargo, tales nuevos derechos amenazan con la fragmentación de la propiedad intelectual en el mercado mundial.”¹²²

Los TRIPS (o ADPIC por sus siglas en español) nacen como una respuesta para asegurar los derechos de propiedad intelectual, su visión es supranacional, ya que obliga a los Estados parte de la OMC a acatar sus reglas, y en caso de disputa, someter a los Estados y a los particulares a cumplir su mandato. De esta forma, se asegura el dominio de los titulares de bienes culturales – u obras artísticas- en el mercado.

Asimismo, autores como Manuel Becerra Ramírez advierten la “americanización” del derecho intelectual, tal y como ocurrió con la inclusión por parte de los Estados Unidos, de los TRIPS en las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT, que dieron como resultado la creación de la OMC.¹²³

Desde luego, con la invención de la OMC el objetivo primordial era asegurar la represión efectiva sobre falsificación y uso no autorizado de las obras cuya titularidad está reservada a las industrias culturales dominantes, es decir, aquellas empresas transnacionales que ejercen un control monopólico en el mercado de bienes culturales (Cine, TV, música, etc.), sobre todo en los territorios de los países considerados en aquel entonces como “subdesarrollados” (Brasil, Indonesia, México), lugares con altos índices de piratería o reproducción masiva de bienes culturales, sin la autorización del titular

Dichos fines fueron disfrazados bajo la careta del beneficio a los “autores”, muchas veces convertidos en meros asalariados intelectuales y sin prestaciones sociales, es decir, se valora más el contenido económico de la cultura, que su valor

¹²² Geller, Paul Edward. “La propiedad intelectual en el mercado mundial: ¿impacto de la solución de controversias del TRIPS?”, en Becerra Ramírez, Manuel. Coord. *Derecho de la Propiedad intelectual*. México, UNAM – IIJ, 2000, p. 66

¹²³ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel. *La propiedad intelectual en... cit.*, nota 11, p. 31

intrínseco que es inmaterial, sin embargo, reconocemos que el ADPIC ha contribuido a fortalecer la cultura de la denominada propiedad intelectual, en los países considerados como “piratas”.

De esta forma, en el concierto internacional del derecho intelectual coexisten los tratados de Berna – París (propiedad industrial) – Roma, que son administrados por la OMPI, la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, es administrada por la UNESCO, en tanto que el acuerdo TRIPS es administrado por la OMC, y por último, se encuentran los tratados constitutivos de la UE; la Asociación Transpacífica (TPP) y tratados bilaterales de libre comercio (NAFTA / T-MEC)

Más adelante en el siguiente capítulo, se abocará a realizar un estudio más detallado del capítulo XVII del TLCAN y el nuevo tratado denominado USMCA o T-MEC.

8.3.- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).

Dicho tratado fue adoptado en 1996 y entró en vigor en marzo de 2002., es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.

En el resumen realizado por la OMPI sobre dicho tratado, se señala lo siguiente:

“Además, el WCT menciona dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de ordenador, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos") en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de su contenido constituyen creaciones de carácter intelectual. (Cuando la base de datos no constituya una creación de esa índole, está fuera del alcance del presente Tratado).” ¹²⁴

¹²⁴ OMPI. https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/summary_wct.html

Asimismo, el Tratado en estudio también confiere a favor de los autores, las siguientes facultades:

“i) el derecho de distribución,

ii) el derecho de alquiler y

iii) un derecho más amplio de comunicación al público. El derecho de distribución es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público del original y los ejemplares de la obra mediante venta u otra transferencia de propiedad. El derecho de alquiler es el derecho a autorizar el alquiler comercial al público del original y las copias de tres tipos de obras:

i) los programas de ordenador (excepto cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler); ii) las obras cinematográficas (pero únicamente cuando el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción); y iii) las obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes (excepto para los países que desde el 15 de abril de 1994 aplican un sistema de remuneración equitativa respecto de ese alquiler).”¹²⁵

En cuanto a las limitaciones y excepciones, en el artículo 10 del WCT se incorpora la llamada "regla de los tres pasos" para la determinación de las limitaciones y excepciones con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, que extiende su aplicación a todos los derechos. En las Declaraciones concertadas que acompañan al WCT se estipula que esas limitaciones y excepciones, establecidas en la legislación nacional de conformidad con el Convenio de Berna, podrán hacerse extensivas al entorno digital. Los Estados Contratantes podrán formular nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital. Se permite la ampliación de las limitaciones y excepciones existentes, o la creación de otras nuevas, siempre que se cumplan las

¹²⁵ *Ídem*, nota 124.

condiciones de la regla de los tres pasos. En cuanto a la duración, la protección debe durar, como mínimo, 50 años para cualquier tipo de obra. El goce y el ejercicio de los derechos contemplados en el Tratado no estará subordinado a ninguna formalidad.

El Tratado obliga a las Partes Contratantes a prever recursos jurídicos que permitan evitar los actos dirigidos a neutralizar las medidas técnicas de protección (por ejemplo, el cifrado) de que se valen los autores en relación con el ejercicio de sus derechos y evitar asimismo la supresión o modificación de información, tales como ciertos datos que identifican las obras o sus autores, la cual es necesaria para la gestión de sus derechos (por ejemplo, la concesión de licencias y la recaudación y distribución de las regalías) ("información sobre la gestión de derechos").

9.- Teoría crítica de la propiedad intelectual.

En términos Freudianos¹²⁶, es evidente la existencia de un malestar en la cultura del Derecho intelectual que se ve reflejado en una lucha por la propiedad de una idea y su expresión: desde la guerra de las patentes entre Thomas Alva Edison y los productores independientes, a principios del siglo XX, con el surgimiento de Hollywood¹²⁷; hasta los dilemas de la posmodernidad digital en el caso de la demanda de Apple versus Samsung, por infracción de patentes de invención¹²⁸ por lo que además del enfoque cultural – tridimensional- de la presente investigación, es menester analizar dicha problemática a través de una “teoría crítica” de la propiedad intelectual, en específico, un análisis cultural del *copyright*.

¹²⁶ “Si se aboliera la propiedad privada, si se hicieran comunes todos los bienes, dejando que todos participaran de su provecho, desaparecería la malquerencia y la hostilidad entre los seres humanos. Dado que todas las necesidades quedarían satisfechas, nadie tendría motivo de ver en el prójimo a un enemigo; todos se plegarían de buen grado a la necesidad del trabajo.” Freud, Sigmund. *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Trad. Ramón Rey Ardid, Primera edición en “biblioteca de autor”, España, Alianza Editorial, 2000. p. 57

¹²⁷ “La *Motion Pictures Patent Company*, había constituido un *Trust* de dieciséis patentes cuyos derechos eran propiedad de cuatro empresas: *Edison*, *Biograph*, *Vitagraph* y *Armat Moving Picture Company*, de las cuales las dos primeras tenían la mayoría de las acciones con derecho a voto, teniendo el control virtual de cada patente sobre cámaras, proyectores y películas. Este monopolio tuvo un poder substancial sobre la producción, distribución y exhibición cinematográfica.” Sánchez Fernández, Ernesto. *Régimen legal de la obra cinematográfica en México*. Tesis para obtener el título de licenciado en Derecho, 2000. p. 73

¹²⁸ Vid. González, María. *Apple y Samsung firman la pipa de la paz: fin de juicios de patentes fuera de los Estados Unidos*. 2 de agosto de 2014, <http://www.xataka.com/moviles/apple-y-samsung-firman-la-paz-fin-de-juicios-de-patentes-fuera-de-estados-unidos>

Uno de los malestares en la actual cultura digital, puede observarse en el uso de obras literarias en el Internet, paradójicamente, las mismas tecnologías que permiten la libre difusión de las ideas y el acceso democrático de diversos contenidos, son precisamente el verdugo del autor y cuya guadaña virtual amenaza decapitar al sistema normativo en derechos de autor.

Para el escritor estadounidense Mark Twain, citado por Lynette Owen, con cierta ironía sentencia lo siguiente:

“Hay una sola cosa imposible para dios: encontrarle sentido a la ley del *copyright* en este planeta...cada vez que se crea o modifica una ley de derechos de autor los idiotas se reúnen.”¹²⁹

Asimismo, para Nicholas Negroponte, fundador del MIT MediaLab, en su libro “Ser digital”, señala que la ley del *copyright* es absolutamente anticuada:

“Es del tiempo de Gutenberg. Como es un proceso reactivo, es probable que tenga que desintegrarse completamente antes que se corrija.”¹³⁰

Desde nuestra perspectiva, tres han sido las víctimas de las tecnologías de la información¹³¹:

La primera fue el propio autor –la persona física dotada de espíritu y actividad creativa quien crea obras artísticas- toda vez que dichas tecnologías permiten el

¹²⁹ Citado por: Owen, Lynette, *op. cit.*, nota 51, p. 22

¹³⁰ *Ídem.*

¹³¹ “La tecnología de la información se relaciona con la tecnología y el tratamiento de la información. La adquisición, procesamiento, y disseminación de información de voz, pictórica, textual y numérica, mediante la microelectrónica – una combinación basada en la informática y la telecomunicación que son sus principales áreas” Longley, Dennis; Shain, Michael. *Et. Al., Dictionary of Information Technology* (2 ed.), Macmillan Press, 2012, p.164, Traducción libre del sitio de internet: http://en.wikipedia.org/wiki/Information_technology

uso indiscriminado de los contenidos culturales de las citadas obras, sin que el autor o su causahabiente, obtengan un beneficio de carácter patrimonial sobre dicho uso.

La segunda víctima es el imaginario mítico –o colectivo- y, por lo tanto, universal, de la cultura, el cual ha sido secuestrado tanto por los medios de comunicación, la piratería y el crimen organizado.

De esta manera, los personajes y la estructura literaria de los clásicos griegos en la obra Homérica -reinterpretados por Esquilo, Eurípides, Sófocles y Aristófanes, incluso por Ovidio en su célebre Eneida, hasta las tragedias de Shakespeare- quedan bajo el criterio mercantil del productor de la obra, el cual desplaza el enfoque ético en la creación artística, a fin de enmascarar una ideología de dominación y consumo.

La misma suerte han corrido la música y otras formas de expresión artística, pues dichas tecnologías se han convertido en herramientas virtuales que permiten la deformación y hasta el vulgar plagio de las creaciones estéticas primigenias, y por ende, arquetípicas de las artes, en franca violación a los denominados “derechos morales” de autor.

La tercera víctima de las tecnologías de la información es la ley, es decir la estructura lógico-jurídica, ya que el uso de dichas tecnologías disuelve el control normativo que tiende a evitar el uso masivo de los contenidos culturales en el Internet, lo cual implica un menoscabo en el derecho patrimonial de autor, por lo que parafraseando a la autora Laura Albarellos, “La tecnología lanza hoy una sonora carcajada sobre el desvencijado entramado de la LFDA.”¹³²

¹³² “La biotecnología lanza hoy una aguda y profunda carcajada sobre el desvencijado entramado del Derecho”, al desvirtuar la teoría jurídica que concibe al Derecho como algo equivalente sólo a sus normas, o que éstas establezcan qué cosa es el Derecho; que sea voluntad del legislador, o la voluntad de Dios; o un conjunto bien ordenado de precedentes judiciales; o la voluntad del poder, o bien, un fenómeno de intereses.” Albarellos A., Laura G. *El Fenómeno jurídico genómico*. México, Laura A. Albarellos - Ángel Editor. 2003, p. 9

Para el autor, Ramón Moles Plaza el Internet permite hacer desaparecer el proceso tradicional de comunicación pública (por ejemplo, los mecanismos de edición), puesto que la difusión en Internet es distinta al proceso tradicional: desaparece la distinción entre autor y editor en la medida en que cualquier autor puede constituirse en editor de sí mismo, lo que significó en su momento un reto a la teoría de los derechos patrimoniales.¹³³

Más adelante, dicho autor señala que el ciberespacio no dispone de fronteras territoriales, sino de normas que son técnicas, que regulan sistemas de acceso, que no pertenecen al mundo de lo jurídico, tal como ha sido conceptualizado. Asimismo, el ciberespacio puede ser regulable jurídicamente, en el sentido que también es regulable su arquitectura, es decir, en su código de normas autoimpuestas, ya sea por los Estados, que en la actualidad pueden restringir el contenido en sus territorios, como ocurre en China con Google (*hardlaw*) o bien, auto regularse por los usuarios y las corporaciones (*softlaw*).¹³⁴

Como se verá más adelante en el capítulo relativo al vínculo entre el derecho de autor y los derechos humanos, existen corrientes radicales que proclaman la supresión del *copyright*, situación que no compartimos por las siguientes razones: si bien es cierto que existen fenómenos como el de abuso de derecho por parte de titulares derivados, quienes pueden valerse del *copyright* como instrumento de censura, olvidan que también dicho sistema ha permitido el desarrollo de las tecnologías de la información, esto es, ignoran que se ha construido una filosofía del derecho de autor, cuyos postulados tienen a reconocer los valores implícitos en el sistema normativo, para encontrar un sano equilibrio entre los intereses que convergen en la circulación de obras artísticas.

9.1. El “General Intellect” de Karl Marx.

Karl Marx (1818-1883) fue sin duda uno de los filósofos más controversiales de los dos últimos siglos. De origen judío, Marx fue un crítico del sistema capitalista

¹³³ Cfr. Moles Plaza, Ramón. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad de Internet*, España, Ariel Derecho, 2004, p. 16

¹³⁴ *Ibidem*, p. 29

y, por ende, quizá hubiera sido un detractor del sistema de protección del derecho intelectual.

La obra de Marx es bastante extensa, desde artículos periodísticos, tratados filosóficos y económicos, las ideas de éste autor sin lugar a dudas transformaron profundamente a la sociedad de los siglos XIX y XX, siendo fuente de inspiración de revoluciones y movimientos sociales, tales como la Revolución Rusa en 1917, que culminó con la instauración del régimen comunista y el origen de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (antiguamente URSS); asimismo, su pensamiento impulsó diversas reformas importantes a las legislaciones europeas en materia laboral y de seguridad social.

Perseguido por sus ideas políticas en su país de origen Alemania, Karl Marx vivió un peregrinaje entre Francia e Inglaterra, en este último país se refugió hasta el fin de sus días, en Londres, vivió penurias económicas y privaciones materiales, a pesar del generoso apoyo de Frederick Engels, su amigo y coautor en diversas obras. En su labor como periodista, se sabe que Marx cobraba por sus escritos y notas, sin embargo, no le alcanzaba para vivir de manera desahogada, por lo que dos de sus hijos murieron por enfermedades relacionadas con la pobreza.

Parafraseando a Ignacio Otero y Miguel Ángel Ortiz Bahena, Marx sostiene la existencia del *General Intellect*; el trabajo científico no puede ser encerrado entre paredes, ni puede convertirse en mercancía de cambio; se niega a estar encadenado a las leyes del capital, el trabajo del conocimiento, es decir, la producción intelectual es una forma de propiedad social.¹³⁵

En este sentido, el maestro de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, Adolfo Sánchez Vázquez, en sus estudios de estética marxista señala que

¹³⁵ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, p. 168

“Una obra de arte es ante todo una creación del hombre y vive por la potencia que encarna. El arte no sólo expresa o refleja al hombre lo hace presente. Justamente por ser una forma superior de creación, por ser un testimonio excepcional de la existencia creadora, lo humano está siempre presente en todo producto artístico”.¹³⁶

9.2.- Comentarios a la obra de arte en la época de la reproducción técnica de Walter Benjamín.

Walter Benjamín (1892–1940), es uno de los pensadores alemanes más importantes e influyentes del siglo pasado. De origen judío, pronto se vincularía a las corrientes del pensamiento marxista, por lo que puede considerarse como un filósofo representativo de la denominada “Escuela de Frankfurt”. A la llegada de los nazis al poder en 1933, emprende el exilio a Paris y después a los Estados Unidos. Sin embargo, éste último viaje no se concretó, en virtud de la ocupación nazi a Francia, ante la amenaza de verse deportado a los campos de la muerte, Walter Benjamín se suicida en Port-Bou, el 26 de septiembre de 1940.

En su obra “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”, el objeto de arte –u obra artística- pierde su halo protector o “aura” al momento de someterse a una reproducción mecánica, como en el caso de la litografía y la serigrafía, entre otras técnicas de reproducción masiva.

Al abordar el tema de la autenticidad del trabajo artístico, el también autor de “Charles Baudelaire, Un lírico en la época del altocapitalismo”, sostiene lo siguiente:

“en la época de la reproductibilidad técnica, lo que queda dañado de la obra de arte, eso mismo es su aura. Y es que este proceso es sintomático, desbordando su significado el estricto ámbito del arte, ya que la técnica de la reproducción, según puede formularse en

¹³⁶ *Ídem.*

general, desgaja al tiempo lo reproducido respecto al ámbito de la tradición.”¹³⁷

De esta manera, cuando el arte – objeto -obra artística- se masifica en copias o ejemplares como libros, discos, películas, se resume la siguiente hipótesis: “al multiplicar la reproducción, sustituye su ocurrencia irreplicable por una masiva. Y al permitir a la reproducción el encontrarse con el espectador en la situación en la que éste se encuentra, actualiza lo reproducido. Éstos dos procesos llevan una violenta sacudida de lo que es transmitido: la sacudida de la tradición que resulta el reverso de la crisis y renovación actuales de la humanidad, tan estrechamente conectadas con los movimientos de masas de nuestros días. Su más poderoso agente es sin duda el cine, cuyo significado social, hasta en la más positiva de sus formas y justamente en ella, no resulta por cierto concebible sin incluir su aspecto destructivo, catártico: la liquidación del valor de la tradición dentro de la herencia cultural.”¹³⁸

Los trabajos de Benjamin se extienden a la crítica cinematográfica: recordemos que el cine nace en el año de 1895, en Francia, en el Salón Indio del Gran Café, en París las primeras proyecciones de los hermanos Lumière, consistentes en vistas de acontecimientos diarios, marcaron un hito en las demás artes al lograr reproducir imágenes en movimiento en un soporte técnico, iniciando así el lenguaje fílmico o audiovisual. El cine da inicio a la civilización de las imágenes, gracias al fenómeno de la persistencia retiniana o la capacidad del ojo humano para captar imágenes que corren a veinticuatro cuadros por segundo, en el caso del cine analógico.

Dicho fenómeno fue utilizado como instrumento de propaganda tanto de la Alemania Nazi, los Estados Unidos y la antigua Unión de Repúblicas Socialistas

¹³⁷ Benjamin, Walter. *La obra de arte en la época de su reproductividad técnica*. Trad. Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Edición de Rolf Tiedemann, ABADA Editores, 2008. pp. 14 y 15

¹³⁸ (“Shakespeare, Rembrandt, Beethoven realizarán películas...Todas las leyendas, las mitologías y los mitos, todos los fundadores de religiones, e incluso las religiones en su conjunto...esperaran su luminosa resurrección, mientras los héroes se agolpan en las puertas”). Abel Gance. *Ídem*.

Soviéticas, entre otros países. Lo anterior, sin negar el mérito estético de algunas películas realizadas por Walt Disney, durante la segunda guerra mundial, por lo que parafraseando a Sartori podemos afirmar que el nacimiento del *homo videns* coincide con el cine como invento.

En la película “La invención de Hugo Cabret” del realizador estadounidense Martín Scorsese, se aprecia la transición entre el cine visto como un invento a un arte provisto del lenguaje de imágenes. Georges Méliès, fue un pionero en la creación cinematográfica, no sólo fue productor, sino que fue un autor dotado de un extraordinario talento que le permitió fusionar teatro, escenografía, guion y dirección de la obra cinematográfica.¹³⁹

Méliès vivió en carne propia la falta de una regulación clara en los derechos de autor cinematográficos: resulta interesante la historia del plagio de sus obras en los Estados Unidos. De acuerdo con el sitio electrónico “oficial” de este autor, en 1914, confía a su hermano Gastón, la empresa denominada “*Méliès Star Film Manufacturing*” en Nueva York, sin embargo, su competidor principal la compañía Biograph de Tomás Alba Edison, apoyada por los Rockefeller lograron sacarla del mercado estadounidense.¹⁴⁰

En un principio, el cine fue visto como una invención que desde luego gozó de protección de una patente en materia de propiedad industrial, más adelante el cine contribuyó al desarrollo del derecho de autor, particularmente en las actualizaciones del Convenio de Berna para proteger las obras fotográficas y

¹³⁹ Ficha Técnica. Título original: “Hugo”, Dir. Martin Scorsese, Guion: John Logan & Brian Selznick, Fotografía: Robert Richardson, música: Howard Shore, Intérpretes: Ben Kingsley, Sacha Baron Cohen, Chloë Grace Moretz, Productores: Paramount Pictures, GK Films, Color, País, Estados Unidos de América. 2011.

¹⁴⁰ “*Son incroyable succès suscite les convoitises et il est pillé, surtout en Amérique où il était impossible de poursuivre les contrefacteurs. Afin d’enrayer ce phénomène, il confie, en 1914, à son frère Gaston, la Go Méliès Star Film Manufacturing à New York. Face aux rouleaux compresseurs industriels et financiers, il ne fait, hélas, pas le poids. Rockefeller soutient Edison et la banque Morgan épaula la Biograph, des accords, pour sa part, qu’il n’a jamais voulu passer. Peindre des décors, inventer des escamotages, faire disparaître un sarcophage ou faire danser un papillon lui apporte une joie intense, bien plus que les chiffres ou les tracasseries financières. La création est au centre de sa vie.*”. Traducción libre del idioma francés: <http://www.melies.eu/bio.html>

cinematográficas, por lo que las legislaciones de cada país miembro, fue adoptando las reglas para la protección de la industria cinematográfica.

En el caso del *copyright*, los Estados Unidos, el congreso de aquel país adoptó criterios extender el término de protección de 50 años a 75 años, favoreciendo así a los intereses de la industria del entretenimiento, entre ellos, el cine realizado en Hollywood, las cadenas de televisión y los productores de fonogramas.¹⁴¹

A modo de reflexión, en el año de 1948 se expide en México la ley Federal de la Industria Cinematográfica, en dicha legislación se establecían medidas proteccionistas a favor del cine mexicano, conforme avanzó el siglo XX, México se consolidó como país líder de contenidos audiovisuales, en algunos casos, se recurrió al plagio, como el caso de la película *Amok* (1944), del realizador Antonio Momplet y protagonizada por María Félix y Julián Soler, basada en la novela del mismo nombre del escritor austriaco Stefan Zweig, a quien se dice no se le pagó compensación alguna por el uso de su obra.

9.3.- La concepción Nazi de la propiedad intelectual.

Se puede definir al nacional – socialismo, como la “Teoría y práctica de la dictadura hitleriana...fue calificado sucesivamente como instrumento personal de Gobierno por un solo hombre, instaurado por Hitler; como instrumento sumiso del capitalismo en su agonía; contra el bolchevismo...”¹⁴²

La persecución judía comenzó a partir del advenimiento de Cristo y la posterior diáspora del pueblo de Moisés por orden del emperador. De acuerdo con Norman Cohn, en el cristianismo temprano se desató una rivalidad entre la iglesia de San Pedro y la Sinagoga, quienes competían entre sí por el mercado de almas.

¹⁴¹ “Es la televisión la que modifica primero, y fundamentalmente, la naturaleza misma de la comunicación, pues la traslada del contexto de la palabra (impresa o radiotransmitida) al contexto de la imagen. La diferencia es radical.” Sartori, Giovanni. *op. cit.* nota 54, p. 35

¹⁴² Pratt Fairchild, Henry. *Diccionario de sociología*. Trad. T. Muñoz, México, F.C.E., 1992. p. 136

En efecto, a partir de la adopción de la fe cristiana primero por Justiniano, y más adelante en la Roma Papal, “A partir de la época de la Primera Cruzada se presentó a los judíos como hijos del Diablo, agentes empleados por Satanás con el fin expreso de combatir el cristianismo y hacer daño a los cristianos. Fue en el siglo XII cuando se los acusó por primera vez de asesinar a niños cristianos, de torturar la hostia consagrada y de envenenar los pozos.”¹⁴³

Las persecuciones continuaron, en España tras la caída de Córdoba y la instauración del reinado de Fernando de Castilla e Isabela de Aragón, en 1491, se impuso la fe católica en toda la península ibérica y se persiguió mediante el tribunal de la Santa Inquisición, cualquier forma de culto religioso distinto del Romano – católico, era contrario al orden público, lo que a la larga originó otro éxodo de judíos y musulmanes, a las Américas y el resto del mundo.

Otro aspecto relevante en materia de Plagio, es el caso de la obra “*Diálogo en el Infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*” de Maurice Joly, publicado en 1864, trabajo que fue plagiado en Rusia a principios del siglo XX, bajo el título “*Los protocolos de los Sabios de Sión*”, para justificar la persecución antisemita en Europa, y que más tarde sería utilizado por el partido Nazi para desencadenar la Barbarie en Auschwitz, Bergen-Belsen y Treblinka.

Tal vez uno de los motivos del ascenso al poder del partido Nazi en Alemania en 1933, se debió a la rapacidad de los países aliados (E.U.A., Inglaterra, Italia y Francia) en contra del régimen de Hindenburg, ya que los tratados de Versalles en donde se firmó la capitulación germana y puso fin a la primera guerra Mundial, impusieron medidas tan severas en contra del perdedor, que a la postre resultó ser el caldo de cultivo para la consolidación del régimen Hitleriano.

¹⁴³ Cohn, Norman. *El mito de la conspiración Judía Mundial. Los protocolos de Sión* Trad. Fernando Santos Fontenla, España, Alianza Editorial, 1983, p. 18

Sin embargo, bajo ninguna circunstancia se puede justificar la responsabilidad criminal de los Nazis en contra de judíos, gitanos, homosexuales, comunistas, negros, sindicalistas, etc. En su análisis sobre la vida del jurista austriaco de origen judío, Hans Kelsen, el maestro Eduardo Feher, nos brinda un escalofriante panorama de la persecución fascista que se desató en Europa a partir de 1933, en particular, en contra dicho ius filosofo, recordemos que dichos ataques fueron patrocinados por otro jurista e ideólogo del nacional socialismo, Carl Schmitt¹⁴⁴

El cine alemán no escapó a la censura impuesta por el régimen, desde el ministerio de propaganda Joseph Goebbels, encontró en el lenguaje cinematográfico un arma eficaz: una vez que tomó posesión de su cargo el 22 de marzo de 1933, el flamante secretario del Ministerio de la Educación del Pueblo y la Propaganda, ejerció un efectivo control sobre los contenidos audiovisuales, a través de la Cámara alemana de cine, que culminó con la Ley del Cine en 1934.¹⁴⁵

En dicha ley, obligaba a afiliarse al departamento de propaganda nazi, tanto de directores, intérpretes y cualquier trabajador cinematográfico, lo que originó el exilio de varios artistas, particularmente en los Estados Unidos.

Más adelante, la célebre directora, Leni Riefenstahl, crea dos documentales que ayudaron a consolidar el régimen: “El triunfo de la voluntad” y “Olimpia” – esta última con motivo de los IX juegos olímpicos en Berlín, 1936- obras que son consideradas como propagandísticas, pero que, en la segunda cinta, enriqueció el lenguaje audiovisual con el uso de novedosas técnicas, tales como el uso de más de dos cámaras y edición, para resaltar los logros de los atletas alemanes.

¹⁴⁴ Feher Trenchininer, Eduardo Luis, *Hans Kelsen frente al régimen nazi y otros textos*, México, UNAM – Facultad de derecho, 2014, pp. 22-26

¹⁴⁵ Algunos cineastas que trabajaron en la empresa UFA (prefirieron trasladarse en Hollywood, en los Estados Unidos, tales como Fritz Lang (Director de *Metrópolis*), Josef von Sternberg (Director de *El ángel azul*) y Ernst Lubitsch. Cfr. Da Costa, Mario. *Ideología y propaganda en el cine del tercer Reich. Cuando el cine alemán se afilió al Nazismo*. Salamanca, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2014. pp. 30-31

Sin embargo, la desfachatez del régimen se evidenció con el vulgar plagio de la película “El acorazado Potiemkin”, del realizador lituano–ruso, Sergei M. Eisenstein, es bien conocida la anécdota de que Goebbels quedó admirado con el talante artístico de la obra, por lo que se empeñó en que se produjera una réplica del filme soviético, pero bajo otra perspectiva. El encargado de llevar adelante este plan fue el director Karl Anton, quien, en 1936, presentó la anhelada película, bajo el título: El Acorazado Sebastopol (*Panzerkreuzer Sebastopol*).¹⁴⁶

La visión socialista de la doctrina jurídica nazi, está estrechamente relacionado con el presente tema de estudio, es decir, la Propiedad intelectual. De acuerdo con el autor y político canadiense John Walter Jones, “para los nazis...el principio de gobierno personal hace que el término ‘propiedad privada’ sea aborrecible; usarlo es recaer una vez más en los errores del ‘liberalismo’. Han puesto en práctica este criterio por medio de una legislación agraria que restringe la libre disposición de las tierras, castigando el cultivo mal hecho y relevando a los buenos labradores de las deudas en que incurran por causas que no les sean imputables. En el caso de las llamadas formas de propiedad ‘incorpóreas’, tales como los derechos de autor y la propiedad de las patentes, tal criterio supone que el autor o inventor solamente puede esperar lo que el Estado se digne permitirle y debe estar satisfecho con que la comunidad coseche lo que él ha sembrado.”¹⁴⁷

En contraste a lo anterior, el teórico Peter Baldwin señala que “la naturaleza contingente de cualquier propiedad, convencional o intelectual, ha sido el tema del pensamiento jurídico nazi, aunque obviamente resonante con las ideas “comunitarias” del régimen...la propiedad impone obligaciones, debe de declararse y debe servir al interés público.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ Vid. Carvajal, Víctor. “La versión Nazi de “El Acorazado Potemkin” En: *Cine Crucial*. <http://cinecrucial.blogspot.mx/2013/04/la-version-nazi-de-el-acorazado-potemkin.html>

¹⁴⁷ Jones, Walter John. *La concepción nazi del derecho*. Colección: Temas internacionales, cuadernos de la editorial de la universidad de Oxford, Inglaterra, Oxford University Press, 1940, p. 23

¹⁴⁸ Baldwin, Peter, *op. cit.*, nota 74, p. 208

9.4.- El derecho de autor Soviético.

La contribución de Rusia a las bellas artes es significativa; desde compositores como Piotr Ilich Tchaikovski, Serguei Prokofiev, Dimitri Shostakovich, y en la literatura universal, sobresalen los nombres de Alexander Pushkin, Antón Chéjov, Fiódor Dostoievski, Máximo Gorki y Alexander Solyenitzin.

En el caso de Dostoievski, es bien conocido el hecho de que dicho autor vendió los derechos de una obra futura, a cambio de que el editor le diera dinero para satisfacer una de sus debilidades: los juegos de azar.

Las primeras leyes de derecho de autor en la Rusia zarista datan del siglo XIX, sin embargo, a partir de la revolución bolchevique de 1917, la antigua URSS si reconocía el derecho de autor sobre la obra, pero dicha facultad estaba subordinada al Estado.

Heiki Pisuke, profesor de derecho internacional privado y propiedad intelectual del instituto de derecho en Tallin, Estonia, nos brinda la siguiente información de cómo era el derecho de autor en el sistema jurídico soviético:

“La influencia de la política y la ideología sobre el Derecho en cuanto sistema normativo de un Estado fue muy notable en el sistema socialista. En la sociedad socialista, las obras literarias y artísticas, así como las obras técnicas, eran orientadas por el Estado, planificadas y controladas en forma central. La intervención del Estado en el campo del Derecho de autor era importante: la ideología determinaba tanto el marco jurídico de protección de las obras como la dirección de la labor creativa de los autores. Esta labor avanzaba en una dirección ideológica oficial, no se toleraban las desviaciones y se castigaba la oposición. La Unión Soviética no se adhirió al sistema internacional de protección del Derecho de

autor hasta 1973, cuando pasó a ser parte de la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952.”¹⁴⁹

Asimismo, la Unión Soviética no reconocía la teoría de los derechos patrimoniales de autor, la vigencia del derecho era, en principio, de 25 años, pero más adelante se limitó a 15 años *post mortem*.

No menos notorio es la persecución de creadores y artistas durante el régimen de Josef Stalin, dictador soviético que ejerció un puño de hierro sobre la libertad de expresión, ya que no se concebía obras que refutaran o pusieran en duda los valores “del pueblo”, sacralizados en las leyes y en el aparato estatal ruso, la historia nos proporciona varios ejemplos de aquellos años oscuros, entre los que sobresalen los casos de Dimitri Shostakovich, compositor que vivió en carne propia la censura y el acuso Estalinista, y el escritor Aleksandr Solzhenitsyn, quien en su obra “el archipiélago de Gulag”, narra la triste historia del aparato represivo soviético para acallar la disidencia política.

9.5.- Adorno y Horkheimer: la teoría crítica de la industria cultural.

La persecución judía iniciada por el régimen nazi en Europa, provocó una nueva diáspora; los más afortunados lograron huir a Inglaterra, Suiza, Suecia, las Américas e Israel, los menos afortunados fueron masacrados, al igual que sucedió con comunistas, sindicalistas, homosexuales, prisioneros de guerra, y cualquier otra persona no grata con la ideología fascista, en los campos de exterminio situados en la Europa Nazi.

En el caso de los filósofos Theodor Adorno y Max Horkheimer, se les considerara como los fundadores del instituto de investigación social, de corte Marxista, más adelante la denominada “Escuela de Frankfurt”¹⁵⁰, tras el ascenso de

¹⁴⁹ Pisuke, Heiki “El papel de la propiedad intelectual (derecho de autor) y los desafíos futuros para los creadores, la industria, los legisladores y la sociedad en general; la situación de los antiguos países comunistas” *Foro sobre creatividad e invenciones – un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI*, OMPI – Oficina nacional de patentes y registros de Finlandia, Helsinki, 5 a 7 de octubre de 2000.

¹⁵⁰ Además de Theodor Adorno y Horkheimer, otros filósofos formaron parte de esta corriente de pensamiento, también llamada Neo Marxista, entre los que sobresalen Frederick Pollock, Erich

Adolfo Hitler al poder, huyen de Alemania hasta llegar a los Estados Unidos, radicaron en Nueva York, y fundan la escuela crítica.

En 1944 sale a la luz en una copia en mimeógrafo, en idioma alemán: “La dialéctica de la ilustración”, obra incisiva que desnuda el modus operandi del sistema capitalista, y que analiza las denominadas “industrias culturales”, o empresas que crean contenidos artísticos.

Concluida la segunda guerra mundial, regresan a Alemania en 1950, a continuar los estudios críticos de la “Escuela de Frankfurt”, tal vez ambos filósofos se dieron cuenta de que el país anfitrión, era una nación fascista en potencia, emprenden la peligrosa labor de desenmascarar al sistema capitalista.

El derecho intelectual –desde un punto de vista materialista o “de propiedad exclusiva sobre la aplicación práctica de una idea”- es el resultado de un proceso dialéctico nacido en la Ilustración; puede concebirse como una “cosificación” de la Ciencia en su aspecto técnico tal y como sucede con las invenciones militares. En el plano artístico, a través del derecho de propiedad literaria o de autor, se consolida el dominio y apropiación de las ideas y arquetipos universales, por parte de una élite que impone a la colectividad, la visión de un mundo dominado por marcas comerciales, todo sea por el consumo masificado –enajenado- tanto del arte como de la tecnología, es así que libros, películas, música se ven reducidos a códigos de barras y fracciones arancelarias.

El uso de las nuevas tecnologías en la informática –hardware y software- han permitido el “abaratamiento” de los procesos de creación intelectual, con la consecuente pérdida de empleos en las empresas fonográfica y audiovisual. En el caso de la industria audiovisual – cine y T.V.- los contenidos son constantemente reciclados; se toman los arquetipos ideales de la epopeya Homérica, de William

Fromm, Walter Benjamin y Herbert Marcuse. Para una referencia completa de los postulados de esta escuela, *vid.* Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*, T. II, 3ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 2004, pp. 1393 – 1396.

Shakespeare, de Miguel Cervantes Saavedra, y se reinterpretan de manera constante según las necesidades de la producción, así vemos que los temas son reiterativos en el caso de las telenovelas, el mito de la Cenicienta o bien, los amantes de Verona, son “tropicalizados” por los productores, por lo que las obras carecen de originalidad, situación que ha originado en la práctica de los derechos de autor, una tendencia a reprimir toda imitación o uso de las ideas contenidas en las obras supuestamente primigenias (*Walt Disney*), mediante acciones de nulidad o bien, a través de los procedimientos contenciosos conocidos como infracciones en materia de comercio, previstas en los artículos 231 a 236 de la LFDA.

Otro aspecto de la barbarie cultural en la industria audiovisual en México, es la reiterada práctica de la explotación laboral y profesional de los autores audiovisuales, en virtud de la limitación de recursos para invertir en películas -en comparación con Hollywood- algunos productores abusan de figuras contractuales tales como la obra por encargo, sin reconocerles la titularidad originaria y en contra del espíritu de la LFDA. Ante los reducidos presupuestos, que en muchos casos son fondos públicos, dichos productores sacrifican la parte estética de la obra; la película es tratada como mera mercancía despojada de su valor cultural, para ellos, la producción es un asunto de justificar sus honorarios, sin importar los derechos de los demás creadores audiovisuales.

Sobre la industria audiovisual, Adorno y Horkheimer advierten una demoledora realidad: “El cine y la radio no necesitan ya darse como arte. La verdad de que no son sino negocio les sirve de ideología que debe legitimar la porquería que producen deliberadamente. Se autodefinen como industrias, y las cifras publicadas de los sueldos de los directores generales eliminan toda duda respecto a la necesidad de sus productos.”¹⁵¹

¹⁵¹ Horkheimer. Max y Adorno, Theodor, *op. cit.*, nota 9, p. 166

10.- Los TRIPS y la ideología dominante del *copyright* estadounidense.

El jurista mexicano Víctor Carlos García Moreno, reflexiona acerca del derecho supranacional, materializados en Tratados de Libre Comercio y las repercusiones de dichos instrumentos en la legislación interna, lo cual necesariamente se debe de adaptar a las “exigencias” del “libre mercado”.

Al analizar los denominados ADPIC, el también profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, señala que “Durante la década de los ochentas, el gobierno de Estados Unidos de América, especialmente cuando era secretario de Estado el doctor Henry Kissinger, se quejó de que la piratería en materia de propiedad industrial y derechos de autor estaba alcanzando proporciones escandalosas, y afirmaba que la reproducción no autorizada de productos y servicios amparados por marcas, patentes, derechos de autor, cuyos titulares eran nacionales o residentes de dicho país, alcanzaban la cifra de más de cien millones de dólares anuales en 1986, en catorce países, entre los cuales se encontraban México y Taiwán. Lo cual implicaba gravísimos daños para la economía de Estados Unidos, por lo que inició una embestida mundial en contra de las personas y países piratas, dictando medidas coactivas contra los mismos.”¹⁵²

De esta forma, los países menos desarrollados y con intereses comerciales con los Estados Unidos, como es el caso de México, no les quedó otra opción que acatar las instrucciones del Departamento de Estado de aquel país, armonizaron sus legislaciones en materia de derecho intelectual, con el objetivo de proteger a los titulares de dichos derechos en contra de la piratería o reproducción no autorizada de patentes y marcas en el caso de la propiedad industrial, y contenidos musicales y audiovisuales derechos de autor.

Es decir, la actual legislación del derecho de autor, rompe con el dogma “autoral” de que sólo las personas físicas son sujetos originarios del mismo, como

¹⁵² García Moreno, Víctor Carlos. “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana del derecho de autor” Becerra Ramírez, Manuel, Comp., *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México. UNAM-IIJ, 1998, p. 104.

es el caso de los artículos 103 y 104 de la actual LFDA¹⁵³, que establecen excepciones a este principio, como ocurre con la obra por encargo y los programas de cómputo, en dónde las empresas de software pueden considerarse como sujetos originarios de derechos de autor.

Siguiendo al mismo tratadista, “El gobierno de Estados Unidos considera que existen muchos Estados en el mundo que son infractores mayores de los derechos de propiedad intelectual; así, desde la década de los ochentas ha acusado a los países de la Cuenca del Pacífico a tal grado que los ha colocado en la lista de “observación prioritaria de la Sección Especial 301”, a la India, China, Corea del Sur, Taiwán y Tailandia.”¹⁵⁴

En el caso de China -y otros países- el problema de la protección de los derechos de propiedad intelectual es de naturaleza cultural, para aquél país, las primeras leyes de propiedad intelectual datan de la década de los años ochenta del siglo pasado, por lo que China carece de una “cultura de propiedad intelectual”, situación que ha originado duras críticas por parte de los Estados Unidos de América en contra de aquél país, en el seno de la Organización Mundial de Comercio, no obstante la apertura comercial que ha permitido a China en convertirse en una potencia económica.¹⁵⁵

En la clase “La propiedad intelectual en el ámbito internacional” (2004), en la especialidad de Derecho Intelectual, impartida por la Facultad de Derecho de la UNAM, recuerdo que el maestro Horacio Rangel Ortiz, explicó al grupo que en los

¹⁵³ “Artículo 103.- Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste... Como excepción a lo previsto por el artículo 33 de la presente Ley, el plazo de la cesión de derechos en materia de programas de computación no está sujeto a limitación alguna”. “Artículo 104.- 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, aún 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.”

¹⁵⁴ García Moreno, Víctor Carlos. *op. cit.*, nota 152, p. 107

¹⁵⁵ *Cfr.* Li, Ling. “The sky is high and the emperor is far away: the enforcement of intellectual property law in China”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003*, pp. 951-1010.

años setenta del siglo pasado, durante el gobierno del entonces presidente Luis Echeverría Álvarez, México coqueteó con la idea de denunciar el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. Lo anterior, en virtud del férreo control de las compañías estadounidenses y europeas en el mercado de medicamentos, en detrimento de las empresas mexicanas y del público consumidor, sin embargo, dicha idea fue abandonada toda vez que las represalias comerciales en contra de México tendrían un alto costo político y económico.

Otros autores como Yolanda Huerta Casado, señalan que, a finales del siglo XX, antes de los ADPICs, las políticas de propiedad intelectual de los países latinoamericanos, era la de establecer mecanismos internos de protección e intervención para controlar las importaciones tecnológicas. Sin embargo, a partir de los procesos de integración económica iniciadas a partir de la caída del Muro de Berlín, en 1989, se consolida el neoliberalismo económico, por tanto los países latinoamericanos, incluyendo México, comienzan un proceso de “uniformización” en sus legislaciones internas, entre ellas, la LPI y la LFDA, a fin de dar paso al [...] “nacimiento de un nuevo proteccionismo tecnológico a nivel internacional como consecuencia de las pérdidas causadas por la piratería y de la decreciente competitividad tecnológica de algunos países industrializados, en particular de Estados Unidos”¹⁵⁶

En países como México y Latinoamérica, lugares cuya desigualdad social originaron fenómenos como la piratería, su legislación interna se vio necesariamente “armonizada” a la legislación internacional o dominante de corte *copyright*, mediante reformas a la ley, se permitió que los productores de *software* se consideraran como sujetos originarios, situación contraria al espíritu de la teoría del *Droit de Auteur*. De igual forma, la actual LFDA introdujo la figura de la obra por encargo, inspirada en la doctrina del *work made for hire* estadounidense, la cual supone una relación laboral entre empleado intelectual y productor, como se verá más adelante en el siguiente capítulo.

¹⁵⁶ Huerta Casado, Yolanda. “El TLCAN en materia de propiedad intelectual”, en Becerra Ramírez, Manuel. Coord. *Derecho de la propiedad...cit.*, nota 122, p. 127.

Al recurrir a dicha ficción legal, de facto la LFDA adopta el *copyright*, mediante el cual se ceden a perpetuidad derechos intelectuales, en perjuicio de los autores (personas físicas) y en contra de la cultura, como se intentará demostrar más adelante.

11.- Derecho de autor y derechos humanos.

Ante el criterio hegemónico de los Estados Unidos sobre un *copyright* acorde a los intereses comerciales, que tiende a limitar las excepciones o restricciones al derecho de reproducción y tienden ampliar a su beneficio el dominio público, han surgido diversas voces, tanto en la academia como en el foro jurídico, que apuntan a asimilar los derechos de autor a los derechos humanos, ya que representan valores como la libertad de expresión, derechos culturales y la protección jurídica autoral, término que se abordara más adelante.

Una primera aproximación filosófica sería considerar a los derechos de autor, como derechos económicos y sociales, por su contenido patrimonial, o bien, en su aspecto moral, es decir, son derechos culturales, los cuales se encuentran positivizados en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948, entre otros tratados Internacionales.

En este mismo sentido, para Paulette Dieterlen, los derechos que funcionan como restricciones morales están basados en la creencia de que los individuos poseen racionalidad, libre albedrío, conciencia moral, y capacidad para formar y llevar a cabo ciertos planes, es decir, que son capaces de darle un sentido a sus vidas¹⁵⁷, entre estos tipos de derechos encontramos el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la cultura, los cuales se encuentran estrechamente vinculados con el derecho de autor.

¹⁵⁷ Dieterlen, Paulette. “Los derechos económicos y sociales”, en Dieterlen, Paulette. Comp. *Los derechos económicos y sociales, una mirada desde la filosofía*. México, UNAM- Instituto de Investigaciones filosóficas, 2010, p. 129

Más adelante, la citada autora justifica la defensa de los derechos económicos y sociales como deberes negativos, es decir, dichos derechos presuponen derechos positivos “de hacer algo” y son más difíciles de atribuir y casi imposibles de satisfacer.¹⁵⁸

De esta forma, el artículo 27.1 de la citada Declaración de los Derechos Humanos, establece el derecho para disfrutar de las creaciones intelectuales. “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.”¹⁵⁹

Asimismo, la fracción segunda de este artículo reafirma la dualidad del contenido patrimonial y moral de nuestra disciplina: “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.” (*idem*)

Evocando a Miguel Reale, existe un divorcio entre juristas versus filósofos, los primeros sostienen la tesis del iuspositivismo, es decir, separan la “moral” de la ley, en tanto que los filósofos del derecho, afirman que la ley no puede ir en contra de los individuos, apoyando sus postulados en principios del derecho natural. En el caso del derecho intelectual, algunos juristas pugnan por una visión del *copyright* acorde a los intereses comerciales de titulares derivados, por lo regular empresas o “industrias culturales”, *versus* las posturas filosóficas que tratan al derecho de autor como un derecho humano y, por lo tanto, establecen límites al contenido patrimonial de los titulares de obras, es decir, existe un claro antagonismo entre ambas ideologías, en donde casi siempre se impone la primera.

En efecto, el derecho de autor y su par angloamericana el *copyright*, desde el enfoque utilitarista de “propiedad intelectual”, su validez descansa en el positivismo formal, lo cual se refleja en su estructura normativa, que sólo prevé

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 133

¹⁵⁹ Organización de Naciones Unidas, en:
http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

algunas excepciones a la facultad exclusiva del titular, en explotación patrimonial de la obra, por lo tanto, es restrictiva y puede colisionar con otros derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico

Recordemos que el régimen Nazi fue en esencia formalista, por lo tanto, restrictivo en cuanto a la libertad individual; la creación literaria y artística fue permitida siempre y cuando comulgara con las ideas de superioridad racial del pueblo alemán, de ahí la fuga de artistas, filósofos y científicos de aquel país, a la llegada al poder de Adolf Hitler en 1933.

La derrota del fascismo en Europa, representó un cambio de paradigma en el enfoque del derecho como herramienta puramente formal o positivista, naciendo así la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, a partir de la creación de la ONU.

Respecto a la validez de la norma, Luigi Ferrajoli, citado por Elisabetta Di Castro, afirma lo siguiente:

“Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazados por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la constitución.”¹⁶⁰

A modo de síntesis, Ferrajoli distingue cuatro clases de derechos fundamentales, a saber: 1. Los derechos humanos, 2. Los derechos públicos, 3. Los derechos civiles y, 4. Los derechos políticos. ¹⁶¹

¹⁶⁰ Di Castro, Elisabetta, “Derechos sociales. Democracia y justicia”, en Dieterlen, Paulette. Comp., *op. cit.*, nota 157, p. 26

¹⁶¹ “Como ejemplos de derechos humanos destacan el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación de pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales; de derechos públicos , el derecho de circulación

De igual forma, Identifica también los siguientes cuatro criterios axiológicos:

1. La igualdad, 2. La democracia, 3. La paz, y 4. Las leyes del más débil.

¿Dónde encuadrarían los derechos de autor? ¿son derechos civiles? ¿son derechos humanos? Como se puede advertir de las anteriores preguntas, Ferrajoli deja la puerta abierta para las tesis que tienden a asimilar los derechos de autor a los derechos humanos, no sólo por el contenido normativo diseminado en las Constituciones y en los Tratados internacionales, sino que también representan valores que deben ser garantizadas por el Estado a favor del creador, por ejemplo, el ya citado principio de “*in dubio pro auctore*”, salvando así el divorcio entre juristas y filósofos.

En el caso de México, De la Parra fue pionero en tender un puente argumentativo para vincular a ambos derechos, mediante un interesante dialogo con otros ius filósofos de la talla de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy y Gustav Zagrevelski, éste último jurista afirma que el derecho al igual que el lenguaje es dúctil, es decir, es moldeable según las circunstancias, la obra contiene un interesante capitulado; entre los puntos a tratar sobresale la evolución de un “Estado de Derecho” a un “Estado constitucional de derecho”¹⁶², a fin de profundizar en temas tan relevantes como son la teoría de la ponderación aplicada a los derechos de autor, los desafíos del sistema de restricciones al derecho patrimonial en el internet, entre otros tópicos selectos del derecho intelectual en general.

Para dicho autor es necesario distinguir entre “derecho de autor” y el derecho humano de naturaleza “jurídico-autoral”, que en esencia es el derecho de todo autor

en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia, y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; de derechos civiles, la potestad en materia de negocios, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, y en general todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado de derechos políticos, el derecho al voto, el derecho de acceder a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiestan la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.” *Ibidem.*, nota 157, p. 30

¹⁶² Zagrevelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 5ª edición, Editorial Trotta, España 2003.

o creador de poder beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría, sin embargo, son dos derechos distintos en cuanto a que el hecho generador de los derechos intelectuales, es la creación de una obra, en tanto que los derechos humanos son aquellos que se reconocen por el simple hecho de ser persona, para tal efecto, se apoya en Ferrajoli: "...son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en tanto 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 éstas."¹⁶³

Conviene señalar que la "protección jurídico autoral", no se encuentra expresamente señalado como tal en la Constitución, sino que ha sido la legislación internacional, la que ha desarrollado con mayor amplitud dicha terminología, de esta manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" (CADH), en cuyos artículos 15 y 21, respectivamente, establecen el principio de "protección jurídico autoral"¹⁶⁴

En resumen, podemos establecer las siguientes características de dicho término: a) Es universal por lo que pueden oponerse *erga omnes*; b) Es un derecho subjetivo como lo denomina Hans Kelsen en su obra "Teoría pura del derecho", es decir, es una expectativa de derecho, en el sentido de que impone una obligación de los Estados de no lesión (expectativa negativa), y de respetar o garantizar ciertas

¹⁶³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. Adrea Greppi y Perfecto Andrés, Ibáñez, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2002, p. 37. Citado por De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 363.,

¹⁶⁴ *Ibidem.* p. 364

actividades como la creación artística;¹⁶⁵c) Es un principio que se encuentra en las Constituciones de diversos países, así como en la legislación internacional, De la Parra los denomina como “mandatos de optimización”; esto es, que el Estado debe de crear normas para la protección de los autores; d) El hecho generador de la protección jurídica autoral, es la creación de una obra artística; a diferencia de los derechos fundamentales, que se reconocen a las personas por el simple hecho de serlas.¹⁶⁶

Otros teóricos en la materia como Ignacio Otero Muñoz, opinan que la discusión de si los derechos de autor son derechos humanos resulta bizantina, ya que la mayoría de los estudiosos apuntan a enfocar al derecho de autor como una filosofía del arte, es decir, no sólo como experiencia jurídica, sino que va más allá y puede convertirse en una verdadera experiencia estética.¹⁶⁷.

Más adelante, en el capítulo IV de la presente investigación, se expondrán los siguientes modelos jurídicos que pueden aplicarse al derecho de autor: tridimensional, garantista y de ponderación de derechos, esto es, vincular derechos fundamentales a los derechos humanos.

Regresando al estudio cultural del derecho de autor, para Rosemary Coombe, citada por Joost Smiers y Marieke van Schijndel, “la cultura no está integrada en unos conceptos abstractos que interioricemos, sino en la materialidad de los signos y los textos sobre los textos sobre los que batallamos, y en la huella

¹⁶⁵ “los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa).” Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo. 7ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993. p. 152

¹⁶⁶ Sobre el particular, De la Parra ofrece el ejemplo de Gabriel García Márquez, escritor colombiano y autor de ensayos, cuentos y novelas, entre las que sobresalen “cien años de soledad”, para distinguir entre “la protección jurídico autoral” como derecho humano y los derechos patrimoniales, que no tienen esa categoría, por ser derechos singulares y no universales. De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 374

¹⁶⁷ Otero Muñoz, Ignacio “Ley federal sobre el derecho de autor de 1956” Bahena Ortiz, Miguel Ángel (Coord.) *Génesis y evolución legislativa de la propiedad intelectual*, México, AMPPI – Procesos editoriales Don José, 2018, p. 395

que esas batallas dejan en la conciencia. Este debate y esta batalla permanentes sobre el significado son la esencia de la práctica dialógica.”¹⁶⁸

No sería tan aventurado afirmar, que el *copyright* puede emplearse como un obstáculo a otros derechos culturales, como el que toda persona tiene derecho a beneficiarse de la actividad artística de su comunidad, ya que el acceso de obras protegidas, pueden colisionar con los intereses de los autores o titulares, lo que ha llevado a las industrias culturales a organizarse para acotar el sistema de restricciones al derecho patrimonial y limitar el dominio público en la legislación.

Sin embargo, el propio *copyright* como sistema normativo, contempla el siguiente principio para el uso de obras protegidas, como veremos a continuación:

A.- La doctrina del “*Fair use*”: al igual que en los países de tradición jurídica continental, en el sistema anglosajón existen excepciones o restricciones al monopolio exclusivo de los titulares del derecho de copia, tal y como sucede en el ámbito de la investigación, la crítica y la academia, siempre y cuando no se persiga un lucro con el uso de la obra. De esta forma, los artículos 107 y 108 de la ley estadounidense de *copyright*,¹⁶⁹ establece criterios para determinar cuándo se considera un uso justo de obras protegidas, sin embargo, es en los precedentes judiciales (*case law*), ante los tribunales estadounidenses, dónde se pueden establecer los límites y alcances del *fair use*.

Dicha doctrina reconoce límites o restricciones al derecho patrimonial de autor, como excepciones se encuentran la parodia, el uso para fines informativos, el uso de obras para docencia, como se verá con mayor detalle en el capítulo II, al momento de analizar el sistema de restricciones o límites al derecho patrimonial de autor en la LFDA.

¹⁶⁸ “Muchas de las leyes de la propiedad intelectual privilegian las formas nomológicas frente a la práctica dialógica, y crean unas importantes diferencias de poder entre los actores sociales que intervienen en la lucha por la hegemonía Smiers, Joost y Van Schijndel, Marieke. *Imagine no copyright*. Trad. Roc Filella Escola. Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2008, p. 30

¹⁶⁹ *U.S. Copyright Act*. <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>.

B.- El *copyleft* nació como un método para convertir un programa de *software* libre y exigir que todas las versiones del mismo, modificadas o empleadas también lo sean. El concepto deriva de un juego de palabras intraducible del término *copyright* (donde el derecho de copia se transforma en izquierda de copia) y formó parte del movimiento de Software libre promovido por el programador y activista Richard Stallman.¹⁷⁰

Esta postura no es reconocida en la ley estadounidense del *copyright*, sin embargo, ha cobrado fuerza esta figura por entre los detractores del *copyright*, particularmente por quienes pugnan por un código abierto y se oponen a empresas como Microsoft o Apple, las cuales son los *copyright holders* de los programas informáticos.

Recordemos que la inserción de los programas de cómputo en las legislaciones de derechos de autor, que pueden considerarse como genuinas invenciones en el campo de la propiedad industrial, fue con el propósito de evitar que dichos programas cayeran en el dominio público veinte años después de haberse otorgado la patente.

Ante las voces que pretenden suprimir el *copyright*, De la Parra, menciona que el derecho de autor no había sufrido un ataque tan grande desde su aparición en el mundo del derecho; desde mediados de la década de los ochentas del siglo XX, hasta nuestros días, se ha generado sobre si el derecho de autor debe o no periclitarse. Para dicho tratadista, “el movimiento de *software* libre nace como una reacción a las prácticas de la industria de computación, y se basa en el otorgamiento de licencias para que los usuarios de 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

¹⁷⁰ Vid. Stallman, Richard, Colectivo Wu Ming, Rendueles, César. *Et. Al. Versus, round 10, contra el copyright*, Trad. Julián Etienne y Pablo Duarte, México, Tumbona Ediciones, S.C. – Fondo Nacional para la Cultura y las Artes, 2008, p. 102

generan los derechos de autor, estas licencias parten de la base de la legislación autoral.”¹⁷¹

Recordemos “*La ética del hacker*”, sugestivo libro de Pekka Himanen, quien hace un estudio comparativo con la obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, de Max Weber, para justificar las relaciones entre trabajo - capital - dinero. teoría que sigue siendo válida en la actualidad, particularmente en el mundo de los negocios y el *copyright*.¹⁷²

El código *Linux*, es una respuesta inteligente a la visión patrimonialista del *copyright*, léase *Microsoft*, su lenguaje implica una filosofía de vida, cree más en la libertad de expresión e información, por lo que es su deber mantener el código fuente abierto a todos.¹⁷³ De ahí que el término “*hacker*”, en oposición a “*cracker*”: o aquél que rompe la seguridad de un sistema, término acuñado hacia 1985 por los “*hackers*” a fin de defenderse de la tergiversación periodística del término “*hacker*”; se usa en el ámbito informático, para designar a “aquella persona que ha dejado de utilizar su ordenador para sobrevivir (me gano el pan programando) y ha pasado a los dos estadios siguientes (dinero y entretenimiento). Él (o, en teoría, aunque en muy contadas ocasiones, ella) utiliza el ordenador para sus vínculos sociales: el correo electrónico e Internet son las grandes vías para acceder a una comunidad. Pero para el hacker un ordenador es también entretenimiento. No me refiero a los juegos, ni tampoco a las bellas imágenes que circulan por la red. El ordenador mismo es entretenimiento.”¹⁷⁴

¹⁷¹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 787.

¹⁷² “La contribución de Max Weber a una definición del capitalismo se ubica en el campo de dos cuestiones: los orígenes del capitalismo moderno, o bien, los requisitos culturales que permiten el surgimiento y el desarrollo del capitalismo, y la cuestión de la especificidad del capitalismo occidental moderno respecto a otros modos de producción históricos fuera del ámbito occidental.” Rusconi, Gain Enrico. “Capitalismo”, en: Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, *Et. Al., op. cit.*, nota 19, p. 187

¹⁷³ “Existen dos afirmaciones que se han denominado ley de Linus, en referencia a declaraciones realizadas por Linus Torvalds, ingeniero de software finlandés, creador del kernel Linux. La primera de ellas hace referencia a la capacidad de encontrar errores al abrir un programa a la comunidad, y la segunda a la motivación para el desarrollo de código libre.” Wikipedia.

https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Linus

¹⁷⁴ Himanen, Pekka, *op. cit.*, nota 66, p. 11

La filosofía anglosajona del derecho de copia radica en el individualismo propio de la religión protestante, por consiguiente, el enfoque de este derecho es eminentemente práctico y económico, ya que el derecho de copia o *copyright*, “no está diseñado para proteger la personalidad del autor, éste no preserva la reputación o el prestigio, sino de manera indirecta, en la medida en que la exclusividad de los derechos concede a los autores los medios para controlar los medios por los cuales otros pueden usar su trabajo”¹⁷⁵

12.- Opinión personal.

Creemos que el abuso del derecho patrimonial, por parte de los titulares del *copyright*, para ampliar los términos de protección hasta 100 años y limitar las restricciones al derecho de explotación, representa un atentado contra los derechos culturales que en esencia son derechos humanos.

En los últimos tratados internacionales (ADPIC, TLCAN, etc.), la visión dominante del *copyright* ha desplazado la teoría humanista del *droit d’auteur*, la cual reconoce derechos morales, México al igual que otros países, ha “armonizado” su legislación de derechos de autor, para hacerla más acorde al espíritu mercantil del *copyright*, al amparo de una filosofía utilitarista neoliberal.¹⁷⁶

Aunque no es el propósito de la investigación, en materia de la propiedad industrial, es importante reflexionar acerca de las patentes de invención, desde finales del siglo XX, existen numerosos casos del abuso del monopolio exclusivo sobre una invención, en particular, las patentes médicas, lo que evidencia que existe una estrategia de restringir el derecho a la salud por parte de las industrias

¹⁷⁵ Kurtz, A. Leslie, “Algunos aspectos generales de la ley de derechos de autor de Estados Unidos y el desarrollo de la protección para los programas de computación” en Becerra Ramírez, Manuel. Coord. *Derecho de la ...cit.*, nota 122, p. 85

¹⁷⁶ “La teoría de Locke está construida sobre las bases del derecho intelectual moderno. La aproximación “sin mano de obra” está reflejada en el énfasis económico de la legislación contemporánea, sobre patentes y derechos de autor. Desafortunadamente, no contiene un principio, lo que sería una medida para la propiedad intelectual rápidamente disponible y verificable entre sujetos. Un estándar tan subjetivo tan inherente proporciona solamente una base cuestionable para las reglas generales y abstractas que guían el derecho de la propiedad intelectual” Stengel, David *op. cit.*, nota 94, p. 84.

farmacéuticas, en perjuicio de los enfermos de diversas enfermedades, tales como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o SIDA o VIH, o bien, con la actual pandemia del denominado SARS COVID 19 o coronavirus, el cual está generando estragos en la salud pública y cuyas consecuencias económicas y sociales serán de alto impacto en los meses y años venideros.

Como bien lo refiere el especialista en propiedad industrial, Mauricio Jalife Daher, al señalar que “en el propio Estados Unidos existen fuertes conflictos que se originan en abusos por parte de titulares de patentes de medicamentos con productoras de fármacos genéricos, que han afectado a los ciudadanos de ese país.”¹⁷⁷

En efecto, la cruzada de las grandes corporaciones que detentan el derecho intelectual sobre invenciones y creaciones artísticas, para extender el dominio público de 50, 70 y hasta 100 años, como es el caso de México, confirma la hipótesis que el sistema de *copyright*, tal y como está concebido, es un instrumento de censura que vulnera el derecho humano a la libertad de expresión.

Respecto de las tesis que proponen la supresión total del derecho de autor en el ciberespacio, no compartimos del todo esa postura, si bien es cierto que el internet y las nuevas tecnologías de la información han planteado nuevos retos para flexibilizar el *copyright*, también lo es que existen herramientas digitales muy efectivas para impedir que terceros puedan almacenar y distribuir copias de contenidos protegidos por el derecho de autor, piénsese en los algoritmos para detectar si una melodía o imagen puedan estar almacenada en una red social, por ejemplo *Youtube*, a fin de cancelar o bloquear el contenido de cualquier película, video musical, etc.

¹⁷⁷ Jalife Daher, Mauricio. “Análisis de aspectos legales y comerciales de las patentes de medicamentos en México” en: Becerra Ramírez, Manuel. Coord. *Textos de la nueva cultura de propiedad intelectual*. México, UNAM – IIJ, 2009, pp. 55-56

Ante la crisis del “estado de derecho”, el gran reto que enfrenta el derecho de autor es lograr el sano equilibrio entre los autores y titulares, así como a los usuarios de obras, en México, los tribunales han desempeñado una importante labor para interpretar el contenido normativo de la LFDA, como se verá en los capítulos subsecuentes.

Capítulo III. El derecho de autor en México.

“Las leyes que no responden a necesidades sociales son inaplicables, o en otra forma, para que la ley perdure, es preciso que responda a determinadas exigencias sociales. El defecto de nuestras leyes constitutivas ha sido que, elevadas muy alto sobre el nivel de nuestras tristes realidades, que puestas por encima de las posibilidades humanas de nuestra raza, figuran como un bello código muy distante de la realidad, como un hermoso cielo salpicado de estrellas, pero que permanecen demasiado altas para seguir como guía, para iluminar el sendero por el que debemos de marchar.” Félix P. Palavicini

1.- México precolombino.

En el México prehispánico, no existen antecedentes del derecho de autor, tal y como hoy lo conocemos, no obstante, la civilización azteca reconocía a sus creadores y poetas, por lo que existió un mecenazgo de facto a favor de sus autores y artistas. El sofisticado arte Mexica se expresaba en la arquitectura, la música, la artesanía, la guerra y el deporte. En este último caso, el juego de pelota era una actividad muy extendida en Mesoamérica, no sólo azteca, se sabe que los Mayas y otras civilizaciones jugaban el “*ulama*” o juego de la vida y la muerte, en donde los ganadores eran sacrificados en honor a una deidad en particular.

Sobre el derecho azteca y su relación con la creación artística de aquel pueblo, los autores Ignacio Otero Muñoz y Miguel Ángel Bahena Ortiz, citan al Padre Diego Durán (1533 – 1588), quien a la edad de cinco años llegó de España a Texcoco, siendo un testigo del arte y las costumbres de la recién conquistada Tenochtitlán. De acuerdo con el citado Religioso “En todas las ciudades había junto a los templos unas casas grandes, donde residían maestros que enseñaban a bailar y cantar. A las cuales casas llamaban *Cuicacalli*, que quiere decir casa de canto”.¹⁷⁸

En la obra “*Historia de las Indias de Nueva España y Islas de Tierra Firme*”¹⁷⁹(sic), Fray Diego Durán narra la vida antes del pueblo Azteca y su consolidación como imperio hegemónico del Anáhuac. Al igual que en la Roma imperial, los

¹⁷⁸ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, p. 92

¹⁷⁹ Texto completo en: Biblioteca Virtual de Miguel de Cervantes <http://www.cervantesvirtual.com/obra/historia-de-las-indias-de-nueva-espana-y-islas-de-tierra-firme-tomo-i--0/>.

aztecas procuraban a los creadores y artistas, se sabe que estaban exentos de tributo; las expresiones artísticas del arte Mexica eran la música y el baile, además de la alfarería, la escultura, y pintura entre otras creaciones culturales. Tal es el caso de los *tlacuiloques*, artistas y poetas, según Miguel León Portilla, quien a su vez cita a Sebastián Ramírez de Fuenleal (Presidente de la Segunda Audiencia de la Nueva España, en 1531): “Son asimesmo libres de contribuir y pechar en algunas partes los pintores, que dice *tlaculoca* (*tlacuiloque*), porque como sean escribanos de todo lo que ha pasado y de lo que pasa, y por lo que pintan dan a entender todo lo que piden, son exentos; asimismo los cantores y tañedores son exentos, porque entre ellos son estimados, porque componen y cantan todo lo pasado y lo que pasa y lo que creen, y por éstas dos manera de pintar y cantar saben sus historias y todo lo de su creencia, y estos oficiales son sabios en esto y muy tenidos, y por esto libre de todo pecho y tributo.”¹⁸⁰

A su vez, Arpad Bogsh señala que, en el México Antiguo, el pueblo tenía elevada estimación por los sabios, los “*Tlaminime*”-termino que literalmente significa “aquél que sabe algo”.¹⁸¹

2.- Periodo virreinal.

Durante el periodo Colonial o Virreinal, las leyes de las Indias y otras ordenanzas reales se aplicaron en el territorio de la Nueva España. Como ejemplos legislativos de este periodo, Ramón Obón León cita las reales ordenanzas emitidas por Carlos III de España y V de Alemania de fechas “marzo de 1763, de 20 de octubre de 1764, y de 14 de junio de 1778, así como la Cédula de 9 de julio del mismo año en las cuales se reconoce plenamente al autor y se instituye que sus derechos pueden ser transmitidos *mortis causa*.”¹⁸²

¹⁸⁰ León-Portilla, Miguel. “Ramírez de Fuenleal y las Antigüedades Mexicanas”. *Estudios de cultura náhuatl*. UNAM. Vol. 8, 1969. pp. 33-34, en: <https://es.scribd.com/doc/103646488/Articulo-de-Miguel-Leon-Portilla>; Cfr. Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 38, p. 94 y Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, p. 34

¹⁸¹ Bogsch, Arpad. “Discurso de Apertura”, *op. cit.*, nota 104, p. 6.

¹⁸² Obón León, Ramón. *Los derechos de autor...cit.*, nota 105, p. 21

La censura eclesiástica marcó este periodo de la historia de la Nueva España, Serrano Migallón aporta la siguiente información, la cual es relevante para el periodo que aquí se estudia: “Para 1704 el Virrey Francisco Hernández de la Cueva emite una disposición aclaratoria en materia de beneficios económicos por la venta de sus obras y en 1748 el conde de Revillagigedo establece, además, que deberían de pactarse en cláusula en los derechos que al autor corresponde por la venta de sus obras.”¹⁸³

Sin embargo, las ideas “revolucionarias” que se gestaron durante el siglo XVIII en Europa, particularmente en Inglaterra y Francia, respecto al “contrato social” entre gobernados y monarcas, tendieron a diluir el absolutismo, que es la doctrina que sostiene que el poder del Rey, deriva directamente de Dios. Los filósofos y juristas de la época como David Hume, Tomás Hobbes, Montesquieu¹⁸⁴ y Jean Jacques Rousseau, sostenían que la soberanía residía originalmente en el pueblo, quien mediante un “contrato” cedía parte de esa soberanía a favor de los gobernantes.

Dichas teorías fueron la semilla ideológica de las revoluciones inglesa -en el siglo XVII- y francesa -en el siglo XVIII- en las cuales el poder omnímodo de los monarcas fue acotado por el parlamento y la puesta en práctica de la teoría de la división de poderes.

De forma inevitable, estas ideas fueron exportadas a las colonias españolas en América del sur, a través de los libros y panfletos de los citados pensadores, y cuyas traducciones fueron objeto de intensa censura por parte de la inquisición y la corona española, que veían en ellas un peligro para su hegemonía.

¹⁸³ “A esta época se refiere Arsenio Farrell, siguiendo a Satanowski: el derecho castellano, español e indiano no amparaban al autor en virtud de un precepto legislativo, sino que protegían al gobernante y agrega que no existía la libertad de pensamiento ni el autor tenía el monopolio de la obra.” Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, p. 35

¹⁸⁴ Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755).

Sin embargo, la intelectualidad criolla comenzó a adoptar dichas ideas, ya que eran excluidos de los altos cargos públicos, ya que estos cargos y títulos pertenecían en exclusiva a los peninsulares ibéricos, quienes eran designados por las cortes y el Virrey.

3.- México independiente.

La rebelión iniciada por el cura Miguel Hidalgo en Dolores, Guanajuato, en 1810, quien bajo la consigna de una España libre de la injerencia Napoleónica, por la caída de Fernando Séptimo, fue secundada por diversos caudillos de origen criollo, quienes habían sido influenciados por la revolución francesa de 1789 y la independencia de los Estados Unidos de América de Inglaterra (1775-1783), a fin de lograr la independencia de España.

La idea una *propiedad intelectual* era muy lejana en las mentes de los próceres de la independencia, pues el país se encontraba lejos de una revolución industrial o capitalista, en la cual fuera necesaria la creencia en una propiedad inmaterial. No obstante, las ideas de libertad de prensa y de expresión no les eran ajenas a los líderes independentistas y a la intelectualidad criolla.

El objetivo de los independentistas mexicanos, era la efectiva consolidación de una república o un reino, que fuera ajeno a las ambiciones de Napoleón Bonaparte, capaz de administrarse como Nación, y en dónde los criollos controlaran el incipiente gobierno de lo que actualmente es México.

En el año de 1808, Napoleón Bonaparte invade España, el Rey Fernando VII se ve obligado a abdicar en favor del usurpador José I Bonaparte (o "Pepe Botello"), primo del emperador francés. La noticia llega a la Nueva España, lugar en donde los criollos empiezan a fraguar la independencia.

3.1.- Las constituciones de Cádiz de 1812 y de Apatzingán de 1814.

Como apunta el historiador mexicano Luis Villoro, el 18 de marzo de 1812 se firmó en Cádiz, la nueva constitución española. Siguiendo en gran medida las constituciones francesas de 1793 y 1795, otorgaban amplios poderes a las cortes,

reducía el papel del rey al poder ejecutivo, proclamaba la soberanía popular, decretaba la libertad de prensa y de expresión. El 30 de septiembre de 1812 el Virrey Venegas la promulgó en México, sin embargo, dicha constitución nunca llegó a ponerse en práctica.¹⁸⁵

A su vez, la constitución de Apatzingán, se inspiraba sobre todo al igual que su hermana de Cádiz, en las constituciones francesas de 1793 y 1795. Establecía el sistema representativo nacional, la separación de los tres poderes, los derechos del ciudadano y la libertad de expresión.¹⁸⁶

Como antecedente remoto a la legislación de derechos de autor, se encuentra la Constitución de 1824, al analizar dicho documento jurídico – político, Adolfo Loredó Hill explica la relevancia del mismo, ya que “...adopta el sistema federal, inspirada en la Constitución estadounidense. El liberal Miguel Ramos Arizpe, cabeza del federalismo, fue nombrado presidente de la Comisión de la Constitución...en su título III, sección quinta, del Poder legislativo, establece como facultades del Congreso General en su artículo 50: I. Promover la ilustración: asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras.”¹⁸⁷

Otro de los antecedentes en materia autoral en México, lo podemos encontrar en la voz “Autor”, del famoso “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense”, del jurista mexicano del siglo XIX, Joaquín Escriche. De acuerdo con dicha obra: “Entre nosotros, para conservar a los escritores la propiedad de sus obras, se observan las obras del decreto de 10 de junio de 1813 de las cortes españolas, por lo que solamente el autor o quien tiene su permiso, puede imprimir los escritos durante la vida de aquél. Muerto el mismo, pasa á sus

¹⁸⁵ Villoro, Luis. “La Revolución de Independencia”, en: Cosío Villegas, Daniel. Coord. *Historia general de México*. Tomo 1, El Colegio de México, 1986. pp. 627-628

¹⁸⁶ *Ibidem*. p. 629

¹⁸⁷ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *op. cit.*, nota 38, p. 1; Loredó Hill, Adolfo. *op. cit.*, nota 15, p. 15

herederos el derecho en sus términos y por el tiempo que allí se espresa, pues también trata esta ley de que la ilustración no se perjudique, quedando las producciones intelectuales en el olvido.”¹⁸⁸

En este orden de ideas, De la Parra y otros estudiosos señalan como la primera regulación del derecho de autor en el país el año de 1846. El decreto sobre propiedad literaria, el cual concedía a los a los autores derechos durante toda su vida y treinta años después de su muerte, a favor de sus sucesores. En dicho documento, se reconoce el derecho a la paternidad y el derecho de difundir a los creadores sus obras de manera anónima.¹⁸⁹

Otro caso de censura contra la libertad de expresión, fue la expedición de la famosa “ley lares”, por el gobierno de Antonio López de Santana e ideada por su ministro de justicia Teodosio Lares, promulgada el 28 de abril de 1853 en el periódico oficial, que establecía entre otras facultades del presidente de la república, la de suprimir cualquier periódico o publicación contrarios a la religión católica o que atacasen al supremo gobierno.¹⁹⁰

3.2. Constitución de 1857.

El país apenas se recuperaba del golpe que había significado la intervención estadounidense en 1847 y la consiguiente pérdida de más de la mitad del territorio nacional, el gobierno liberal al mando del presidente Ignacio Comonfort, enfrentó la férrea oposición de los denominados Conservadores, quienes a la postre serían los artífices de traer a México una potestad extranjera para gobernar al país, en el caso histórico concreto: Maximiliano de Habsburgo.

¹⁸⁸ Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, México, UNAM-IIJ, 1993, p.58.

¹⁸⁹ De La Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 152

¹⁹⁰ Cfr. Toussaint, Florance. *Libertad de imprenta en el siglo XIX, dos casos emblemáticos: la ley Lares y la ley Zarco*, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2289/40.pdf>

El Congreso Constituyente contó con un grupo de pensadores de corte liberal, entre los que destacan Ponciano Arriaga, Fernando Ortega, Guillermo Prieto y Justino Fernández, el texto original del artículo 28 de dicha Constitución, antecedente directo del actual artículo 28 Constitucional, establecía lo que es del tenor literal siguiente:

“Artículo 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”¹⁹¹

Por lo que respecta a la libertad de expresión, el artículo 6 de dicha Constitución, señalaba con precisión que: “La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público.”¹⁹²

La libertad de imprenta establecida en el artículo 7, cuyo contenido fue a nuestro juicio, un acierto para los derechos de autor, ya que disponía que es inviolable la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia. Asimismo, dicha constitución estableció que “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianzas a los autores o impresores, ni a coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena.”¹⁹³

Entre las características distintivas de dicho documento histórico, resalta la educación laica, la desincorporación de latifundios y la supresión de fueros,

¹⁹¹ Zarco, Francisco. *Historia del Congreso Constituyente (1856 – 1857)*, Estudio preliminar a cargo de Antonio Martínez Báez, Primera edición, México, El Colegio de México – F.C.E., 1956, p. 1348

¹⁹² *ibidem*. pp. 1345-1346.

¹⁹³ *Ídem*.

incluyendo el eclesiástico. Desde luego, el bando conservador se opuso a que la iglesia católica perdiera los privilegios sobre las tierras, dando origen a la guerra de Reforma. Recordemos que, durante la intervención estadounidense en 1847, el entonces presidente Valentín Gómez Farías, promulgó una ley en donde se obligaba al clero a enajenar sus tierras, dada la emergencia nacional por la intervención armada, en respuesta, algunos líderes conservadores se levantaron en armas en contra dicha determinación, conociéndose como la Rebelión de Polkos, en alusión a quien fuera el presidente de los Estados Unidos en aquella época, James Polk.

Después de 10 años de guerra civil e intervención francesa, la República se consolida bajo la presidencia de Benito Juárez García, por lo que la Constitución de 1857, tuvo vigencia en toda la República, hasta el 5 de febrero de 1917, fecha en que se promulgó el actual régimen constitucional.

Es importante señalar que durante el régimen del presidente Porfirio Díaz, la censura fue una constante, ya que las imprentas necesitaban contar con algún tipo de autorización federal o estatal, aunque existían imprentas clandestinas que no acataban la línea editorial oficial.¹⁹⁴

3.3.- Código civil de 1870.

Ordenamiento cuya entrada en vigor fue a partir del día 1 de marzo de 1871, el “Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California”, adoptó el sistema seguido en el código civil portugués, el cual contenía capítulos relativos a la propiedad literaria, de este modo, para Arsenio Farell Cubillas, autor pionero en la materia en México, apunta lo siguiente:

“Tanto las obras literarias como dramáticas y musicales y las artísticas se rigieron por las nuevas disposiciones del nuevo código mexicano contenidas en el capítulo

¹⁹⁴ Entre los desaciertos del régimen Porfiriano contra la libertad de prensa, se encuentran la famosa “Ley Mordaza”, la persecución del periódico “El hijo del Ahuizote” y el Partido Liberal Mexicano, fundado por Ricardo Flores Magón.

8o, del libro II, con el nombre “Del trabajo”; constaba de sendos capítulos para disposiciones preliminares, propiedad literaria, propiedad dramática, propiedad artística, reglas para declarar la falsificación, penas para la fabricación, y disposiciones generales.”¹⁹⁵

Por su parte, Eduardo de la Parra Trujillo menciona que, en el año de 1870, se expidió el primer código civil, el cual reguló las “propiedades literaria, dramática y artística”, asimilándolas a la propiedad común, imponiendo el registro obligatorio, y estableciendo como regla general, una duración perpetua de derecho.¹⁹⁶

3.4.- Código civil de 1884.

En el año de 1884, se expide el código civil el cual contribuyó a regular la obra colectiva y la obra en colaboración, asimismo, empleo los términos de propiedad literaria para designar las creaciones artísticas y literarias, tales como manuscritos y libros. El término de protección era toda la vida del autor y treinta años después de su muerte.¹⁹⁷

Dicho ordenamiento sigue la línea del Código Civil Francés, de corte positivista, y que ayudo a consolidar el régimen capitalista de la propiedad en México, de ahí que, al amparo del régimen Porfirista, se expidió la primera Ley de Marcas de Fábricas publicada en 1889; entre las primeras marcas que se registraron en México, resalta la de “Coca Cola”, (MR 4546, con fecha legal del 15 de junio de 1904, dentro de la clase bebidas y tónicos nutritivos y alimenticios).¹⁹⁸

¹⁹⁵ Farell Cubillas, Arsenio. *El sistema mexicano del derecho de autor*, Ignacio Vado Editor, México, 1966, pp. 19 y 22. Citado por Rangel Medina, David, *op. cit.* nota 47, p. 6

¹⁹⁶ De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 152.

¹⁹⁷ Otero Muñoz, Ignacio y Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *op. cit.*, nota 38, p. 99

¹⁹⁸ “En el Archivo General de la Nación se encuentra resguardada -dentro de la sección de Marcas y Patentes, Caja 1, Expediente 54- la más antigua patente de la que se tiene noticia en México. Se trata de la “Máquina para introducir aire en buques”, de Manuel Teodosio Guillamet, la cual fue otorgada en 1840 por la Oficina de Patentes y Marcas del Ministerio de Fomento.” Plataforma Iberoamericana de Propiedad Industrial Dirigida a Empresas. <http://www.cibepyme.com/minisites/mexico/es/comunicacion/Datos-Curiosos>

3.5.- Constitución de 1917.

En la sesión del 20 de noviembre de 1916, el dictamen de la comisión redactara sobre el artículo 7 constitucional, que garantiza la libertad de imprenta, fue puesto a debate por los constituyentes Félix F. Palavicini, Francisco Múgica, Rafael Martínez, entre otros legisladores. Al respecto, conviene contrastar brevemente los argumentos en pro y en contra del anteproyecto:

En su comparecencia, el periodista Rafael Martínez Gómez (Rip-Rip), señaló lo siguiente:

“El periodista hasta hoy no ha tenido garantías; no ha habido para el justicia; es el que abre brecha para los grandes movimientos evolutivos, es el que recibe los primeros golpes de los reaccionarios indignados y de los déspotas indignados y de los déspotas con poder y con esos golpes lo han encontrado siempre desprovistos de defensa.”¹⁹⁹

Asimismo, dicho diputado recuerda que los constituyentes de 1857, prescribieron que al periodista debía juzgársele por jurado popular, que era un procedimiento de eminentemente oral, y que, en 1883, siendo presidente de la república don Manuel González, se reformó dicho artículo acabando con el jurado popular y entregando el periodista a los jueces.²⁰⁰

Durante su intervención, el general Heriberto Jara, propuso una enmienda que consistía en que no podían ser decomisados los talleres de una imprenta, como cuerpo del delito, ni hacer extensiva la responsabilidad, en la persecución a un periódico, contra los obreros y voceadores.²⁰¹

¹⁹⁹ Palavicini, Félix F. *Historia de la Constitución de 1917*, México D.F., Sin Editor, Tomo Primero, 1938, p. 346.

²⁰⁰ *Ídem*.

²⁰¹ *Ibidem*, nota 199, p. 349.

El primer párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917, establecía lo que es del tenor literal siguiente:

“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 medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan 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.”²⁰²

Sin embargo, el texto original no previó si las facultades de legislar en materia de derecho de autor y propiedad industrial era de naturaleza federal, o bien, dicha facultad quedaba reservada a las legislaturas de los Estados. Por tal motivo, la Constitución ha sufrido diversos cambios a lo largo de los 103 años de existencia, en 1966 (DOF 13 de enero de 1966), se adicionó la fracción XXV del artículo 73, el cual regula las facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia de mercantil, comercio exterior, competencia económica y propiedad intelectual:

“XXV...

“Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma;”

El actual régimen Constitucional, ha sufrido diversas reformas, 231 hasta el año de 2018, de acuerdo con la información obtenida del sitio electrónico de la

²⁰² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura. En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf (El subrayado es nuestro)

Cámara de Diputados²⁰³, muchas de esas reformas obedecieron a genuinas necesidades del país, sin embargo, muchas otras reformas han sido para beneficiar a oscuros intereses económicos, en perjuicio de la población y del propio Estado.

El texto modificado el artículo 28 de la Constitución, contempla en su párrafo octavo que “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.”²⁰⁴

Como puede observarse, la redacción del citado numeral evoca la etapa de los “privilegios”, durante el periodo de la Ilustración, que obedecía a una lógica mercantil y con fines de censura, sin embargo, al igual que la constitución de 1857, los artículos 6 y 7 mantuvieron la premisa de la libertad de expresión, como un “garantía individual” del gobernado frente al poder público.

De manera paradójica, el entonces presidente Venustiano Carranza, artífice de la Constitución de 1917, ideó un sistema normativo para acallar a la prensa: La ley sobre delitos de imprenta, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de abril de 1917, reformado hasta el año de 2012, dónde se castigaba con la cárcel delitos como la difamación, el propagar noticias falsas, los ataques graves a la “moral” publica,, quedando a la fecha sólo arrestos de hasta once meses en contra de posibles perpetradores de los delitos de imprenta.

Una vez consolidado el actual régimen constitucional, se consideró necesario contar con un nuevo ordenamiento civil que satisficiera las necesidades del siglo XX. A pesar de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, se seguía aplicando

²⁰³ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura. En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

²⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (última reforma 08-05-2020) En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf

el código civil de 1884, razón por la cual el entonces presidente Plutarco Elías Calles, emitió un nuevo código adjetivo civil el cual reconoció al derecho de autor.

3.6.- Código civil de 1928.

El nombre completo de este ordenamiento fue el “Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal”, en cuyo título octavo (artículos 1183 a 1280), estableció a favor de los autores, privilegios temporales sobre la explotación de sus obras, para que la sociedad se pudiera beneficiar de la creación artística y científica.

Parafraseando al jurista mexicano Rafael Rojina Villegas, el Código vigente (1928), bajo el nombre de "derechos de autor", se 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, por lo que cambió el paradigma que existía en la legislación anterior y que fue sostenido por los códigos civiles de 1870 y 1884.²⁰⁵

Asimismo, para dicho civilista, a diferencia de “la propiedad intelectual” con la común, se puede definir de la siguiente forma:

“...la forma de privilegio temporal se manifiesta este derecho real, es decir, este poder jurídico para aprovecharse de un bien. En el caso consiste en un poder temporal para aprovecharse exclusivamente de los beneficios de una obra por su publicación, ejecución o traducción, sin que nadie pueda ejecutar tales actos. Este beneficio temporal, se limitó en el Código vigente, fijándose diferentes plazos, según la naturaleza de la obra. Se distingue para obras científicas e invenciones y se crea un “*privilegio*” de cincuenta años independientemente de la vida del autor, es decir, los herederos podrán disfrutar de ese privilegio durante el tiempo que falte al término de cincuenta años, si el autor muere antes de ese

²⁰⁵ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. *op. cit.*, nota 84, p. 179.

plazo; si éste sobrevive los cincuenta años, durante su vida se extinguirá el privilegio, ya no pasará a los herederos.”²⁰⁶

Es decir, el contenido normativo de la citada legislación civil, asimilaba el derecho de autor al derecho civil. A continuación, se enumeran los artículos más destacados de la misma:

a.- Reguló tanto derechos de autor como propiedad intelectual, b) Se estableció el registro de obras, como requisito de protección legal, dentro del término de tres años a partir de su publicación, y en caso de no hacerlo, la obra pasaba al dominio público, c) Se otorgaba un periodo de protección de 50 años a los autores de obras literarias y artísticas, a partir del registro y 30 años de explotación exclusiva sobre las mismas, d) Asimismo, estableció que las disposiciones del Código en materia de propiedad intelectual serían de carácter federal, e) Por último, contempló los derechos de los intérpretes, aunque de manera vaga e imprecisa.²⁰⁷

Otro de las notas distintivas de dicho Código, fue que poco tiempo después de su publicación en el DOF, el ejecutivo en turno expidió el “Decreto que establece la tarifa para el cobro de derechos de registro de obras artísticas, literarias y dramáticas”, que cobraba el entonces “Oficina de Registro de Propiedad Intelectual”, dependiente de la SEP, durante el gobierno del presidente Emilio Portes Gil.²⁰⁸

A la postre, las disposiciones del citado código resultaron obsoletas, por lo que se necesitaba un cuerpo normativo independiente de la legislación civil adjetiva, que regulara con mayor amplitud el derecho de autor, por lo que en voz de David Rangel Medina, “se consideró que no podía identificarse la propiedad intelectual con

²⁰⁶ *Ibidem.* nota 84, p. 180.

²⁰⁷ DOF 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Para un análisis detallado del contenido normativo del citado ordenamiento. *Vid.* Obón León, Ramón. *Los derechos de... cit.*, nota 105, pp. 31-34; Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.* nota 13, pp. 46-50, Loredó Hill, Adolfo. *op. cit.*, nota 15, pp. 23-32.

²⁰⁸ Secretaría de Educación Pública, *Reglamento para el reconocimiento de derechos exclusivos de autor, traductor o editor.* México Ediciones de la SEP, 1942

la propiedad común porque la idea tiene que publicarse o reproducirse para que entre la protección del derecho,” esto es, la fijación de la obra en cualquier soporte es requisito de protección.²⁰⁹

4.- Ordenamientos en materia de derechos de autor.

Por lo que respecta a la regulación administrativa de esta materia, durante el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas del Río (1934-1940), se publicó en el “El Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor o Editor”.²¹⁰

Dicho Reglamento tiene el mérito de ser el primer dispositivo de naturaleza administrativa que intentó regular al derecho de autor, sin embargo, el país se vio en la imperiosa necesidad de contar con una legislación federal en la materia. Sin embargo, en la Constitución de 1917, se omitió mencionar al derecho de autor, dentro de las facultades del Congreso, por lo que algunas posturas civilistas, señalaron que la facultad de legislar en propiedad intelectual, se reservaba a los Estados.

Desde luego, al término de la segunda guerra Mundial, México comenzó a recibir inversión extranjera de Estados Unidos y de Europa, era imperante contar con un marco jurídico del derecho intelectual en general, y del derecho de autor en particular.

A continuación, se analizarán las siguientes leyes en materia de derechos de autor:

4.1.- Ley federal sobre el derecho de autor de 1948.

Publicada el día 14 de enero de 1948²¹¹, es el primer cuerpo normativo en México, que regula de manera particular nuestra disciplina de estudio. Dicha Ley, derogó los artículos relativos del Código Civil de 1928.

²⁰⁹ Rangel Medina, David. *op. cit.*, nota 49, p. 6

²¹⁰ DOF 17 de octubre de 1939.

²¹¹ DOF 14 de enero de 1948, en: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=330040

Puede decirse que el propósito de esta Ley, fue para adecuar la legislación al texto de la denominada “Convención interamericana sobre derechos de autor en obras literarias, científicas y artísticas” (“Convención de Washington”), cuyo origen directo fue la Conferencia Interamericana de Expertos para la Protección de los Derechos de Autor (Unión Panamericana), celebrada en la ciudad de Washington, D.C., del 1 al 22 de junio de 1946.²¹²

Como dato histórico relevante, en 1945 se creó la UNESCO, cuyo fundador y primer director fue el poeta y diplomático mexicano Jaime Torres Bodet ²¹³, quien además ocupó los cargos de secretario de Estado en Relaciones Exteriores y de Educación Pública, durante el sexenio de Miguel Alemán Valdés (1946-1952), ex presidente que también expidió la primera ley federal de cinematografía.²¹⁴

Dicha Ley tenía la siguiente estructura normativa: **Capítulo I.-** Disponía que el derecho de autor durará la vida del autor y veinte años después de su muerte (artículo 8º); Se imponía la obligación de mencionar que en toda publicación de obra, se debía de mencionar la palabra derechos reservados o su abreviatura D.R., después del nombre y domicilio del titular; Se permitía que el editor o reproductor de una obra en el dominio público, podían solicitar el derecho exclusivo de edición o reproducción sobre la misma por un periodo de dos años (Artículo 26); Establecía la facultad de cualquier persona de solicitar la intervención de la Secretaría de Educación Pública, la declaración de utilidad pública de una obra literaria, artística,

²¹² Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas. En: http://sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/cd8a1ec5-17f4-4370-b535-9d080d6fbfe1/decreto1947_1.pdf

²¹³ A modo de memorias, en su obra “El desierto internacional”, Jaime Torres Bodet narra sus experiencias al frente de la UNESCO, organismo internacional del que fue fundador, durante un periodo difícil para la humanidad que fue el fin de la segunda guerra mundial y el comienzo de la guerra fría. Este libro resulta fundamental para entender cómo nace el derecho a la cultura en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948: “Proteger los derechos de los creadores era, para la UNESCO, un deber no menos imperioso que el de proteger la herencia estética y científica del pasado. De ahí que nuestra Organización hubiese sostenido, ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la inserción -en la Declaración Universal- del segundo párrafo del artículo 27, el cual proclama que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.” Torres Bodet, Jaime. *Memorias, el desierto internacional*, México, Editorial Porrúa, 1971, p. 328

²¹⁴ DOF. 31 de diciembre de 1949.

científica o didáctica, que fuere necesaria para el mejoramiento de la ciencia, la cultura o de la educación nacional, si no existieren ejemplares de la misma en la República Mexicana, o bien, su precio fuere tan alto que impida su utilización en detrimento de la cultura (artículos 30 a 35); **Capítulo II.-** Establecía las características que debían de observar el contrato de edición de obras literarias y musicales (Artículos 37 a 65), de igual modo, establecía la obligación de editores de libros, revistas, discos fonográficos y películas cinematográficas de presentar para su registro ante el Departamento del Derecho de Autor (artículo 62); **Capítulo III.-** Dedicado a establecer las bases y funcionamiento de las sociedades de autores, hoy conocidas como sociedades de gestión colectiva de derechos, entre cuyas finalidades se encontraban la unión de autores de obras literarias, científicas y artísticas, para la defensa de sus intereses y el desarrollo de la cultura nacional, mantener la producción intelectual en un plano de moralidad y decoro (sic), cuidar del mejoramiento del derecho de autor en México y en el extranjero, representar a las sociedades extranjeras en México, entre otras facultades y obligaciones de las mismas (artículos 69 a 94); **Capítulo IV.-** Del Departamento del Derecho de Autor y del Registro. Establecía las facultades de dicha dependencia, quien además sería la encargada de aplicar e interpretar la citada Ley, así como llevar el registro de obras literarias y artísticas, los convenios y contratos por lo que se transmitieran o cederían derechos de autor, y todo lo relacionado con las sociedades de autor (artículos 95 a 134).²¹⁵

Desde luego, este ordenamiento permitió a las industrias editorial, cinematográfica y fonográfica consolidarse en el mercado internacional de bienes culturales. En el caso del cine, se sabe que en la llamada “época de oro” del cine producido en México, dejó de ser una actividad casi artesanal, para consolidarse como una verdadera industria. Tan sólo en el año de 1948 -fecha de publicación de la primera Ley- el número de películas producidas en México, aumentó de 53 títulos en 1947 a 70 títulos en 1948.²¹⁶

²¹⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *op. cit.*, nota 211.

²¹⁶ Cfr. Heuer, Federico. *La industria cinematográfica mexicana*, México, edición del autor, 1964, p. 17

Otras de las notas distintivas del citado ordenamiento, fue el establecimiento de restricciones o límites al derecho de autor en los siguientes casos: “El empleo incidental e inevitable de una obra protegida; la publicación en fotografías y en películas de obras de arte o de arquitectura que sean visibles desde lugares públicos y las publicaciones, traducciones o reproducciones de breves fragmentos de obras científicas, literarias o artísticas, cuando se hagan con fines didácticos o científicos, siempre que se indique, de manera inconfundible, la fuente de donde se hubieran tornado y que los textos reproducidos no sean alterados.”²¹⁷

Por último, dicho ordenamiento establecía una temporalidad de toda la vida del autor, más 20 años después de su muerte.

4.2.- Ley federal del derecho de autor de 1956.

La cual intentó corregir las lagunas de la anterior Ley; contaba con 151 artículos. Entre las características más sobresalientes de dicho ordenamiento resaltan las siguientes: a.- La vigencia de protección era toda la vida del autor, más veinticinco años a partir de su muerte. b.- Si el autor no dejaba herederos, la obra pasaría al dominio público. c.- En el caso de las obras realizadas a favor de la federación y los municipios, se les concedía una protección de 30 años, contados desde la primera publicación. d.- Se otorgaba una licencia no exclusiva, a los residentes de México o del extranjero para la traducción de una obra en el territorio de la República. e.- Se reconocen derechos limitados sobre las emisiones de radio y televisión (hoy conocidos como organismos de radiodifusión). f.- En materia contractual, se estableció la obligación de las empresas de fonogramas, de otorgar a favor de los autores, regalías por cada ejemplar vendido de la obra. g.- Se actualizaron y modernizaron las normas relativas a las sociedades de autores para su funcionamiento.²¹⁸

Siguiendo a Serrano Migallón, dicha ley estableció además la disposición de que las personas morales no podían ser titulares del derecho de autor, sino como

²¹⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 84, p. 181

²¹⁸ *Cfr.* Loredó Hill, Adolfo. *op. cit.*, nota 15, p. 44; Obón León, Ramón. *Los derechos de autor...cit.*, nota 105, p.35

causahabientes derivados del derecho de una persona física, distinción muy importante porque marca una diferencia tajante con el *copyright*, asimismo, en dicha legislación se estableció la figura del dominio público pagante, el cual consistía en el pago del dos por ciento del ingreso total de una obra, a favor de la Sociedad General Mexicana de Autores (hoy sociedades de gestión colectiva), otorgando facultades a la SEP, para que vigilará el destino de los recursos.²¹⁹

4.3.- Reformas y adiciones a la ley federal del derecho de autor de 1956, publicadas en 1963.

El 14 de diciembre de 1961, el entonces presidente Adolfo López Mateos, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa que reforma y adiciona la Ley de 1956. La iniciativa se convierte en la denominada “Ley Federal de Derechos de Autor, del 4 de noviembre de 1963”, publicada en el DOF, el día 21 de diciembre de ese año.²²⁰

Entre los artículos más sobresalientes de este ordenamiento, a continuación, se mencionan los siguientes: a.- En el artículo 1º, se establece la jerarquía constitucional, al señalar que la citada ley es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución. b.- Se establece con mayor claridad el denominado derecho moral de autor, para reconocer la facultad de paternidad, integridad de la obra y el uso exclusivo de la misma, ya sea a través de la edición y exhibición (artículos 2 y 5), c.- Estableció la preferencia de los derechos de autor, por encima de los derechos de los intérpretes y de los derechos de los productores de fonogramas, por lo que, en caso de duda, se estaría a favor del autor (artículo 6). d.- Otro avance que impactó en la libertad de expresión, fue que la autoridad (SEP), no podía negar el registro de una obra artística o literaria, por considerar a ésta contraria a la moral o a las “buenas costumbres”, aclarando el artículo 19 que en caso de que la obra contraviniera disposiciones del código penal vigente en aquél entonces, o bien las disposiciones contenidas en la “Convención para la Represión del Tráfico y

²¹⁹ Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.*, nota 13, pp. 46-50; Loredó Hill, Adolfo. *op. cit.*, nota 15, p. 55.

²²⁰ Para los tratadistas Fernando Serrano Migallón y Ramón Obón León, debe de considerarse como una Ley y no como una reforma. *Cfr.* Obón León, Ramón. *Los derechos de autor...cit.*, nota 105, p. 37; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, p. 137

Circulación de Publicaciones Obscenas”), entonces se daría vista al Ministerio Público para que actuare de conformidad (artículo 19). e.- Se aumentó el término de protección del derecho de autor, toda su vida, más setenta y cinco años contados a partir de su muerte.

Respecto de los límites o restricciones al derecho de autor, el capítulo IV, contemplaba diez artículos (62-71), por lo que a continuación, se transcriben íntegramente, el contenido de los primeros dos artículos:

“Artículo 62. Es utilidad pública la publicación de las obras literarias, científicas, filosóficas, didácticas y en general de toda obra intelectual o artística, necesarias o convenientes para el adelanto, difusión o mejoramiento de la ciencia, de la cultura o de la educación nacional. El ejecutivo federal podrá de oficio o solicitud de parte declarar la limitación del derecho de autor, para el efecto de permitir que se haga la publicación de las obras a que se refiere el párrafo anterior, en cualquiera de los casos siguientes:

I.- Cuando no haya ejemplares de ellas en la capital de la República y en tres de las principales ciudades del país, durante un año, y la obra no se encuentre en proceso de impresión o encuadernación, y

II. Cuando se vendan, a un precio tal que impida su utilización general, en detrimento de la cultura o la enseñanza. En todo caso, se estará a lo dispuesto por en la fracción V del artículo siguiente.”²²¹

El citado precepto, indica como causa de utilidad pública, el hecho de que una obra no se encuentre disponible en el territorio, que por su importancia o trascendencia sea necesaria para la educación, progreso o cultura nacional. Esta disposición era acorde con los intereses de la época, donde el poder público podía

²²¹ *Ley federal de derechos de autor*. 3ª edición, Ediciones Delma, México, 1995, pp. 19-20

declarar que una obra fuera de utilidad pública, lo que obligaba al autor o titular de la misma a otorgar licencias forzosas si el Estado se lo requería.

Recordemos que, a mediados del siglo XX, no existía como hoy en día, una amplia cultura en torno al derecho de autor, la creencia en “la propiedad intelectual”, fue desarrollándose paulatinamente en el país, a la par del desarrollo tecnológico de los medios de comunicación, incluidos cine y televisión, en el caso de la TV, pasó de una primera etapa experimental, a una poderosa industria, que transformó la vida cultura del país y la mentalidad de los mexicanos.

A su vez, el artículo 63 contenía un procedimiento de naturaleza administrativa, en dónde la Secretaría de Educación Pública tramitará un expediente que se integrará con los siguientes cinco elementos:

- I. “Dictamen oficial respecto a que la obra es conveniente para el adelanto, difusión o mejoramiento de la cultura nacional;
- II. Constancia indubitable de que la obra de que se trata no ha estado a la venta, desde un año atrás en las principales librerías de la capital y en tres de las principales ciudades del país;
- III. Constancia de haberse publicado en la Diario Oficial de la Federación, y en el Boletín del Derecho de Autor, los datos principales de la solicitud de limitación del derecho o de la resolución de la Secretaría declarándola de oficio, así como de habersele notificado al titular del derecho de autor, concediéndole un plazo de veinte días, si reside en la República, o de treinta si reside en el extranjero, para que exponga lo que a sus intereses convenga, y aporte las pruebas de su intención;
- IV. Certificado de depósito de institución nacional de crédito autorizada, equivalente al diez por ciento del valor de venta al público de la edición total, a favor de la Secretaría de Educación Pública y a disposición del autor.
- V. Constancia del resultado del concurso a que se deberá convocar en requerimiento del precio más bajo y mejores condiciones para la

edición, cuando la limitación del derecho se declare de oficio, o cuando tenga por causa la fracción II del artículo anterior.

Si el concurso resultare desierto, la Secretaría podrá editar la obra, constituyendo el depósito a que se refiere la fracción IV anterior a favor del titular del derecho de autor, y

- VI. Declaratoria de limitación del derecho de autor, cuando se trate de obras que por su naturaleza no admitan ser publicadas por medio de la imprenta, se normará el procedimiento conforme a lo establecido en el presente capítulo en lo que sea aplicable, de tal manera que previa audiencia, queden garantizados los derechos del autor y los intereses de la colectividad.”²²²

Como puede apreciarse, el poder ejecutivo por conducto de la SEP, tenía la facultad para declarar de utilidad pública, la publicación de cualquier obra que, a su juicio, fuera de trascendencia para el desarrollo de las artes o ciencias. El artículo 62 en estudio, permitía que el un particular iniciara el procedimiento administrativo de limitación de derecho de autor.

Desde luego, dichos numerales no contemplaban los principios establecidos en el Convenio de Berna, bajo la denominada fórmula de los tres pasos o triple test, la cual será analizada con mayor detenimiento en los puntos subsecuentes de la presente investigación.

4.3.1.- Los derechos conexos.

En el ámbito de los derechos conexos o vecinos, las reformas de 1963 contemplaron el trabajo intelectual de los denominados “derechos de los artistas e intérpretes”, y fue para armonizar la legislación al texto de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.²²³

²²² *Ibidem*, nota 221, pp. 20-21

²²³ La Convención de Roma (26 de octubre de 1961) asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión. La OMPI se encarga de administrar la Convención de

Los orígenes del derecho conexo se remontan al teatro griego, donde la palabra persona denota la máscara que cubría el rostro de los actores al desempeñar su papel en el teatro, sobre todo en la tragedia.

Para Friedrich Nietzsche, el teatro griego surge de la lucha entre lo Apolíneo –del Dios Apolo- quién simboliza la reflexión, el análisis y la contemplación estética, y lo Dionisiaco – de Dionisio – que representa la actividad creadora y al mismo tiempo destructiva, es decir, la parte instintiva e irracional del ser humano, de esta ambivalencia nace la tragedia, como producción cultural del autor como persona física.²²⁴

Recordemos que Nietzsche retoma el mito de Edipo, cuya autoría se le atribuye a Sófocles, para ilustrar la trayectoria trágica de Edipo, quién a pesar de las advertencias del Oráculo de Apolo, en su huida a la ciudad de Tebas, comete parricidio e incesto, guiado por la ira y la soberbia de quien se sabe Príncipe.

Como bien apunta Eduardo Nicol, en el caso de las creaciones del actor de teatro, “las de la razón humana requieren de una caracterización, un indumento. Sin esto no hay creación dramática. Y que la razón es activa lo vio incluso el propio Aristóteles, el cual llama *nous poietikós* al entendimiento superior del hombre. Y es que los griegos, muy significativamente, empleaban la misma palabra para designar la acción creadora y la creación poética. Poeta era el productor, el hacedor, el autor en general. Y así la razón poética, como la llama Aristóteles, o sea la especulativa, resulta que es la razón práctica.”²²⁵

Roma conjuntamente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)”, publicada en el DOF, el 27 de mayo de 1964.

²²⁴ Nietzsche, Federico. *El origen de la tragedia*. Trad. Eduardo Ovejero Mauri, Madrid, 10ª edición, Espasa Calpe, S.A., Austral, Ciencias y humanidades, 2007.

²²⁵ Nicol, Eduardo. *La vocación humana*. El Colegio de México, 1953, p. 50

A finales del siglo XIX y principios del XX, la tecnología permitió el registro de sonidos e imágenes, los inventos de Tomás Alva Edison, primero el fonógrafo y más tarde el cinematoscopio, ejerciendo un monopolio sobre dichas creaciones, desplazaron el trabajo de músicos a actores, transformando el propio derecho de autor. A modo de ejemplo, en la película “El artista”²²⁶ del director Michel Hazanavicius, narra con perfección el drama de los actores durante el salto del cine silente o mudo al cine sonoro, actores como Buster Keaton, Gloria Swanson se vieron privados de su trabajo en la industria cinematográfica de Hollywood.

Para Ramón Obón León, la evolución de esta figura del derecho de autor tiene sus orígenes en el derecho laboral, la cual ha ido evolucionando en las diversas legislaciones europeas y americanas para reconocer la figura del actor, intérprete y ejecutante, y más adelante la figura del sujeto derivado o como editores de libros y productores de fonogramas.

En voz del citado tratadista, “es evidente pues, que las condiciones de trabajo de los artistas e intérpretes se vieran dañadas y, por ende, las relaciones contractuales con los empleadores o usuarios de esas interpretaciones. Surgía entonces la problemática de cómo encarar esa nueva situación y bajo que marco encuadrarla.”²²⁷

De esta forma, nace un derecho nuevo resultado de la dialéctica de la reproducción mecánica de soportes materiales – o *corpus mechanicum*- como lo denominan los teóricos clásicos del derecho de autor. Dicho fenómeno, tuvo profundas repercusiones en la sociedad y política durante la primera mitad del siglo XX, que a la larga transformó los sistemas de derechos de autor y *copyright*.

²²⁶ Ficha Técnica: Título original “*The artist*”, Dir. Michel Hazanavicius, guion: Michel Hazanavicius, Fotografía B/N: Guillaume Schiffman, música: Ludovic Bource, Intérpretes: Jean Dujardin, Bérénice Bejo, John Goodman, James Cromwell, Productor: Studio 37, La Petite Reine & France 3 Cinéma, B/N & Color, Países: Francia, Bélgica y Estados Unidos de América. 2011.

²²⁷ Obón León, Ramón. *Derecho de los artistas, intérpretes, actores, cantantes y músicos ejecutantes*. México, 3ª edición, Editorial Trillas, 1996. p. 38

Comenzó así una nueva lucha por reconocer derechos a este tipo de trabajadores intelectuales, quienes, sin ser autores en términos jurídicos, su trabajo como músicos ejecutantes, declamadores, actores de teatro y cine, lograban personificar obras escénicas o ejecutar las melodías musicales, por lo que era necesario dotarlos de un derecho conexo. De igual forma, ese mismo tratamiento se les otorgó a los titulares derivados de derechos patrimoniales de autor, es decir, a los organismos de radiodifusión, productores de fonogramas, también denominadas “industrias culturales”, que cómo ya se mencionó son las empresas que producen contenido cultural y de entretenimiento.

Respecto de las características que posee el derecho conexo, Serrano Migallón señala que éste se funda en la protección que el Estado brinda a quienes interpretan o ejecutan obras del ingenio humano u obras generadoras de derechos autorales, así como proteger a los industriales que realizan un esfuerzo para poner a disposición del público, cantidades masivas de ejemplares o de audiciones y difusiones de obras, a favor de los productores, por el esfuerzo e inversión económica de comercializar las obras por ellas producidas.²²⁸

Dicha postura, revela el interés de proteger más el soporte material de las obras que al propio autor, ya que, mediante una ficción legal, se considera al titular derivado tales como sujeto de protección del derecho conexo o vecino, tales como editores de libros, productores de fonogramas y videogramas, organismos de radiodifusión, quienes a la postre resultan ser los dueños del resultado creativo, es decir, se pondera más el aspecto mercantil del derecho conexo.

Recordemos que el artículo 131 bis, de la LFDA dispone que “los productores de fonogramas tienen el derecho a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.” Lo que significa una protección adicional o acumulada al derecho de autor, ya que la persona física

²²⁸ Cfr. Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.*, nota 13, p. 82.

que participó en una obra audiovisual (guionista, director, fotógrafo, músico), cedió en forma exclusiva al productor de la obra, las facultades patrimoniales.²²⁹

A su vez, de la Parra menciona que, en el año de 1967, México suscribió el Convenio de Berna, por lo que el país tuvo que actualizar su legislación, a fin de garantizar los principios emanados de dicho tratado.²³⁰

4.3.2.- Derecho laboral y derechos conexos.

En el caso de los artistas e intérpretes, su trabajo se encontraba regulado por la legislación laboral, por lo que no es aventurado afirmar que el derecho de autor en general y el derecho conexo en particular, mantiene una estrecha relación con el derecho laboral o derecho del trabajo. Para algunos tratadistas en la materia, el derecho de autor puede ser visto desde una óptica de derecho social, por lo tanto, tiende a proteger la figura del autor persona física como trabajador intelectual.

Para Arsenio Farell Cubillas, citado por Eduardo de la Parra, considera al derecho autoral como derecho social, posición que justifica invocando la exposición de motivos de la ley de derechos de autor de 1947, en la cual, el legislador señaló que la “evolución del derecho de autor acusa un marcado paralelismo con el derecho obrero”; indicando que se protege al autor por ser económicamente débil.²³¹

De ahí que la legislación laboral en México establece normas de protección social a los trabajadores actores y músicos, mismas que se encuentran diseminadas en la actual LFT²³², de manera particular en los artículos 163, y en el capítulo XI (Trabajadores actores y músicos), artículos 304 a 310.

²²⁹ *Vid supra*: “El sistema de restricciones al derecho patrimonial en la LFDA” (4.5.) y capítulo IV, punto 6.- Contenido del derecho de autor.

²³⁰ *Cfr.* De La Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p. 158

²³¹ *Ibidem*, nota 10, p. 370.

²³² Última reforma DOF: 04-06-2019

En virtud de la trascendencia de las reformas a la ley laboral, a partir del gobierno de la denominada “cuarta transformación”, nos detendremos a estudiar el capítulo V, artículo 163 de reciente creación y que regula con mayor amplitud, las creaciones de los trabajadores intelectuales del antiguo artículo 175 bis (hoy derogado), de la siguiente forma:

“Artículo 163.- La atribución de los derechos al nombre y a la propiedad y explotación de las invenciones realizadas en la empresa, se regirá por las normas siguientes:

I. El inventor tendrá derecho a que su nombre figure como autor de la invención;

II. Cuando el trabajador se dedique a trabajos de investigación o de perfeccionamiento de los procedimientos utilizados en la empresa, por cuenta de ésta la propiedad de la invención y el derecho a la explotación de la patente corresponderán al patrón. El inventor, independientemente del salario que hubiese percibido, tendrá derecho a una compensación complementaria, que se fijará por convenio de las partes o por el Tribunal cuando la importancia de la invención y los beneficios que puedan reportar al patrón no guarden proporción con el salario percibido por el inventor, y

III. En cualquier otro caso, la propiedad de la invención corresponderá a la persona o personas que la realizaron, pero el patrón tendrá un derecho preferente, en igualdad de circunstancias, al uso exclusivo o a la adquisición de la invención y de las correspondientes patentes.”

Al respecto, conviene señalar que antes de la regulación jurídica de las sociedades de autores (hoy sociedades de gestión colectiva), los Sindicatos (personas morales de naturaleza laboral), además de la defensa de sus agremiados en contra de productores y empresarios, cobraban regalías por comunicación

pública de obras literarias y artísticas. Como actualmente sucede con el sindicato de escritores de cine y televisión estadounidense denominada “*Writers Guild of America* (WGA por sus siglas en inglés)”, persona moral que cobra derechos residuales (también denominados “*residuals*”) que en la especie son regalías para sus agremiados, por las ventas que realizan las casas productoras estadounidenses agrupadas en la famosa “*Motion Pictures Association of America*” (MPAA por sus siglas en inglés).

En el capítulo IV, se retomará el tema de la gestión colectiva de los derechos denominados como regalías, una modalidad del derecho de simple remuneración.

En el caso del cine en México, a la par de las Sociedades autorales (hoy sociedades de gestión colectiva), los Sindicatos han realizado una labor de defensa de los derechos de los autores cinematográficos, otorgándoles una protección acumulada mediante la firma de Contratos Colectivos de Trabajo. Tal es el caso del Sindicato de Trabajadores de la Producción Cinematográfica de la República Mexicana (también denominado STPC), el cual está estructurado en cinco secciones: a.- Asociación Nacional de Actores (ANDA), b.- Sección de Autores y Adaptadores Cinematográficos, c.- Sección de Directores, d.- Sección de Técnicos y Manuales del STPC de la RM, e.- Sección de Filarmónicos.²³³

Aunado a la anterior organización gremial, existen el Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica (STIC) y el Sindicato Industrial de Trabajadores y Artistas de Televisión y Radio (SITATYR), sin embargo, ante el cambio de paradigma que representó el liberalismo económico a partir del TLCAN, dichos Sindicatos han perdido la fuerza y el prestigio que gozaban hasta hace 20 años, las luchas internas, la nula política Sindical del Estado, de alguna forma

²³³ “El contrato colectivo, es un instrumento jurídico de orden laboral, el cual se ha venido pactando desde 1945, cuando se fundó la confederación del STPC, el cual surgió como una lucha intergremial encabezada por Jorge Negrete, Cantinflas, Gabriel Figueroa, Emilio “El Indio” Fernández, entre otros.” Fernández Violante, Marcela. “El escritor de cine en México, de acuerdo con la legislación autoral y laboral.” *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, nueva época., Año III, Número 7, enero – marzo de 2003. p. 29

minaron a los Sindicatos, por lo que han sido desplazadas por las Sociedades de Gestión Colectiva.

Recordemos que los derechos laborales, son derechos sociales, están contemplados en la Constitución, los cuales generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de realización. Tal es el caso del derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto, sino que estas obligaciones de tutela, se amplían a los derechos individuales de cada trabajador, por ejemplo, el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho de vacaciones.²³⁴

El artículo 98, Fracción II, Párrafos 3º y 4º de las citadas reformas a la Ley (1963), preveía la facultad de las Sociedades de gestión colectiva, de cobrar todo el cine extranjero en la taquilla, sin tener que contar con la representación respectiva y estar sujeto a reciprocidad.²³⁵

En comparación con la Ley de 1956, que establecía una tarifa inicial que incluía el pago de cine por T.V., o procedimientos similares, dicha disposición fue derogada en las reformas de 1963; es decir, se canceló el “Capítulo de Cine” contemplado en las disposiciones de la Ley de 1956.

En este ejercicio de memoria resulta importante señalar que las obras de los autores de cine han originado los espectaculares y millonarios negocios de los exhibidores y distribuidores en el mundo entero. Conviene reflexionar cómo viven los autores y creadores en comparación con dichos empresarios de los grandes

²³⁴ Cfr. Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. España, Coedición Editorial Trotta – IJ – UNAM, 2008. p. 13

²³⁵ “Artículo 98. Son atribuciones de las sociedades de autores: II. Recaudar y entregar a sus socios, así como a los autores extranjeros de su rama, las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor que el correspondan. Recaudar en el país, y sin que sea preciso tener representación alguna, los derechos que se generen por la utilización pública en cualquier forma de las obras de autores extranjeros, quedando supeditada la entrega de dichas recaudaciones a los autores extranjeros o a las asociaciones que los representen en su caso, con base al principio de reciprocidad.”

consorcios creados sobre las obras de aquéllos, y que son patrimonio cultural de la humanidad.

Todos los escritores y, desde luego, todos los mexicanos sabemos que tres mil kilómetros de frontera con los Estados Unidos, nos obligan a cargar sobre nuestras espaldas un gigante despiadado que no tiene amigos, sólo intereses, el cual gravita en la casi totalidad de nuestras salas de cine, lo que genera una desigual lucha para la supervivencia de la cinematografía mexicana.

La LFDA, se ajustó a los requerimientos del TLCAN; en aquel entonces, hubo una extraña prisa por aprobar las modificaciones a la Ley, como si, al parecer, los intereses de los grandes consorcios de Hollywood estuvieran presionando para mutilar la creatividad y el talento de los creadores mexicanos, los que no por obvios y abundantes, estuvieran menos necesitados de la tutela de una legislación efectiva, para evitar los abusos de los cesionarios y titulares derivados, frente a los creadores y artistas, es decir, que equilibrara ambas posturas.

4.4.- Ley Federal del Derecho de Autor de 1996.

Durante la administración del presidente Ernesto Zedillo (1994-2000), el país había adquirido diversos compromisos adoptados por el país a partir de la entrada en vigor del TLCAN, y más adelante los TRIPS, la ya reformada ley de 1963, requería de un nuevo andamiaje jurídico para armonizarla a capítulo XVII del TLCAN.

Se perdió el espíritu de las anteriores legislaciones, en torno a la figura del autor persona física, si bien, en la actual legislación se reconocen los derechos morales, por excepción se permite considerarse a las personas morales como titulares originarias de los programas computo o *software*.²³⁶

Otro “logro” de la actual Ley, es la inclusión de la figura de “la obra por encargo” figura contractual del *common law* (o “*work made for hire*”) ajena a la

²³⁶ Artículo 103 LFDA. “Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste.”

tradición jurídica europea continental, la cual supone una relación laboral entre la persona que comisiona la obra o productor y el autor de la misma.²³⁷

Como bien señala el especialista Luis Schmidt, al analizar las clases de obras señaladas en el artículo 4o de la actual Ley: “La LFDA está plagada de errores técnicos y de lenguaje. Sus alcances son muchas veces difusos y su protección ambigua. En ocasiones pretende innovar cayendo en enredos y en otras se cuelga mal de Tratados Internacionales o de la ley de otros países.”²³⁸

En sentido contrario, los especialistas Mauricio Jalife y José Luis Caballero, en sus comentarios a la LFDA, señalan que si bien el contenido de dicha Ley fue para adecuar las necesidades de los productores de las industrias creativas (tales como Cine y T.V.), no todo el contenido de la LFDA es negativo, resaltan aspectos positivos como la redacción del artículo 11 de la Ley, relativo a los derechos morales y la inclusión de diversas figuras contractuales tales como el contrato de edición de obra literaria. Sin embargo, su crítica es demoledora en torno a la redacción de los artículos 33 (el término de transmisión de derechos patrimoniales); 40 relativo a la remuneración compensatoria de titulares de derechos de autor y conexos; así como la inclusión de la figura de la obra por encargo, institución de origen estadounidense (copyright), y por lo tanto extraña a nuestro sistema de derecho de autor.²³⁹

Recordemos las certeras -e incluso viscerales- críticas de Ernesto Gutiérrez y González, quien llegó a calificar a los legisladores redactores de la LFDA como ignorantes y “enfermos mentales”²⁴⁰ en el caso de la figura de las “sociedades de gestión colectiva”, por su desconocimiento de las instituciones jurídicas de derecho

²³⁷ Al respecto, otros autores como el multicitado Fernando Serrano Migallón, señalan que la obra por encargo es obra futura, sin que exista entre el comitente y el comisionado una relación de subordinación o de empleo, por lo que no pueden considerarse como una relación laboral en términos de la LFT, situación que en la práctica se ha vuelto una constante por parte de las denominadas industrias culturales para evadir su responsabilidad obrero – patronal con los trabajadores intelectuales, por lo que no compartimos esa definición. Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.* nota 13, pp. 597-598.

²³⁸ Schmidt Ruiz del Moral, Luis, “Artículo 4º”, en Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *Cord. Ley Federal del Derecho de Autor, Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*. México, Porrúa – AMPPI, 2017, p. 20

²³⁹ Cfr. Jalife Daher, Mauricio y Caballero Leal, José Luis, *Legislación de derechos de autor*, México, 17ª edición, Editorial Sista, 2009, pp. I-IX

²⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 86, pp. 768-769

civil, siendo que la mayoría de los diputados de aquella célebre legislatura, eran personas con un total desconocimiento del derecho común, y por lo tanto, ajenas al arte de legislar; se llegó al absurdo de otorgar un carácter mercantil a la Ley, sin embargo, con el paso del tiempo, creemos que no fue por desconocimiento, sino con el claro objetivo de incorporar el *copyright* en la LFDA.

Para el citado civilista, existen los siguientes vicios en la legislación actual:

“I.- Prueba de la Inconstitucionalidad de la Ley, II.- Aberración del legislador de 1996, al pretender que la materia del Derecho de autor sea mercantil, y posibles razones para que se haya establecido tal aberración. III.- Crítica a diversas y aberrantes normas incluidas en el texto de la nueva Ley.”²⁴¹

En nuestra opinión, estamos convencidos de que los razonamientos del citado jurista, son válidos si se toma en consideración que la LFDA, fue el resultado de un madrugete legislativo, antes de que el Partido Revolucionario Institucional, perdiera mayoría en las cámaras de diputados y senadores

Bajo nuestra perspectiva, los legisladores de aquel tiempo, en su afán por alinearse con los diversos intereses comerciales que el país ha adquirido desde la entrada en vigor del TLCAN, crearon un Frankenstein legislativo, de ahí la patente injerencia del sistema de *copyright* en la LFDA, y la derrota normativa de la misma ante el fenómeno del *must carry & must offer*, tal y como se verá en el capítulo IV, al analizar si puede considerarse o no, como una excepción al contenido patrimonial de los organismos de radiodifusión.²⁴²

²⁴¹ *Ibidem*, nota 86, p. 740

²⁴² Puede definirse como la obligatoriedad de los operadores de televisión por cable y satélite de retransmitir las señales de televisión abierta. “El término *must carry* fue acuñado en Estados Unidos, era aplicable sólo a la industria de la televisión por cable, su origen como figura jurídica en el derecho estadounidense se encuentra, en primer término, en la Ley de Televisión por Cable, Competencia, y Protección al consumidor, emitida por el Congreso de los Estados Unidos, en el año de 1991, y en segundo en el caso 512.US.622(1994), *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission*”. *Vid.* Sánchez Fernández, Ernesto. “Must carry & must offer versus copyright”, *El búho, Gaceta electrónica de la Facultad de Derecho de la UNAM*, No. 9, 3 de abril de 2014. https://issuu.com/derechoded/docs/el_buho_no_9/28

Recordemos que, en el año de 1998, en la experiencia jurídico-cultural del *copyright* estadounidense, el congreso de aquel país expidió la “*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*”, que puede considerarse como un obsequio para “la industria cultural”, esto es, en favor de los poderosos intereses de los titulares derivados, léase monopolios de la comunicación (cine, radio y televisión).²⁴³

En el caso de nuestro país, bajo la premisa de que el pago de impuestos sobre las creaciones artísticas, era una injusticia, diversos académicos, escritores e intelectuales, junto con la SOGEM, promovieron sendos amparos en contra de la legislación fiscal, que gravaban los ingresos de los autores, algunas voces se pronunciaron en el sentido de aumentar los plazos de protección a cambio del pago de impuestos.

Años después y bajo ese argumento, intelectuales, grupos de la denominada sociedad civil, junto con SOGEM, SACM, SOMEDIRE, quizás guiados por la “mano invisible” de los dueños de las industrias culturales, realizaron acciones de cabildeo ante el Congreso de la Unión, a fin de aumentar los plazos de protección a la LFDA, de 75 a 100 años, siendo el país en el mundo que mayor extensión otorga, situación que sólo ha beneficiado a un grupo de autores y titulares de obras musicales y audiovisuales. Dicha acción perjudicó no sólo a los autores, ya que ellos mismos se “ponían la soga al cuello”, al permitir y consentir el despojo contractual de sus facultades patrimoniales a perpetuidad o 100 años por parte de productores, sino que también nulificó el dominio público –léase derechos culturales- ya de por sí cuasi eterno, dichas reformas se publicaron en el DOF, el 27 de julio de 2003.²⁴⁴

²⁴³ “This legislation lengthens copyrights for works created on or after January 1, 1978 (the effective date of the 1976 copyright legislation) to “life of the author plus 70 years,” and extends copyrights for corporate, anonymous or pseudonymous works to 95 years from the year of first publication, or 120 years from the year of creation...” *The Catholic University of America* <http://counsel.cua.edu/fedlaw/ctea.cfm>

²⁴⁴ *Cfr.* Zaid, Gabriel (Introducción) Asiain, Aurelio (Selección de textos) *Legítima defensa, de la exención autoral que hacen numerosos autores mexicanos con buenas razones y ejemplos desde los tiempos prehispánicos*, México, Editorial Vuelta, 1993, y Obón León, Ramón. *El autor y el impuesto*, México SOGEM-Themis, 2002

Otro caso que ilustra las lagunas del actual sistema normativo, es la existencia del fenómeno de sobrerrepresentación en las sociedades de gestión colectiva, el cual consiste en que los socios que generen mayores ingresos por concepto de comunicación pública de sus obras, sean quienes deciden la administración y políticas de dichas sociedades, en contra del principio de equidad de sus propios socios. Ante este fenómeno, observamos que la actual ley carece de un sistema coherente y eficaz que permita a la autoridad -Instituto Nacional del Derecho de Autor- para intervenir ante ciertas conductas que puedan lesionar a los autores. Ni que decir si el conflicto es llevado a la instancia judicial, si el demandado es un organismo de radiodifusión, es muy probable que el caso sea resuelto a su favor, ello en virtud de lo oneroso y complejo que resulta dicho litigio.

En efecto, la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), se aplica de manera supletoria las normas de la sociedad anónima, a las asambleas de las sociedades mercantiles, lo que a nuestro juicio fue un error, ya que se debió de remitir a las reglas generales sobre las asambleas de asociaciones civiles, reguladas en el Código Civil Federal (CCF).

En el caso de la procedimientos administrativos, resulta absurdo que una resolución de condena emitida por la autoridad administrativa para resolver una infracción en materia de comercio, el infractor sólo tenga que pagar una multa a favor del Estado –y no a favor legítimo titular de un derecho intelectual-, obligando a al autor o titular afectado a acudir a la instancia judicial para el pago de daños y perjuicios, situación que en nada abona a una sana cultura de respeto al derecho de autor.

Al parecer la postura clásica o dominante en torno a la propiedad intelectual de autor, al ser rebasado por los principios pragmáticos del *Copyright*, se le despojó de su aspecto espiritual para convertirse en la máscara que oculta las ambiciones de los dueños del poder mediático a fin de imponer los criterios estéticos que convienen al sistema de consumo; desde la entrada en vigor del Tratado de Libre

Comercio de América del Norte, las leyes mexicanas en materia de derecho intelectual han sido “armonizadas” –domesticadas- a las exigencias de la economía global.

Si el derecho de autor contiene mecanismos “claros” de cómo pagar las regalías por comunicación pública de obras musicales y audiovisuales, entonces, ¿cuáles son los argumentos que emplean los concesionarios de los medios de comunicación para eludir el pago de las mismas?, aprovechando un esquema tarifario obsoleto.²⁴⁵

En el caso de los derechos conexos de los productores de libros, videogramas y fonogramas, conviene detenernos en analizar el concepto de “videograma”²⁴⁶, en cuyo artículo 135 nos da la siguiente definición: “Se considera videograma a la fijación de imágenes asociadas, con o sin sonido incorporado, que den sensación de movimiento, o de una representación digital de tales imágenes de una obra audiovisual o de la representación o ejecución de otra obra o de una expresión del folclor, así como de otras imágenes de la misma clase, con o sin sonido. “

Dicha redacción nos deja varias dudas, la primera es si esta figura, está o no en contradicción con el artículo 94; dicho dispositivo señala que las obras audiovisuales, son las expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que se hacen perceptibles, mediante dispositivos técnicos, produciendo la sensación de movimiento.

²⁴⁵ El 9 de noviembre de 1965, se publicó en el DOF, la tarifa para el pago de los Derechos de Autor, para quienes explotan películas cinematográficas, adicionada en 1976, la cual contempla el pago a favor de los autores y artistas de obras cinematográficas, siendo este el 1.65% sobre el ingreso en taquilla, y de acuerdo con los siguientes porcentajes: 0.60% para los escritores y guionistas; 0.50% para los compositores de música; 0.25% para el director realizador de la película; 0.15% para los actores; 0.15% para los músicos ejecutantes. Dicha tarifa no se aplica a los organismos de radiodifusión.

²⁴⁶ “Como creación intelectual, no sólo debe distinguirse la obra audiovisual del soporte material que le sirve de receptáculo (film, video), sino también del ‘videograma’, es decir, de la primera fijación visual y sonora, o exclusivamente visual, de la realización de una obra audiovisual, de la ejecución de otra obra, o de una secuencia de cualesquier imágenes con o sin sonidos.” Rogel Vide, Carlos. *Estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995, pp. 162-163

La segunda pregunta en torno al videograma, es si el plazo de protección de 50 años contados a partir de la primera fijación de las imágenes (artículo 138), puede extenderse a películas cinematográficas en cualquier formato, vídeo juegos, programas de televisión, e incluso, las series virtuales del popular sitio Netflix, únicamente tienen esa vigencia.

Al respecto, conviene citar a Ramón Obón León: “Si queda claro que dentro del concepto “obra audiovisual” se contempla la obra cinematográfica, y pueden incorporarse a ese mismo término los videoclips, los programas de televisión, los anuncios de publicitarios, los videojuegos, etc., es evidente que el videograma no es una obra audiovisual ni tampoco una obra cinematográfica”²⁴⁷.

Es decir, tan sólo es el soporte material que contiene dicha clase de obra, por lo que la LFDA le otorga al productor del videograma un derecho conexo sobre las fijaciones audiovisuales dicho soporte, que le permite oponerse a la reproducción y comunicación pública.

Asimismo, la Ley es clara en relación con el agotamiento del derecho patrimonial de distribución del productor, tal y como lo dispone la fracción IV, del artículo 27 de la LFDA. Sin embargo, es omisa en cuanto a la distribución de la obra en el internet, como se verá en el capítulo final del presente ensayo.²⁴⁸

Otro aspecto que a nuestro juicio es criticable en la actual LFDA, es la ausencia de la figura de remuneración por copia privada, que si está prevista en la ley española de propiedad intelectual. Al analizar los límites de dicha legislación, el jurista español Carlos Rogel Vide, refiere a la práctica indiscriminada de varios usuarios finales, de realizar copias privadas aún sin estar amparadas por los límites

²⁴⁷ Obón León, Ramón. *Derecho de autor y cine*, México, UNAM – Centro Universitario de Estudios Cinematográficos, 2014, p. 85

²⁴⁸ “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.

y excepciones al derecho patrimonial, fenómeno muy extendido desde los años ochenta (formato de video VHS), hasta los albores del milenio (con los soportes DVD ó *Digital Video Disc*), en está de acuerdo en que se grave el uso de los soportes materiales y de los aparatos como grabadores de música y video (CD), a fin de que los autores puedan beneficiarse de los adelantos tecnológicos

En este sentido, dicho autor reflexiona lo siguiente: “Pues bien, el hecho de que puedan hacerse, no algunas, sino muchas copias -aun para uso privado- de una y cada una de las obras audiovisuales ha llevado, a muchos estudiosos, a estimar, que respecto de las mismas -como respecto de otras categorías de obras del espíritu- la copia privada, sin paliativos de ningún género, no debía permitirse, ni considerarse debía como límite atendible del derecho de los autores de las citadas obras.”²⁴⁹

En un país como México, dónde la práctica de la piratería de obras audiovisuales es casi 70%, una medida paliativa tanto para la industria audiovisual como para las sociedades de gestión colectiva, sería la posibilidad de que cada disco compacto o soporte material, así como los aparatos que permiten la reproducción masiva de obras musicales y audiovisuales.

En el ámbito digital, el panorama para la gestión colectiva de derechos es muy interesante, por ejemplo, cómo se realizaría el pago de regalías en el caso de las plataformas *i tunes*, que permiten descargar obras audiovisuales y musicales, así como de *spotify*, tecnología vía *streaming* de contenidos musicales, el tema de los derechos “de simple remuneración” se estudiará con mayor amplitud en el capítulo IV de la presente investigación. (*Supra*: “Trilogía objeto – sujeto – contenido”)

5.- El sistema de restricciones al derecho patrimonial en la LFDA.

En la introducción del presente trabajo de investigación, se realizó la pregunta de cuáles son los límites al derecho patrimonial de autor, ya que, desde la

²⁴⁹ Rogel Vide, Carlos. *op. cit.*, nota 246, p. 166

perspectiva cultural y axiológica, se necesitan límites al derecho patrimonial de autor, amén de un dominio público que permita tanto a la población en general, como a los creadores intelectuales en particular, tener el libre acceso a las manifestaciones artísticas que produce cualquier sociedad, y poder reinterpretarlos sin que sean perseguidos en nombre de un “*copyright infringement*” o infracción administrativa de acuerdo con el Título XII LFDA.

Los orígenes de estas restricciones o limitaciones se remontan al siglo XVII (incluido el Estatuto de la Reina Ana de 1710), cuando se consolidó el derecho de autor moderno, la primera consistió en que la protección sería de 14 años, pasando ese lapso de tiempo, la obra caía en el dominio público, más adelante, las legislaciones de los sistemas de derecho continental y de *common law*, adoptaron ciertos límites como el *fair use*.²⁵⁰

A partir del siglo XX, mediante el desarrollo y perfeccionamiento de la tecnología, fue necesario revisar el alcance de dichos límites o restricciones y establecer un criterio o parámetro legal, que se refleje en normas jurídicas, tendientes a equilibrar el derecho de los autores con los derechos sociales y culturales.

De ahí que una lectura filosófica sobre el tema, ponderé valores contenidos en la Constitución, por encima del privilegio o monopolio del titular del derecho patrimonial sobre la obra, como son el derecho humano a la libertad de expresión, los derechos culturales y en menor medida, la libertad de comercio.

²⁵⁰ Por ejemplo, en España, como antecedente remoto a los límites o restricciones a los privilegios, se encuentra en la Real Orden del monarca Carlos III, de 1778, que de manera embrionaria establecía excepciones a los privilegios de los autores. *Cfr.* Sol Muntañola, Mario, “El origen de los límites al derecho de autor”, en Larrea Richerand, Ernesto y Larrea Soltero, Ricardo, Cord. *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Editorial Porrúa – Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 300-302

De esta forma, el primer límite que encontramos en casi todas las legislaciones del derecho de autor y *copyright*, consiste en el principio de que No se protegen las ideas, sino la forma de expresión de éstas.²⁵¹

En ambos sistemas, *copyright* y derecho de autor, los especialistas en la materia han generado un amplio debate en el foro jurídico y la academia, a fin de establecer una clasificación a estos límites o restricciones, a continuación, estudiaremos las más significativas:

Para Lipszyc, quien a su vez cita a Antonio Delgado Porrás, las limitaciones tienen su fundamento en la triada -o trilogía- de intereses entre autores, empresarios que producen las obras y público en general, o usuarios finales.²⁵²

Dicha autora, también señala que los límites deben de interpretarse como cerradas o *numerus clausus*, no afectan sus intereses morales sino patrimoniales y son de dos tipos: “las que autorizan la utilización libre y gratuita y las que están sujetas a remuneración; éstas últimas constituyen licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias).”²⁵³

Asimismo, refiere que dichos límites pueden diferir en cuanto a su extensión y en cuanto a las razones que las motivan, ya que existen licencias voluntarias y legales, que están basados en fines educativos, culturales o informativos, incluyendo la copia privada, figura que no está regulada en la LFDA, con la misma amplitud de legislaciones, como, por ejemplo, la Ley de propiedad intelectual española.²⁵⁴

²⁵¹ Vid. Bercovitz, Alberto. Delgado Porrás, Antonio. Esteve Pardo, María Asunción. *Et. Al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales (Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales)*, Madrid, Trama Editorial, 2006, p. 85

²⁵² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 219

²⁵³ *Ibidem*, p. 220

²⁵⁴ “Las leyes sobre derecho de autor prevén la posibilidad de utilizar en algunos casos las obras protegidas en forma libre y gratuita (sin autorización y sin pago al titular del derecho de autor). Frecuentemente se la denomina libre utilización de obras protegidas...Las utilidades libres y gratuitas están siempre sometidas al cumplimiento de ciertas condiciones fijas por la ley, sobre todo

Tal y como se vio en el capítulo II, punto 11: “derecho de autor y derechos humanos”, en los países del *common law* que siguen el sistema de *copyright*, particularmente en los Estados Unidos de América, los artículos 107 y 108 *copyright act* de 1976, contemplan la doctrina del “*Fair use*”, que en esencia es un límite o restricción que autoriza la utilización libre y gratuita de una obra protegida con fines de crítica, comentario, noticia de actualidad, enseñanza, incluido el uso de copias para la docencia, instrucción o investigación.²⁵⁵

A su vez, el artículo 25 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual española dispone lo siguiente: “1. La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen mediante real decreto, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales...”²⁵⁶

Otros autores latinoamericanos como De la Parra, coinciden en señalar que las restricciones es todo obstáculo a la discrecionalidad en el control de las obras de los titulares de las mismas, diferenciando los límites al derecho patrimonial, de las restricciones propiamente dichas, es decir, existen distinciones terminológicas

en lo concerniente a las modalidades y el alcance de la utilización y a la protección del derecho moral del autor...” *Ibidem*, nota 24, p. 222.

²⁵⁵ “A privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without the owner’s consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner. To determine whether fair use has been made of copyrighted material, the nature and objects of the selections made, the quantity and value of material used and extent to which the use may diminish the value of the original work must be considered.” Nolan, Joseph & Nolan -Haley, Jacqueline, *Black’s law dictionary with pronunciations*, Centennial edition (1891-1991), U.S.A., West publishing Co, 1991, p. 415.

²⁵⁶ Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada, en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/443327>.

entre límites, restricciones y excepciones, sin embargo, todas apuntan a obstruir y hacer ineficaz el derecho patrimonial de autor.²⁵⁷

En el ámbito del derecho internacional, el Convenio de Berna, prevé en los artículos 2 bis, 10 y 10 bis, que las legislaciones de los países miembros se reservan la facultad de limitar la protección de las obras, por distintas razones, entre ellas, la libertad de expresión o libertad de prensa, lo que algunos tratadistas lo denominan como “la fórmula de los tres pasos”, que fue introducida en la revisión de dicho Convenio, en 1967, en la ciudad de Estocolmo, Suecia.²⁵⁸

También denominado como “triple test”, dicho Convenio utiliza tres criterios para determinar si el uso de una obra, se encuentra o no en el área de restricciones o limitaciones al derecho patrimonial, sin embargo, la interpretación de dicha fórmula tiene diferentes vertientes.

El jurista húngaro Mihály Ficsor, sugiere el siguiente método interpretativo de los tres pasos en el Convenio de Berna:²⁵⁹

A.- “Debe ser aplicada “paso” a “paso”, en la forma en que la excepción o limitación propuesta no cumpla las condiciones del primer paso, no es necesario pasar al otro”.

²⁵⁷ “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, al área o perímetro de protección que barca 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 nacimiento.” De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...* cit. nota 10, p. 403.

²⁵⁸ *Infra*. Capítulo II, 8.1.- Principios del Convenio de Berna.

²⁵⁹ “In common-law countries where the “fair use” and “fair dealing” doctrine apply, it goes without saying that the courts may decide about the applicability of exceptions and limitations taking into accounts the concrete circumstances. In those countries, the question is rather whether or not the criteria and the application of those doctrines are in in accordance with the three – step test as provided in the relevant treaties.” Ficsor, Mihály. “The three-step test of the applicability of exceptions to, and limitations of, copyright as guarantee of well balanced but effective protection of copyright. Why the attacks against it, such as in the Munich declaration, are unfounded and dangerous.” Larrea Richerand, Ernesto y Larrea Soltero, Ricardo, *Cord, op. cit.*, nota 250 p. 272

B.- “La excepción o limitación sólo cubre un caso especial y limitado.”

C.- “Interpretación del segundo paso. La limitación o excepción no debe de estar en conflicto con la normal explotación de la obra, en el sentido de que no debe de entrar en competencia económica con cualquier forma de explotación.”

D.- “Interpretación del tercer paso. La excepción o limitación no debe ser perjudicial de los legítimos intereses de los titulares de derechos, es decir, debe establecer un balance de intereses.”²⁶⁰

Para efectos de la presente investigación, dividiremos para su estudio las clases de restricciones que la LFDA contempla, en el TITULO VI, “De las Limitaciones del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos” en los artículos 147 a 151, de acuerdo con el siguiente análisis:

“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 Cultura, 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.”

Dicho artículo sigue en esencia a la Ley de 1956 y sus respectivas reformas de 1963, por lo que creemos que la LFDA significó un pequeño avance en materia de restricciones o límites al derecho patrimonial, sin embargo, la redacción de los

²⁶⁰ *Ibidem*, nota 250, pp. 274 - 281

artículos 147 al 151, no fue del todo atinada por la LVI legislatura (1994-2000) como veremos a continuación.

En el texto original, sin las reformas de 2003 y 2015, la LFDA tenía la siguiente redacción:

5.1.- Cita de textos:

“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 una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

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;

III.- Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

IV.- Reproducción por una sola vez, y en un sólo 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;

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;

VI.- Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;

VII.- Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.”

Dicha redacción, resultó a la postre anacrónica y poco adecuada a la realidad, fue necesario entonces recurrir a la cirugía legislativa para colmar las lagunas que mantenía la redacción original, dando como resultado diversas cirugías legislativas para reformas fracciones VI y VII, así como para adicionar una octava:

“VIII. Publicación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad.”²⁶¹

5.2.- El uso para fines educativos.

Esta restricción está basada en valores culturales, ya que permiten al alumno y docente utilizar obras literarias sin tener que cubrir alguna contraprestación al autor o titular de misma, debiendo respetar los parámetros para la citación de obras, es decir, señalar el nombre del autor y sin posibilidad de deformar la obra.

Esta excepción tiene su antecedente directo el artículo 18 de la Ley de 1956, y su reforma de 1963, en cuyo inciso “d” introdujo el término “crestomatía”²⁶², de la siguiente manera “La traducción o reproducción por cualquier medio, de breves fragmentos de obras científicas, literarias o artísticas, en publicaciones hechas con fines didácticos o científicos o en crestomatías, o con fines de crítica literaria o de

²⁶¹ Fracción adicionada DOF 17-03-2015. Al respecto, la especialista Carmen Arteaga Alvarado señala que, en 2015, la LFDA sufrió dos reformas: la primera (DOF 17-03-2015), relativa a la adición de la fracción VIII al artículo 148, la segunda fue la sustitución de las referencias a la SEP, por la Secretaría de Cultura., pasando el INDAUTOR, a formar parte de un órgano desconcentrado de ésta última. *Cfr.* Alvarado Arteaga, Carmen “Ley Federal del Derecho de Autor, crónica legislativa”, Ortiz Bahena, Miguel Ángel. *op. cit.*, nota 167, p. 484

²⁶² “Por lo que hace a las llamadas crestomatías, no son otra más que una colección de breves fragmentos de obras que se hace con una finalidad didáctica.” De la Parra, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 479

investigación científica, siempre que se indique la fuente de dónde se hubiese tomado, y que los textos reproducidos no sean alterados.”

5.3.- La copia privada para el uso personal.

Se entiende por copia privada, a toda reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor, incluidas en un volumen. ²⁶³

Como ya lo dijimos antes, la LFDA establece en sus artículos 40, 105 y 148 fracción V, aunque de manera limitada y poco precisa, el derecho a la copia privada.

5.4.- Acceso a la obra para personas con discapacidad.

El origen de esta excepción se estableció en el artículo 44 del RLFDA, el cual dispone lo siguiente: “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.” ²⁶⁴

Asimismo, a raíz de la entrada en vigor del “Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso” (Tratado de Marrakech), se reformó el texto del artículo 148 de la LFDA, para adicionar la fracción VIII “Publicación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad”.

²⁶³ Cfr. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 225

²⁶⁴ DOF. 22 de mayo de 1998.

En opinión de Ramón Obón, lo anterior causó paranoia entre los titulares de los derechos de autor, y principalmente entre los productores cinematográficos, quienes han supuesto que las mismas afectarán sus intereses.²⁶⁵

Bajo estas condiciones, conviene citar el siguiente criterio de jurisprudencia, con motivo de la inconstitucionalidad del artículo 148, el cual dispone lo siguiente:

“DERECHO DE AUTOR. EL ARTÍCULO 148, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD Y DE AUTOR, NI ES INCONVENCIONAL.

El precepto indicado establece que las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte su explotación normal, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterarlas, cuando su publicación sea sin fines de lucro para personas con discapacidad. Ahora bien, dicha norma, aunque no precise que las obras tendrán que adecuarse a formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, no viola los derechos a la propiedad y de autor, pues debe interpretarse conforme a los numerales 1o., 4o., 14, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que permite concluir que el uso de esas obras debe hacerse bajo los siguientes supuestos: 1) Siempre que no se afecte su explotación normal, lo que implica que tendrán que adecuarse a formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos

²⁶⁵ “Nada más alejado de la realidad, puesto que en el Tratado de Marrakech se excluyen las películas. Así claramente queda asentado en el resumen de los artículos relevantes que se contienen en el Dictamen de las Comisiones respectivas, al mencionar el artículo 2 (a) que se refiere a las obras amparadas en este sentido: “Son obras literarias y artísticas (...) en forma de texto, notación y/o ilustraciones relacionadas, que se hayan publicado o que se hayan hecho públicas por otros medios”. Por lo tanto, la definición cubre libros, periódicos y otros textos similares, así como partituras musicales. No abarca películas.” Obón León, Ramón. “El cine y el Tratado de Marrakech”, *Revista proceso*. 16 mayo de 2015. En <https://www.proceso.com.mx/404517/el-cine-y-el-tratado-de-marrakech>

de discapacidad; 2) En estos casos, su uso podrá hacerse sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración; 3) En todos los casos deberá citarse invariablemente la fuente; y 4) No podrá alterarse su contenido. Además, lo anterior es concordante con los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad contenidas tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en que se refleja la proyección que debe tener el Estado para garantizar que las personas que presentan algún tipo de discapacidad que les impida apreciar o conocer la obra artística o literaria en su formato original, tengan acceso a ésta, a través de la adecuación a formatos accesibles y acordes a los diversos tipos de discapacidad existentes.”²⁶⁶

5.5.- Obras visibles desde un lugar público.

La fracción VII del artículo 148 de la LFDA, antes de las reformas de 2015, establecía que la reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos, representaba una restricción o límite al derecho patrimonial.

La nueva redacción de dicho artículo quedó de la siguiente manera: “Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos...”

²⁶⁶ Décima Época Registro: 2012058 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 32, Julio de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 83/2016 (10a.) Página: 454 (Tesis de jurisprudencia 83/2016 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintidós de junio de dos mil dieciséis.)

Sin embargo, en la industria audiovisual, se requiere de un permiso para filmar o grabar una película, serie de televisión o cualquier otra obra, si las locaciones son en exterior, es decir, se utilice el espacio público como calles, camellones, parques, etc., para la grabación de la misma.

6.- El Capítulo XVII del TLCAN.

Un poco de historia: en un artículo publicado en el periódico español ABC, el 14 de noviembre de 1993, Octavio Paz escribió la siguiente profecía sobre el TLCAN:

“La idea del Tratado se originó en los Estados Unidos, no en Canadá ni en México. Fue esbozada de manera embrionaria en el famoso “Punto 4” de la *Doctrina Truman*; fue recogida en distintas versiones, por varios presidentes, entre ellos Kennedy y Reagan. La idea se concretó con Bush en la forma de un tratado de libre comercio y alcanzó su formulación definitiva con Clinton. Así pues, ha sido un proyecto de varios gobiernos americanos y adoptado por los dos partidos: el republicano y el demócrata. Su finalidad es doble: una económica y otra política. La creación de un gran mercado continental sería el primer paso hacia una comunidad de naciones americanas. Visto desde esta perspectiva el TLC se presenta como la iniciación de un gran designio. Su fin no es únicamente económico y ni siquiera político, sino histórico. Es una respuesta al terrible reto de nuestros días.”²⁶⁷

Para el autor de “El laberinto de la soledad”, el país debe de dejar atrás los “nacionalismos” que según él han dañado no sólo a México, sino al resto de Latinoamérica; el “Estado – Nación”, tal y como se concibió hasta la caída del muro de Berlín en 1989, ya no tiene cabida en un mundo globalizado, es más, tiende a

²⁶⁷ Paz, Octavio. “El TLC ¿Siembra de tempestades?”. En Arriola, Carlos. Comp. *Testimonios sobre el TLC*, México, Miguel Ángel Porrúa Editor, 1994. pp. 255-256.

diluirse cada vez más: “El TLC es un paso hacia la construcción de un verdadero orden internacional, rechazarlo es resucitar antiguos agravios, alimentar rencores históricos y, en fin, sembrar tempestades.”²⁶⁸ Sí Octavio Paz viviera ¿Qué opinaría del embate de Donald Trump *versus* el “libre comercio”?

De esta manera, se nos vendió la idea de que TLCAN sería la salvación de México; era necesario un cambio de enfoque ideológico en la legislación de la propiedad intelectual, a fin de “armonizar” el contenido normativo, a las tesis del libre mercado, en donde el papel del Estado, se limita a ser un mero regulador y árbitro de las relaciones de consumo entre empresas y personas.

Evocando a Octavio Paz, el fracaso del bloque soviético paralizó a los “intelectuales de Izquierda”, quienes abatidos por el derrumbe del muro de Berlín, no encontraron argumentos suficientes para refutar la realidad de la integración económica; uno de los argumentos en contra del Tratado era que la economía de México es asimétricamente menor, en comparación con la de Estados Unidos y Canadá, lo que conllevaría a perder parte de la Soberanía a favor de empresas estadounidenses en detrimento del Estado y la población.

Adiós a la utopía de una integración cultural y económica con otros países de Latinoamérica, tal y como poéticamente lo sugirió José Martí, lo práctico era que México fuera parte del bloque económico más poderoso en aquellos años, es decir, aliado y lacayo al mismo tiempo del imperio estadounidense, dando origen a una “distopia” de corte neoliberal.

Conviene recordar que durante la administración del presidente estadounidense Ronald Reagan (1981-1989), éste le propuso a su homólogo mexicano José López Portillo, el establecimiento de una zona de libre comercio, sin embargo, el ex presidente mexicano rechazó la propuesta de la siguiente forma:

²⁶⁸ *Ibidem.* nota 267, p. 257

“nuestros hijos y nuestros nietos –afirmó- nunca verán el día en que se dé un acuerdo de libre comercio” ²⁶⁹

El ex presidente Carlos Salinas de Gortari, señala que el país mantenía una deuda externa con su vecino del Norte, la cual era excesiva para México; refiere que en su primera reunión con su par estadounidense George H. W. Bush, el día 22 de noviembre de 1988:

“en el tema del comercio, el presidente electo Bush fue al grano: propuso el establecimiento de una zona de libre comercio entre México y los Estados Unidos. Acababa de crearse la zona de libre intercambio entre ellos y Canadá. Su propuesta irrumpió como un rayo en llanura seca. No la esperábamos. Porque la tierra árida que concentraba nuestra preocupación era el peso ya insoportable de la deuda externa y su servicio: para México era fundamental resolver ese peso excesivo. Y mi propuesta consistía en reducir la deuda externa, no en renegociar sus pagos. Así que rechacé la propuesta de un Tratado comercial. Las prioridades no coincidieron. Pero la diferencia se zanjó cuando el presidente Bush aceptó la agenda mexicana de iniciar la negociación de la deuda. Este proceso nos llevó todo 1989. Y al concluirlo, logramos la primera reducción de la deuda externa en América Latina: un resultado inédito.”²⁷⁰

Hasta aquí, resulta interesante que para México fue un Tratado, mientras que, para los Estados Unidos y Canadá, fue un Acuerdo multilateral²⁷¹, no obstante, que el mismo se haya realizado bajo las disposiciones de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), en cuyo artículo 1

²⁶⁹ Salinas de Gortari, Carlos.” TLC, ayer, hoy y mañana”, en *Revista Enfoque*, México D.F., Periódico Reforma, 15 de diciembre de 2002. p. 12

²⁷⁰ *Ídem*.

²⁷¹ “Con el término “contrato” se designa un estado de hecho del orden jurídico interno. Pero el mismo estado de hecho existe igualmente -bajo el nombre de “tratado”- en el derecho internacional...” Kelsen, Hans. *El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Trad. Eduardo García Maynez, Primera Edición, México, Colofón, S.A. 1994. p. 1.

establece que por "tratado", se entiende un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito, ya sea entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular, siendo en realidad que los Estados Unidos no han ratificado la Convención de Viena.²⁷²

Es importante recordar que el texto original del artículo 133 de la CPEUM, establecía la celebración de tratados de la siguiente forma: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión."

Leonel Pereznieto, realiza un análisis al citado precepto constitucional, se apoya en la interpretación que han realizado diversos juristas como Óscar Rabasa, Loretta Ortiz Alhf, Ruperto Patiño Manffer, entre otros estudiosos del derecho internacional, para concluir lo siguiente:

"Los convenios o tratados internacionales planteaban la modificación de disposiciones constitucionales. Se trata de realidades no contempladas por la Constitución y éste debe adecuarse, por tanto, la ratificación de un instrumento internacional debe seguir los mismos procedimientos que el Constituyente Permanente tiene para modificar la Constitución: aprobación calificada de parte del Congreso de la Unión y mayoritaria de las legislaturas locales."²⁷³

En el caso de las industrias culturales como el cine, desde que entró en vigor el TLCAN, un amplio sector de intelectuales y autores cinematográficos, han denunciado que los negociadores de la parte mexicana, sacrificaron la denominada

²⁷² Organización de Estados Americanos.

https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

²⁷³ Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho internacional privado, parte general*, 7ª edición, México, Oxford University Press, 2000, p. 251.

industria cinematográfica, ya que el citado Tratado establece que, del total del tiempo en pantalla de películas exhibidas en México, el setenta por ciento se reserva a favor de la industria hollywoodense, situación que contrasta con la parte canadiense, país que reservó la aplicación de algunas disposiciones del Tratado bajo la denominada “excepción cultural.”

El Estado Mexicano tuvo que vender entre otros, los siguientes activos: a.- En las telecomunicaciones, la venta de Teléfonos de México, S.A. de C.V. b.- Salas cinematográficas, a través de la desincorporación de Compañía Operadora de Teatros, S.A., c.- El remate de los Estudios América, S.A., d.- En el caso de la T.V., la venta del Canal 13, e.- La venta de empresas distribuidoras y comercializadoras de cine tales como Películas Nacionales, S.A., empresa que llegó a tener oficinas en varios países, incluidos una oficina en Madrid y en la ciudad de Los Ángeles, en los Estados Unidos de América.²⁷⁴

Al fin prevaleció la visión del copyright estadounidense- por ejemplo, en el artículo 1701.3 (convenios de propiedad intelectual) quedó estipulado que Estados Unidos no reconoce los derechos morales señalados en el artículo 6 bis del Convenio de Berna.

En el caso de las denominadas “industrias culturales” los artículos 2106 y 2107 del TLCAN, establecen las siguientes definiciones:

“Industrias culturales significa toda persona que lleve a cabo cualquiera de las siguientes actividades:

(a) la publicación, distribución o venta de libros, revistas, publicaciones periódicas o diarios impresos o legibles por medio de máquina, pero no incluye la actividad aislada de impresión ni de

²⁷⁴ Bajo la falacia de que el Estado es incompetente para administrar empresas, la doctrina Neoliberal impuesta desde Wall Street de que el Estado debe ser un mero espectador y en algunas excepciones como regulador del mercado, el gobierno de aquél entonces comenzó a desmantelar al Estado Mexicano, ya de por sí quebrado y con una enorme deuda externa que le imposibilitaba capacidad de maniobra ante la política imperial de Washington, las ventas de los activos del Estado incluyeron una televisora con cobertura nacional, Ferrocarriles, Teléfonos de México, entre otras acciones, partes sociales e inmuebles, comprometiendo la soberanía nacional.

composición tipográfica, ni ninguna de las anteriores; (b) la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de películas o video; (c) la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de música en audio o video; (d) la publicación, distribución o venta de música impresa o legible por medio de máquina; ó (e) la comunicación por radio en la cual las transmisiones tengan el objeto de ser recibidas por el público en general, así como todas las actividades relacionadas con la radio, televisión y transmisión por cable y los servicios de programación de satélites y redes de transmisión.”²⁷⁵

Han transcurrido veintiséis años desde que entró en vigor el TLCAN²⁷⁶, a la fecha de la presente investigación, en mayo de 2020, dicho tratado se encuentra sentenciado a morir, la fecha de su ejecución será en el mes del presente año; desde el inicio de su campaña política para convertirse en presidente de los Estados Unidos, Donald Trump ha insistido en cancelar el acuerdo comercial suscrito entre México, Canadá y los Estados Unidos, o en su defecto, renegociar con sus pares comerciales, mayores ventajas a favor de los estadounidenses, como se verá más adelante en el capítulo relativo al T-MEC.

En el ámbito cultural, es lamentable la salida de Israel y los Estados Unidos de la UNESCO, países que realizaban una importante contribución a las políticas culturales, sin embargo, toda vez que algunas de ellas eran contrarias a la ideología Sionista de Israel en el caso Palestino, o bien, cuestionaban a los Estados Unidos, lo mejor sería abandonarla a su suerte en el desierto internacional.

Hasta dónde se sabe, en el campo de la propiedad intelectual, los Estados Unidos imponen a su contraparte mexicana, la adopción de diversos compromisos, tal y como lo relata Mauricio Jalife en una columna publicada en el periódico “EL

²⁷⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Organización de Estados Americanos, Sistema de información sobre el comercio exterior, en: [http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP21.asp#Artículo 2106](http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP21.asp#Artículo%202106)

²⁷⁶ DOF. 1 de enero de 1994.

Financiero Bloomberg”, en su edición digital, la cual nos permitimos transcribir de manera breve:

“La obligación de perfeccionar la protección de información confidencial constitutiva de secretos industriales, incluyendo las obligaciones de empresas paraestatales en el manejo de esta clase de información; el mejoramiento de la fiscalización y detención de productos falsificados en las aduanas; acciones efectivas contra la piratería de escala comercial; y en la parte de piratería de películas la imposición de sanciones contra la filmación ilegal originada en salas de cine y la previsión de sanciones penales y civiles por el robo de señales de cable o satélite. Es claro, de entrada, que nuestro país es deficitario en la mayor parte de estos rubros.”²⁷⁷

Siguiendo a dicho tratadista, se pretende que México asuma compromisos como prorroga a patentes de invención, sobre todo en la agricultura y los medicamentos, tal vez nos obliguen a reformar la LPI, para permitir patentar procedimientos quirúrgicos, lo cual creemos que atentaría contra el derecho a la salud.

En estas condiciones, se refuerzan las tesis de la hegemonía de las empresas e intereses estadounidenses, en su imposición de un *copyright* de corte imperial, lo cual desde luego no sólo cambaría el mapa de la propiedad intelectual en México, sino que abre la puerta para suprimir otros derechos humanos como la libertad de expresión, el derecho a la salud (en el caso de las patentes de invención), y el derecho de acceso a la cultura.

²⁷⁷ Jalife Daher, Mauricio. “Cambiará nuevo Acuerdo el mapa de la Propiedad Intelectual en México”, *El Financiero*. México, 29 de agosto de 2018, edición digital: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/mauricio-jalife/cambiara-nuevo-acuerdo-el-mapa-de-la-propiedad-intelectual-en-mexico>.

7.- El T-MEC y la inevitable “armonización” de la LFDA.²⁷⁸

El día 30 de septiembre de 2018, los gobiernos de Estados Unidos, México y Canadá, realizaron el anuncio sobre el TLCAN 2.0, se liberó entonces el único texto disponible sobre el nuevo acuerdo. Se trata de un documento de carácter no oficial y redactado en inglés, cuyas siglas en inglés son USMCA (en México T-MEC o AMEC). Dicho documento, debe ser discutido y aprobado por las legislaturas de los tres países antes de entrar en vigor y vincule a los tres países.²⁷⁹

Más adelante, durante el último año del sexenio del presidente Enrique Peña Nieto, en Buenos Aires, Argentina, los presidentes de México, Estados Unidos y Canadá, firmaron el texto oficial del T-MEC.

A diferencia del TLCAN, el nuevo tratado contempla una vigencia de 16 años, a partir la entrada en vigor del mismo, contiene cláusula laboral donde los sindicatos juegan un papel preponderante. El T-MEC, sigue muchos de los principios y reglas del TPP, tratado del que no pertenecen los Estados Unidos, por la negativa de su actual presidente.

En el capítulo XX del USMCA, se denomina “propiedad intelectual”, el cual contiene disposiciones relativas a la ampliación del término de protección a 75 años, situación que ya fue rebasada por la reforma al artículo 29 de la LFDA. Destaca el compromiso de las partes de utilizar únicamente software autorizado en los equipos de cómputo gubernamentales, así como las disposiciones para que los proveedores de servicios de internet cooperen en la protección de los derechos de autor (desalentando el almacenaje y transmisión no autorizados de contenidos protegidos, proporcionando información para identificar a usuarios que cometan

²⁷⁸ “La idea de armonización del derecho no significa forzosamente la necesidad de soluciones idénticas a un mismo problema sino evitar caer en el conflicto negativo, es decir sin posibilidad de solución alguna, o en la solución absurda. Implica, por parte de los Estados, la elaboración de sistemas conflictuales que permitan, en el momento de su aplicación, la toma en consideración de los demás sistemas existentes en el mundo de manera a lograr una coordinación entre todos ellos.” Belair M., Claude, “Armonización del derecho”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, nota 4, p. 217

²⁷⁹ El texto en idioma español puede consultarse en el sitio de internet de la Secretaria de Economía: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401193/20DerechosdePropiedadIntelectualOct162018_.pdf

infracciones, etcétera). Destaca, igualmente, el endurecimiento de las sanciones contra ciertas actividades, como la elusión de medidas tecnológicas de protección que impiden el acceso a ciertos materiales.

Otra de las notas distintivas de este nuevo acuerdo, es en materia de patentes de invención, aunque no es el propósito de la presente investigación analizar figuras de denominada propiedad industrial, es la ampliación de la vigencia de las patentes de medicamentos, actualmente la LPI establece una vigencia de 20 años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y estará sujeta al pago de la tarifa correspondiente, lo que a nuestro juicio puede significar un abuso de derecho por parte de los intereses de la industria farmacéutica, a fin de extender el privilegio temporal de una patente.²⁸⁰

Conviene señalar que, en el mes de julio de 2019, la LXIV legislatura del Congreso de la Unión, de mayoría Morenista, aprobó el texto del T-MEC, que dejó de lado los derechos culturales y ponderando más el carácter mercantil de los bienes culturales, sólo falta aprobarla por el ejecutivo y publicar su contenido en el DOF,

Al igual que en el año de 1993 (año en que se aprobó “*super fast track*” el TLCAN), nuestros flamantes legisladores, repitieron la misma historia: el sometimiento a los designios económicos del presidente en turno, por lo que algunas voces críticas se han manifestado denunciando la sumisión cultural del T-MEC, ante los intereses de los Estados Unidos

A modo de ejemplo, el especialista en temas de derecho a la cultura Jorge Sánchez Cordero, señala que el tema de la excepción cultural en los tratados de libre comercio no es conciliable con los postulados liberales de los segundos, por lo que los temas culturales son incómodos y son considerados por los Estados Unidos, como camuflaje de prácticas proteccionistas por parte de otros países. La

²⁸⁰ Artículo 23.

imposición de los Estados Unidos se dio con el beneplácito de los entonces negociadores de la parte mexicana.

“A la indolencia de los comisionados mexicanos, Estados Unidos agregó un argumento mayor; a la complejidad en la clasificación de los bienes y servicios culturales, así como la dificultad de trasponer las políticas culturales tradicionales a la nueva realidad tecnológica, se sumó el hecho de que ese país se benefició del apremio mexicano para concluir el T-MEC. La sagacidad de los Estados Unidos encontró el entorno ideal para eliminar los bienes y servicios culturales en relación con México...”²⁸¹

En el caso de la cinematografía, el panorama es igual de desolador, recordemos que el T-MEC, mantuvo los mismos porcentajes de exhibición de películas del TLCAN, tal y como lo dispone el artículo tercero transitorio de la Ley Federal de Cinematografía, tal como se ilustra a continuación:

TERCERO. Las salas cinematográficas deberán exhibir películas nacionales en un porcentaje de sus funciones, por pantalla, no menor al siguiente:

- I. A partir de la entrada en vigor de esta Ley y hasta el 31 de diciembre de 1993, el 30%;
- II. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1994, el 25%;
- III. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1995, el 20%;
- IV. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1996, el 15%; y
- V. Del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1997, el 10%.

Bajo este contexto, es casi imposible competir con la producción fílmica estadounidense, que, dicho sea de paso, ejerce un monopolio a nivel mundial, en fechas recientes, los legisladores de Morena han abierto mesas de discusión para reformar diversas leyes, entre ellas la LFDA y la Ley Federal de Cinematografía, invitando para tal efecto a la “*Motion Picture Association of America*”, para que dé

²⁸¹ Sánchez Cordero, Jorge “El T-MEC La sumisión cultural mexicana” *Revista Proceso*, México, número 2229, 21 de julio de 2019, p.57

su opinión al respecto, dejando de lado la participación de otros sectores como las asociaciones de productores y sindicatos, de ahí que en redes sociales se filtren los argumentos de las “*Majors*”, con voces que señalan que la calidad del cine hecho en México impide “el libre mercado” del cine. Una cruel ironía.

En resumen, los orígenes del derecho de autor en México, los podemos ubicar desde la Colonia o periodo Virreinal, sin embargo, su desarrollo como sistema jurídico moderno, fue a finales del siglo XIX, en la legislación civil, y más adelante, en 1948, con la primera ley de la materia.

Asimismo, observamos que el fenómeno de la censura, ha existido desde época colonial, recordemos que la persecución a la prensa libre y crítica comenzó con Antonio López de Santa Ana, más adelante la retomó Porfirio Díaz, y perduró todo el siglo XX, hasta el año 2000, fecha en que el PRI perdió las elecciones de la presidencia de la república ante Vicente Fox Quezada. En el caso del cine, resultan ilustrativos los siguientes casos la censura sobre contenidos audiovisuales: el primero fue la película “La sombra del caudillo”, del cineasta Julio Bracho, basada en la novela homónima de Martín Luis Guzmán, la cual describía los ajustes de cuentas entre los jefes revolucionarios, dicha película fue enlatada por 30 años, permitiéndose su exhibición hasta el año de 1990.²⁸²

El segundo caso fue la película denominada “La ley de Herodes”, del director Luis Estrada, cuyo relato es la historia de un Presidente Municipal en algún humilde pueblo del centro de México, llega a excesos de reescribir la constitución en beneficio propio, en las últimas escenas del film, el personaje principal es salvado de ser linchado por sus gobernados, por el partido gobernante, a pesar de sus crímenes el partido gobernante lo nombra diputado federal. Lo anterior, dio origen

²⁸² Ficha Técnica: Título original “La sombra del caudillo”, Dir. Julio Bracho, guion: Julio Bracho y Jesús Cárdenas, basada en la novela de Martín Luis Guzmán, Fotografía: Agustín Jiménez, Música: Raúl Lavista, Intérpretes: Tito Junco, Roberto Cañedo, Tito Novaro, Productor: Sección de Técnicos y Manuales del Sindicato de Trabajadores de la Producción Cinematográfica de la República Mexicana a cargo de Rogelio González Chávez (STPC de la RM), B/N, 126 min., País: México, 1960.

a que la cinta coproducida por el propio Estado, sufriera un intento de censura por el entonces director general del Instituto Mexicano de Cinematografía.²⁸³

En términos culturales, la idiosincrasia del mexicano promedio le resulta chocante la idea de los derechos intelectuales, que, desde luego, son exclusivos y prevén a su titular beneficios de carácter económico, por lo que resulta muy tentador recurrir a la piratería ya sea de productos amparados bajo marcas registradas, o bien, a realizar conductas como el robo de señales satelitales, o la distribución masiva de ejemplares de películas cinematográficas. Lo anterior no justifica que dichas conductas sean apegadas a la ley, pero que, por razones políticas, no han sido perseguidas y sancionadas como sucede en otros países.

8.- Opinión personal.

Como hemos visto hasta ahora, podemos afirmar que la LFDA se encuentra obsoleta, el complejo fenómeno de la circulación de obras en ciberespacio, la regulación del *must carry & must offer*, apuntan al menos de manera aparente, a una derrota del sistema normativo. En el caso de las restricciones o limitaciones al derecho patrimonial, no son precisos en cuanto hasta dónde puede considerarse justo o no, el uso de obras y su adaptación en obras derivadas.

Tal y como se señaló en la parte introductoria de este ensayo, esta investigación se limita a describir la cultura del derecho de autor, no se propone ninguna sugerencia o conclusión en el sentido de reformar la LFDA, en algún sentido, dado que las ideas son subjetivas; dependen de la óptica particular del investigador, por lo tanto, no pueden considerarse como verdades universales que el legislador deba tomar en cuenta al momento de realizar alguna revisión a la actual legislación.

A modo de ejemplo, creemos que un dominio público eficaz sería el término de 50 años *post mortem*, o bien, 50 años a partir de la que la obra fue publicada o

²⁸³ Ficha Técnica: Título original “La dictadura perfecta”, Dir. Luis Estrada, guion: Luis Estrada, Jaime Sampietro, Vicente Leñero. Fotografía: Norman Christianson, Música: Santiago Ojeda, Intérpretes: Demián Alcázar, Pedro Armendáriz Jr., Delia Casanova, Productores: Instituto Mexicano de Cinematografía (IMCINE), Alta Vista Films, Bandidos Films, B/N, 123 min., País: México .1999.

puesta a disposición del público, tal y como lo sugiere en Convenio de Berna; sin embargo, una reforma la LFDA en dónde se limite la vigencia de 100 años a 75 años (como lo sugieren el ADPIC y el T-MEC), o bien 50 años, quizá traiga más problemas que beneficios, algunos críticos o investigadores argumentaran que una reforma en ese sentido puede vulnerar derechos adquiridos en la Constitución: “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.” Imaginemos que se limitará la vigencia de los 100 años a las obras de Juan Gabriel o Roberto Cantoral, pueden ser en beneficio de la cultura, pero pueden atender contra los intereses de los titulares derivados como serían los herederos o licenciarios.

En nuestra opinión, observamos que desde hace varios lustros, existe una compulsión por parte del Congreso de la Unión, una diarrea legislativa por reformar, suprimir, o actualizar a través de “misceláneas”, no sólo la legislación secundaria, sino que se han atrevido a reformar la Constitución, que si bien es cierto, algunas de esas reformas han sido de especial trascendencia como la reforma en derechos humanos del año 2011, en muchas otras ocasiones, de manera irresponsable se ha legislado para beneficiar a un sector económico, en detrimento de otros intereses igualmente legítimos.

En efecto, recordemos las aportaciones Paul Khan en su obra “El análisis cultural del derecho”, al referirse a las reglas metodológicas para un enfoque cultural: “el Estado de derecho no es el producto del esfuerzo consciente o inconsciente de alguien o de alguna institución que diseña racionalmente. No fue construido de acuerdo con un plan sistemático y no exhibe un orden racional único”²⁸⁴

Sin embargo, no podemos afirmar de manera categórica que “todas” las reformas o bien, la expedición de leyes hayan sido el resultado de una “irracionalidad” por parte del Congreso (léase el cabildeo de ciertos grupos de poder para obtener leyes a su conveniencia), reconocemos que han existido aciertos por

²⁸⁴ Kahn, Paul. *op. cit.*, nota 5, p. 132

parte de los legisladores, como es el caso de la creación de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales²⁸⁵, la cual recoge aspectos positivos de los tratados internacionales en materia de cultura y su vinculación con los derechos humanos, pero también creemos que muchas de estas leyes, resultan una especie de decálogo de buenas intenciones, y que en la realidad cotidiana, resultan superfluas y de difícil cumplimiento, ya sea por el Estado mexicano -rebasado por fenómenos culturales- o bien, por la ciudadanía que desconoce y desconfía de los nuevos ordenamientos.

A modo de conclusión, esta investigación no propone ninguna reforma a la LFDA, sólo se limita a analizar los fenómenos o hechos en torno a la creación intelectual, y darle un enfoque jurídico - cultural, que remplace el “mito del progreso” de los estudios tradicionales sobre la propiedad intelectual, por un enfoque tridimensional que incluya hechos, valores y normas.

²⁸⁵ DOF. 19 de junio de 2017. “Artículo 11.- Todos los habitantes tienen los siguientes derechos culturales: VIII. Disfrutar de la protección por parte del Estado mexicano de los intereses morales y patrimoniales que les correspondan por razón de sus derechos de propiedad intelectual, así como de las producciones artísticas, literarias o culturales de las que sean autores, de conformidad con la legislación aplicable en la materia; la obra plástica y escultórica de los creadores, estará protegida y reconocida exclusivamente en los términos de la Ley Federal del Derecho de Autor.”

Capítulo IV.- Trilogía sujeto – objeto - contenido.

“Quíteles a los autores ingleses su derecho de autor, y usted tendrá, muy pronto, a sus autores fuera de Inglaterra.” Anthony Trollope.

En los capítulos anteriores se realizó un bosquejo histórico-filosófico del derecho de autor, y su desarrollo en México, en el presente capítulo se analizarán temas selectos de la estructura normativa de LFDA, comparándola con otras legislaciones y casos prácticos, mediante un método sistemático que consiste en estudiar el contenido de la Ley, de acuerdo a un modelo tridimensional o tríadico, de acuerdo al criterio que establece el Título II, del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, esto es, en sujeto – objeto – contenido.

Diversos especialistas en la materia de derechos de autor, dividen el estudio de esta disciplina en Objeto, Sujeto y Contenido: “El contenido de los derechos de autor son los derechos morales, los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración”.²⁸⁶

Otros autores como Jesús Parets Gómez, señalan la existencia de una trilogía estructural entre el hombre, la idea y el proceso creativo, este proceso es psicológico, ya que para que nazca a la vida la creación intelectual, conlleva a la necesidad de concebir la idea y su transformación en una creación intelectual nueva, original y susceptible de protección jurídica.²⁸⁷

1.- Sujeto.²⁸⁸

En el sistema continental, el autor es la persona física que crea una obra intelectual, en comparación con el sistema de *copyright* que permite a personas morales la titularidad originaria de obras literarias y artísticas.

²⁸⁶ Vid. De La Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 900.

²⁸⁷ “Siendo por su esencia la idea de naturaleza inmaterial, no goza de la protección del derecho de autor por sí sola.” Parets Gómez, Jesús. *Teoría y práctica del derecho de autor*. Editorial Sista, México 2012, p. 22.

²⁸⁸ “Artículo 5. Autores y otros beneficiarios. 1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.” Real Decreto-ley 12/2017, *op. cit.*, Nota 256.

Al respecto, Lipszyc apunta que: “las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales a artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos.”²⁸⁹

Asimismo, la doctrina clásica -entiéndase ésta como el derecho de autor visto como un monopolio temporal sobre la expresión de una idea- apunta a la figura de un creador que, en soledad, es capaz de crear una obra literaria o artística, y que por lo tanto posee el derecho exclusivo y *erga omnes* de explotar la misma.

El concepto moderno de autoría, lo encontramos primero en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII; el caso de William Shakespeare resulta ilustrativo, durante la época de la reina Isabel I, Shakespeare aportó al teatro universal el arquetipo del personaje trágico; de igual forma, muchas de sus obras fueron inspiradas en la literatura griega, como Timón de Atenas, en personajes históricos como Julio César, así como en diversas leyendas entre las que sobresalen los Amantes de Verona (Romeo y Julieta) y Hamlet, como se verá más adelante

Por otro lado, resulta interesante la historia del escritor Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616), el también autor de “Novelas ejemplares”, quien padeció un plagio editorial sobre su creación Don Quijote. Respecto de la teoría de los privilegios que otorgaba el Soberano, el tratadista y decano de la Facultad de Derecho de la UNAM, Ignacio Otero Muñoz, nos aporta información respecto del privilegio de impresión que se otorgó a favor de dicho autor:

“El 26 de septiembre de 1604, Felipe III, rey de España, concedió la licencia para que se imprimiera El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, de un tal Miguel de Cervantes Saavedra. El texto de la cédula Real comunicaba al autor que “para hacer bien y merced le damos licencia y facultad para que vos o la persona que tuviera vuestro poder, y no otra alguna, puedan imprimir el dicho libro [...]”

²⁸⁹ Lipszyc, Delia. *op. cit.* nota 24, p. 123.

en todos los reinos de Castilla, por tiempo y espacio de diez años, que corren desde la expedición de la presente Cédula.”²⁹⁰

De esta forma, en la segunda parte del Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, publicada en Madrid en el año de 1615, Miguel de Cervantes Saavedra dedica su obra al Conde de Lemos, generoso mecenas y amigo suyo de la siguiente manera:

“Enviando á vuestra excelencia los días pasados más comedias, antes impresas que representadas, si bien me acuerdo, dije que Don Quijote quedaba calzadas las espuelas para ir á besar las manos a vuestra excelencia; y ahora digo que se las ha calzado y se ha puesto en camino, y si él allá llega, me parece que habré hecho algún servicio á vuestra excelencia, porque es mucha la priesa que de infinitas partes me dan á que le envíe, para quitar el ámago y la náusea que ha causado otro don Quijote, que con nombre de segunda parte se ha disfrazado y corrido por el orbe; y el que más ha mostrado desearle ha sido el grande Emperador de la China, pues en lengua chinesca habrá un mes que me escribió un carta con un propio, pidiéndome, ó por mejor decir, suplicándome se le enviase, porque quería fundar un colegio donde se leyese la lengua castellana, y quería que el libro se leyese fuese el de la historia de don Quijote con esto me decía que fuese yo á ser el rector de tal colegio. Preguntéle al portador si su majestad le había dado para mi alguna ayuda de costa. Respondiéndome que ni por pensamiento. -Pues, hermano -le respondí yo-, vos os podéis volver á vuestra China á las diez, ó á las veinte, ó á las que venis despachando; porque yo no estoy con salud para ponerme en tan largo viaje; además, que, sobre estar enfermo, estoy muy sin dineros, y emperador por emperador y monarca por monarca, en

²⁹⁰ Otero Muñoz, Ignacio. “Don Quijote y el derecho de autor cabalgan juntos” *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Año V, número 17, 2005, p. 32

Nápoles tengo al grande Conde de Lemos, que, sin tantos titulillos de colegios y rectorías, me sustenta, me ampara y hace más merced que la que yo acierto á desear”. (sic)²⁹¹

En este sentido, Antonio Castán señala que Cervantes, sufrió en vida prácticamente todas las formas de defraudación de derechos intelectuales que se conocen hoy en día, entre ediciones piratas, la usurpación de autor y el plagio.²⁹²

Es importante señalar que en aquél entonces, todos los países de Europa, las ideas y su expresión eran controladas por la Corona y el Clero, la obra requería de la supervisión o censura de alguna autoridad, se estableció monopolio para la impresión de libros, amén que la mayoría de la población era analfabeta y campesina, misma que no tenía acceso al conocimiento.

Regresando a Shakespeare, en el caso de “Hamlet”, el éxito de la obra fue tan favorable que justificó la impresión de una versión “pirata” de la misma en 1603. En ese entonces, no existía la “propiedad intelectual” de las obras teatrales y los manuscritos eran celosamente guardados por las compañías para las que se escribían, con objeto de evitar su reproducción por las rivales. Si una pieza era popular, por lo común podía obtenerse fraudulentamente un texto espurio sobornando a unos de los actores secundarios. Tales actores se denominaban “asalariados” para distinguirlos de los “partícipes”, que interpretaban los papeles principales. El sueldo de los asalariados era muy bajo por lo que era fácil sobornarlos para que proporcionaran toscos guiones compuestos de memoria de los papeles desempeñados por ellos mismos o por otros.²⁹³

En 1619, tres años después de la muerte de Shakespeare, aparecieron publicaciones no autorizadas de diez de sus obras. Con el apoyo del Conde de

²⁹¹ De Cervantes Saavedra, Miguel. *Don Quijote de la Mancha, segunda parte*. Edición especial, España, Editorial Bruguera, S.A., 1972, p. 11.

²⁹² Castán, Antonio. “El plagio y otros estudios sobre derecho de autor”, en Rogel Vide, Carlos. Dir., *Colección de propiedad intelectual*. España, Editorial Reus – Fundación AISGE, 2009, p. 203.

²⁹³ Vid. Brown, Ivor. “Una obra de teatro para todas las temporadas”, en Palmer, Alan. Coord. *Historia universal en sus momentos cruciales*, Vol. IV/El crepúsculo de los príncipes, Madrid, Aguilar s.a. de ediciones, 1972, p. 16

Pembroke, cuyo nombre era Lord Chamberlain -un buen amigo de los actores- los hombres del Rey obtuvieron una orden de bloqueo en contra de subsecuentes ediciones no autorizadas.²⁹⁴

Tiempo después, comenzó el trabajo para reunir los materiales, para una edición de “*Mr. William Shakespeare Comedies, Histories y Tragedies,*” de acuerdo a las copias originales del autor. Dicha obra se publicó en 1623, en texto a dos columnas, en formato de folio, edición adornada con grabados sobre Shakespeare, elaborados por Martín Droeshout, así como un estudio preliminar que incluía un poema conmemorativo de Ben Jonson, refiriéndose a su colega escritor, como “un espíritu de la época”, a la altura del propio Sófocles, cuyas obras se consideran para la posteridad.²⁹⁵

Una parte importante de los ingresos de una compañía de teatro, eran los emolumentos por la contratación privada, ya sea por la realeza, en hoteles y posadas, o para el entretenimiento de sobremesa en las casas de los grandes personajes. Las cortes y las élites han contratado actores para este propósito desde generaciones.²⁹⁶

1.1.- El mito de la autoría.

En fechas recientes se ha puesto en duda la autoría de Shakespeare sobre muchas de obras; los escritores Dennis McCarthy y June Schlueter, quienes mediante el empleo de tecnologías informáticas para detectar plagios, descubrieron que Shakespeare se inspiró en un manuscrito titulado “Breve discurso de la Rebelión y Rebeldes” (*A Brief Discourse of Rebellion and Rebels*), escrito a finales del siglo XV, del autor George North, una figura menor en la corte de la reina Elizabeth, y que sirvió a ella como embajador en Suecia.

“Para asegurar que North y Shakespeare no estuvieran usando fuentes comunes, McCarthy hizo correr frases en la base de datos

²⁹⁴ Bate Jonathan & Thornton, Dora. *Shakespeare staging the world*, London, The British Museum Press, 2012, p. 262 La traducción es nuestra.

²⁹⁵ *Ídem.*

²⁹⁶ *Ibidem* p. 43

de la “*Early English Books Online*”, que contiene 17 millones de páginas de casi todos los trabajos publicados en inglés entre 1473 y 1700. Encontró que casi ninguna otra obra contenía las mismas palabras en pasajes de la misma extensión. Algunas palabras son especialmente raras: “cola-enroscada” solo aparece en un trabajo distinto antes de 1623.”²⁹⁷

Siguiendo este relato, en el año de 1576, “North vivía en Kirtling Hall, cerca de Cambridge, Inglaterra, el dominio del barón Roger North. Fue ahí, dice McCarthy, donde escribió su manuscrito. Se trata de una diatriba en contra de los rebeldes, en la que argumenta que todas las rebeliones en contra de un monarca son injustas y están condenadas a fracasar; Shakespeare tenía una posición más ambigua sobre la rebelión. McCarthy dijo que él claramente se inspiró en el tratamiento de North de los temas y los personajes.”²⁹⁸

Sin embargo ¿hasta dónde es posible hablar o escribir acerca de una autoría “absoluta”? El criterio clásico del autor como persona física que crea algo nuevo y por lo tanto original se encuentra en crisis, a diario se pone en tela de juicio la originalidad absoluta de tal o cual creador, basta leer los periódicos y la cantidad de información que circula a diario en Internet para darse cuenta de que un número considerable de literatos modernos se les ha acusado de cometer plagio, desde la inspiración del escritor Carlos Fuentes con Tolstoi en su obra “La muerte de Artemio Cruz” (la referencia obvia al libro “La muerte de Iván Ilich”), las acusaciones de plagio en contra de Malcolm Lowry, quien se dice tomó párrafos de Herman Melville (autor de *Moby Dick*), o más recientemente: los escándalos de plagio en donde se vieron involucrados el ex coordinador de difusión cultural de la UNAM, Sealtiel Alatríste y el tristemente célebre escritor peruano Alfredo Bryce Echenique, por lo

²⁹⁷ Blanding, Michael. “Plagiarism Software Unveils a New Source for 11 of Shakespeare’s Plays”, Edición electrónica del periódico The New York Times. Books news, <https://www.nytimes.com/2018/02/07/books/plagiarism-software-unveils-a-new-source-for-11-of-shakespeares-plays.html>.

²⁹⁸ *Ídem*

que en palabras de Michel Foucault, el nombre de “autor” ha estado en constante evolución.

Para este filósofo francés, habría que analizar la función "autor" en la civilización occidental. Dicho pensador realiza las siguientes preguntas:

“¿Cómo se caracteriza en nuestra cultura un discurso portador de la función autor? ¿En qué se opone a otros discursos? Me parece que pueden reconocérsele, si sólo se considera el autor de un libro o de un texto, cuatro rasgos diferentes. En primer lugar, son objetos de apropiación; la forma de propiedad de la que dependen y es de un tipo muy particular; se le ha codificado ahora desde hace algunos años. Hay que señalar que tal propiedad fue históricamente segunda con respecto a lo que podría llamarse la apropiación penal. Los textos, los libros, los discursos comenzaron realmente a tener autores (distintos de los personajes míticos, distintos de las grandes figuras sacralizadas y sacralizantes) en la medida en que podía castigarse al autor, es decir en la medida en que los discursos podían ser transgresivos. El discurso, en nuestra cultura (y sin duda en muchas otras), no era, originalmente un producto, una cosa, un bien; era esencialmente un acto —un acto colocado en el campo bipolar de lo sagrado y de lo profano, de lo lícito y de lo ilícito, de lo religioso y de lo blasfemo. Históricamente ha sido un gesto cargado de riesgos antes de ser un bien trabado en un circuito de propiedades. Y cuando se instauró un régimen de propiedad para los textos, cuando se decretaron reglas estrictas sobre los derechos del autor, sobre las relaciones autores-editores, sobre los derechos de reproducción, etcétera —es decir, a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX— es en ese momento que la posibilidad de

transgresión perteneciente al acto de escribir tomó cada vez más el cariz de un imperativo propio a la literatura.”²⁹⁹

Otro fenómeno que se da en torno a la creación literaria y a las invenciones en el ámbito de la propiedad industrial, es el hecho de que dos o más personas en diferentes países tengan la misma idea y que de forma casuística lleguen a los mismos resultados, por ejemplo, una invención que pueda presentarse en dos oficinas de patentes de dos países distintos, o bien, como sucede en el ámbito literario, la idea de un determinado relato o melodía musical, se encuentra en las mentes de dos o más poetas o artistas, o dicho de otro modo, una misma idea puede surgir en la imaginación de dos o más creadores o inventores, en la misma época y en lugares distintos.

La LFDA no dice nada al respecto; si nos atenemos al sistema de patentes, queda claro de que aplica el principio latino de “*primus ad tempus, primus in iure*”, sin embargo, en el plano artístico y literario del derecho de autor, no existe una regla que nos otorgue una guía clara de que hacer si se presenta dicho caso.

A modo de ejemplo, es conocida la pugna entre Isaac Newton y Gottfried Leibniz, por la paternidad en el descubrimiento del cálculo infinitesimal, que es una herramienta científica y tecnológica de primer nivel y que se emplea en diversas ramas.

De acuerdo con Antonio J. Durán, matemático y escritor español, ambos filósofos llegaron al descubrimiento del concepto del cálculo; primero Newton entre los años de 1666 y 1669, publicando su obra hasta el año de 1704, en tanto que Leibniz entre los años de 1675 y 1676, publicando sus ensayos en los años de en 1684 y 1686.

“Se considera que Newton y Leibniz lo descubrieron porque: (1) sintetizaron dos conceptos, que hoy denominamos derivada e

²⁹⁹ Foucault, Michel. ¿Qué es un autor? En: <https://azofra.files.wordpress.com/2012/11/que-es-un-autor-michel-foucault.pdf> p. 61.

integral, (2) desarrollaron las herramientas que permiten manejarlos, (3) mostraron que son conceptos inversos –a esto se le llama el teorema fundamental del cálculo–, y (4) enseñaron cómo utilizarlos para resolver de forma unificada un enorme catálogo de problemas que hasta entonces habían venido estudiándose caso a caso. El cálculo infinitesimal convierte en meros ejercicios que podría resolver un estudiante de Bachillerato problemas que, hasta entonces, para su solución necesitaron del genio de un Arquímedes, un Galileo, un Fermat o un Pascal.”³⁰⁰

De igual forma, existe el mito o la creencia en el sentido de que el derecho de autor protege a las ideas, nada más alejado de la realidad, ya que existe el consenso en la doctrina y está estipulado en la mayoría de las legislaciones que el derecho de autor, sólo protege la forma en que las ideas se protegen, quedando en el dominio público la idea como tal, lo que ha llevado a amplias discusiones en el terreno de la literatura autoral.

1.2.- Titulares derivados.

En contraposición a los sujetos originarios de obras artísticas, la legislación reconoce a los sujetos derivados de las mismas; siendo éstos, los titulares quienes han adquirido los derechos patrimoniales de la obra, ya sea por disposición legal (en el caso de los herederos o el propio Estado), o bien, bajo cualquier título, ya sea mediante contrato de cesión o de licencia. Asimismo, la LFDA señala excepciones a este principio como acontece en los programas de cómputo o informáticos, en los cuales el empleador, patrón o empresario, se considera sujeto originario y, por lo tanto, detenta los derechos patrimoniales.

Una de las críticas a este sistema, es que el autor como persona natural, queda de cierta manera “desprotegido” de los beneficios de su obra, al menos, en

³⁰⁰ Durán, Antonio J., “Científicos en guerra: Newton, Leibniz y el cálculo infinitesimal”, *El país*, sección Ciencia, Madrid, 15 de agosto de 2017, https://elpais.com/elpais/2017/07/31/ciencia/1501499450_270522.html

el caso de los programadores de software, aunque habrá de determinar si puede considerárseles como autores – o artistas- como ocurre en el caso de las “bellas artes”, es decir, como acontece con poetas, escritores, dramaturgos, músicos y cineastas.

En el caso del cine, Ramón Obón se remite a la Guía del Convenio de Berna, el cual reconoce tres aspectos en relación con la titularidad de la obra cinematográfica: i. el sistema del film copyright; ii. El film como una obra en colaboración y, iii. la presunción de cesión de derechos a favor del productor.³⁰¹

Al ser las personas morales incapaces de tener emociones y pensamientos que sean susceptibles de crear obras artísticas, por una ficción legal, se les reconocen derechos patrimoniales en los denominados derechos conexos, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma: a. distribución, b. comunicación pública, c. transformación.

1.2.1.- Facultades patrimoniales de los titulares derivados.

Recordemos que en el capítulo III, al abordar el tema de los derechos conexos y su aparición en el mundo del derecho de autor en México, se señaló que no sólo los artistas e intérpretes (personas físicas) gozarían de derechos morales y patrimoniales, sino que los editores de libros, los organismos de radiodifusión, los productores de fonogramas y videogramas, la LFDA les reconoce esta clase de derechos para proteger las creaciones artísticas de las que son titulares.³⁰²

Así pues, entre los titulares derivados que reconoce el título V de la LFDA, que tienen un derecho conexo o vecino, se encuentran los siguientes: editores de libros, productores de fonogramas, productores de videogramas y organismos de radiodifusión.

De esta manera, los derechos de orden patrimonial que les reconocen el actual sistema positivo, se encuentran los siguientes:

³⁰¹ Cfr. Obón León, Ramón. *Derecho de autor y...cit.*, nota 247, p 127

³⁰² *Vid. Infra* Capítulo III, puntos 4.3.1. y 4.3.2.

A.- Editores de libros.

Siguiendo el texto de la LFDA, se entiende por “libro” a toda publicación unitaria, no periódica, de carácter literario, artístico, científico, técnico, educativo, informativo o recreativo, impresa en cualquier soporte, cuya edición se haga en su totalidad de una sola vez en un volumen o a intervalos en varios volúmenes o fascículos. (Artículo 123)

Así pues, se considera al editor como la persona que tiene la capacidad financiera y material de editar cualquier manuscrito, la LFDA nos brinda la siguiente definición en su artículo 125: El editor de libros es la persona física o moral que selecciona o concibe una edición y realiza por sí o a través de tercero su elaboración.”

Respecto del mercado de libros en la Antigüedad, Grecia en particular, el poeta e historiador mexicano Alfonso Reyes, nos brinda información relevante de lo que significa la palabra “Libro”:

“En la apología de Platón, Sócrates dice que los libros del filósofo Anaxágoras cuestan una dracma por pieza, Jenofonte en sus Memorias Socráticas, refiere como su maestro, acompañado por los discípulos, acostumbraba a trabajar con “libros” – y usa efectivamente la palabra “biblion”- de los sabios pasados y seleccionaba algunos pasajes. Dionisio de Halicarnaso cita una observación de Aristóteles sobre el hecho de que en Atenas los discursos de los oradores famosos se venden por centenares.”³⁰³

Tal como se señaló en el capítulo II, al abordar la filosofía del utilitarista del copyright, los “*stationary*” o gremio de editores en la Inglaterra del siglo XVIII, gozaban de un derecho exclusivo sobre la tipografía de sus libros, el derecho de autor apenas había nacido a la vida jurídica, no estaba muy claro si la titularidad era del autor o del editor, siguiendo a Mark Rose, antes del Estatuto de la Reina Ana,

³⁰³ Reyes, Alfonso. *op. cit.*, nota 13

los autores sólo tenían el derecho de ser demandados por las ideas que expresaban en los libros, quedando el derecho de edición a favor del editor.³⁰⁴

Es interesante observar que la historia de la industria editorial o “*publishing*”, coincide con el nacimiento del sistema económico capitalista, el *copyright* permitió el desarrollo de la industria cultural del mercado de libros; de manera paulatina, los autores han tenido que luchar durante siglos para que se les reconozcan dentro de los derechos humanos, tal y como acontece hoy en día.

En este mismo sentido, el artículo 125 de la LFDA otorga a los editores de libros, las siguientes facultades:

- I. La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus libros, así como la explotación de los mismos;
- II. La importación de copias de sus libros hechas sin su autorización, y
- III. La primera distribución pública del original y de cada ejemplar de sus libros mediante venta u otra manera.

Dichas facultades serán por el término máximo de 50 años, pasando dicho término el libro caerá al dominio público, sin menoscabo del derecho del escritor, que, en México, es de 100 años contados desde la muerte del autor.

B.- Productores de fonogramas.

El desarrollo de la industria musical nace con el fonógrafo del inventor estadounidense Tomás Alba Edison, quien en 1877 patentó un cilindro que podía registrar sonidos incluyendo voz humana, sin embargo, no fue hasta el año de 1889, cuando el ingeniero alemán Emile Berliner, patentó el gramófono, aparato que consistía en el registro y reproducción sonora en discos de baquelita; en 1901, nace

³⁰⁴ Cfr. Rose, Mark. *op. cit.*, nota 65.

la compañía RCA Víctor, empresa icónica por su logotipo del perro que escucha el gramófono de su dueño.³⁰⁵

En los primeros años del siglo XX, nace formalmente la industria musical, se crea un mercado mundial de fonogramas que contenían obras musicales, surge entonces la necesidad de asegurar los derechos de los productores, de los músicos y compositores que participaban en la creación de discos.

De manera paulatina, los países comenzaron por reconocer derechos a la industria fonográfica, representada por la letra “P” encerrada en un círculo, primero en el Convenio de Roma de 1961, citado en el capítulo III de la presente investigación, en cuyos artículos 10 a 12 regulan los alcances de los derechos conexos de los productores de fonogramas.

Siguiendo este criterio, la LFDA señala en su artículo 129 que se entiende por fonograma a toda fijación, exclusivamente sonora, de los sonidos de una interpretación, ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos.

En este sentido, los artículos 131 y 131 bis disponen lo siguiente:

“Artículo 131.- Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir:

- I. La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus fonogramas, así como la explotación directa o indirecta de los mismos;
- II. La importación de copias del fonograma hechas sin la autorización del productor;
- III. La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones;

³⁰⁵ Se invita al lector a consultar la línea de tiempo de la industria fonográfica, en el sitio de internet de la librería del Congreso estadounidense, que es el órgano encargado del depósito de las obras protegidas bajo el *copyright* de ese país, en: <https://www.loc.gov/programs/national-recording-preservation-plan/tools-and-resources/history/timeline/>

- IV. La adaptación o transformación del fonograma, y
- V. El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, aún después de la venta del mismo, siempre y cuando no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.”

En México, existen diversas sociedades de gestión colectiva que velan por intereses de los productores también denominadas editoras musicales, cabildeó de manera efectiva para que el legislador incluyera un nuevo Artículo en la Ley, que les permitiera cobrar regalías a los bares, restaurantes y discotecas que tuvieran un *Disc Jockey* que amenizará con música a los comensales. Dichas sociedades son AMPROFON y SOMEXFON, la primera representa a los fabricantes de fonogramas, sector que ha tenido que adaptarse a la muerte del mercado de discos y casetes, así como a la piratería de soportes físicos de las obras amparadas, en tanto que la segunda, cobra las regalías por la comunicación pública de obras musicales, por ejemplo, su radiodifusión o uso en lugares públicos donde se cobre una entrada o “cover”.

De esta forma, dichas agrupaciones realizaron acciones de cabildeo legislativa, a fin de que los Diputados de la legislatura de 2003, se adicionará un el artículo 121 bis a la LFDA, el cual señala de manera textual lo siguiente:

“Artículo 131 bis.- Los productores de fonogramas tienen el derecho a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus fonogramas que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio o comunicación pública o puesta a disposición.”
(Artículo adicionado DOF 23-07-2003)

A diferencia de los editores de libros, la protección que les brindaba la LFDA a los productores de fonogramas, era por el término de 50 años, sin embargo, por reforma legislativa publicada en el DOF el día 23 de julio de 2003, se aumentó a 75 años, contados a partir de la primera fijación de los sonidos en el fonograma.

C- Productores de videogramas.

En el capítulo III, se señaló que el termino videograma es aquel formato por medio del cual se captan imágenes en movimiento con o sin sonido incorporado, el término surgió en los años setentas del siglo pasado, con el advenimiento del videocasete como soporte de video analógico y digital, diversas agrupaciones de las denominadas “industrias culturales”, como la *Motion Pictures Association of America*, que representan a los productores de Hollywood, cabildearon para que se les reconociera el *copyright* sobre el soporte material, el derecho de distribución se agotaba con la venta del ejemplar físico, pero no permite la copia masiva de un contenido audiovisual, ni su radiodifusión, asegurando así los productores, el derecho exclusivo por una vigencia máxima de 50 años a partir de la incorporación de las imágenes en el videograma.

D.- Organismos de radiodifusión.

Una primera aproximación al termino “organismo de radiodifusión”, lo encontramos en el artículo 139 de la LFDA, que dispone: “...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.”

A partir de los la invención de la radio a principios del siglo XIX, dicho fenómeno representó un desafío legal para el régimen de derecho de autor de aquél entonces, fue necesario establecer con claridad qué sucedía con las obras radiodifundidas, por ejemplo ¿a quién correspondían la titularidad de las emisiones?

De manera paulatina, el marco internacional tuvo que ser actualizado, en la revisión del Convenio de Berna, celebrado en la ciudad de Roma en 1928 (Acta de Roma), se estableció en los artículos 10 bis y 11 bis, provisiones relativas al derecho patrimonial de radiodifusión:

“1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

- (i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
- (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;
- (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”

La multicitada tratadista Delia Lipszyc nos aporta información importante acerca del alcance del derecho de radiodifusión, su relación con los autores y las sociedades de gestión colectiva durante aquellos años:

“Los organismos de radiodifusión insistían en la necesidad que tenían de disponer de obras para la radiodifusión y alegaban que si no se establecían limitaciones del derecho exclusivo de los autores podían encontrarse sin protección frente a los posibles abusos de las sociedades de autores que se hallasen en una posición monopolística.”³⁰⁶

Más adelante, en la Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (26 de octubre de 1961), se garantizaron los derechos conexos de los titulares de la radio y televisión, denominados “organismos de radiodifusión, por ejemplo, los artículos 3 y 7 prevén criterios para la retransmisión de programas, asimismo, se establece una protección para los artistas e intérpretes que trabajen para los organismos de radiodifusión, entre otras provisiones.

Un estudio más sistemático del tema, es revisar en contenido de la ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión, que es la ley especializada que regula con

³⁰⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 643

mayor amplitud el tema de la radiodifusión, para los efectos del citado ordenamiento, se entiende por Radiodifusión lo siguiente:

“Artículo 3, fracción LIV. Propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, incluidas las asociadas a recursos orbitales, atribuidas por el Instituto a tal servicio, con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello;”

Al ser el espectro radioeléctrico un bien público regulado por el Estado, en el ámbito del derecho administrativo existe la figura de la “concesión”, el cual es un acto administrativo discrecional, que se otorga a un particular que tiene la capacidad financiera y operativa, de explotar dicho bien público, ya sea a través de ondas de radioeléctricas como el radio y la televisión, a través de una red pública de comunicaciones en su modalidad de cable, o bien, mediante un satélite.

Retomando el tema del denominado “*must carry & musto offer*”, señalado en el capítulo anterior (LFDA de 1996), se mencionó que dicho término tiene su origen en la legislación y jurisprudencia estadounidense, aplica tanto para los organismos de radiodifusión y empresas de televisión en su modalidad de cable y satelital, significa en esencia la obligatoriedad de retransmitir por el sistema de cable el contenido audiovisual de las emisiones realizadas por un organismo de radiodifusión, y a su vez, la obligatoriedad de dichos organismos a permitir la retransmisión de dichas emisiones.

Más adelante, al analizar las restricciones o límites al derecho patrimonial de autor o contempladas en la actual LFDA (punto 5.4), se revisará con mayor detalle el fenómeno de la retransmisión de las obras radiodifundidas por cable o satélite, lo

que originó la reforma del año de 2014, al artículo 27 de la LFDA, lo que a nuestro juicio es una derrota al sistema normativo.³⁰⁷

Respecto de la vigencia de protección que el actual sistema normativo les brinda a los organismos de radiodifusión, es por el término de 50 años contados a partir de la fecha de primera emisión. (Artículo 146)

2.- La obra como objeto de protección del derecho de autor.

La obra es el objeto de protección del derecho de autor, la doctrina en torno a la materia autoral, sostiene que es la impronta que un ser humano imprime sobre su creación intelectual:

“obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individual suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.”³⁰⁸

Otro de los conceptos de obra, lo podemos encontrar en el *copyright*, bajo el término “*work*”, u obra que es objeto de protección del derecho de copia. Bajo la ley del *copyright*, una obra original cuya autoría se fija en cualquier medio tangible de expresión, conocido o por conocer, por medio del cual la obra puede ser percibida o reproducida o dada a conocer, ya sea de forma directa o con la ayuda de un mecanismo o dispositivo.³⁰⁹

Hasta aquí, conviene aclarar que, salvo ciertas excepciones, no se considera al soporte material (*corpus mechanicum*), como objeto de protección de la Ley, ya

³⁰⁷ “Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir: VII... “Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan. DOF 14/07/2014.

³⁰⁸ Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, p. 61

³⁰⁹ Sheppard, Stephen. Edit. Edit. *Bouvier Law Dictionary*, Compact edition, Wolters Kluwer Law & Business, USA, 2011, p. 1192. (La traducción es nuestra)

que sólo contienen la obra, por lo que en el ámbito de la doctrina jurídica europea, la forma de expresión (*corpus mysticum*) y la obra son objeto de protección, tal y como lo dispone el artículo 38 de LFDA: “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.”³¹⁰

Recordemos que algunas teorías estéticas en torno a la creación artística y literaria sostienen que los originales de las obras arquitectónicas, escultóricas y pictóricas, contienen un “aura”, es decir, poseen el espíritu de su creador o creadores.³¹¹

Lynette Owen advierte que el significado preciso del término obra literaria puede variar ligeramente de un país a otro, de acuerdo con la definición exacta que se tenga en su ley nacional de derechos de autor; “en el Reino Unido abarca cualquier obra original en forma escrita, incluyendo programas de cómputo, compilaciones y ciertos tipos de bases de datos.”³¹²

A modo de ejemplo, dicha investigadora toma el caso de México, dónde las obras protegidas por el derecho de autor son aquéllas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio; incluyen obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas, o transmitidas por radio, televisión u otros medios de difusión.³¹³

El artículo 4 de la LFDA, establece diversos tipos de obras íntimamente relacionadas con la figura del autor, entre cuales destacan las siguientes: a) según

³¹⁰ Caballero Leal, José Luis. *op. cit.*, nota 1; p. 29; De la Parra Trujillo Eduardo. *Derechos humanos y...cit.* nota 10, p. 170.

³¹¹ Benjamin, Walter. *op. cit.*, nota 137.

³¹² Owen, Lynette. *op. cit.*, nota 51, p. 4

³¹³ *Ídem.*

el autor, b) según la comunicación de la obra, c) según el origen, d) según los creadores que intervienen, a continuación, nos permitimos realizar el siguiente análisis normativo:

“a.- Según el autor,

I.- Conocido: Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor.”

En la historia del arte existen varios ejemplos de autores conocidos, desde Sócrates y Platón en la antigüedad; los músicos y pintores renacentistas, los que contribuyeron al desarrollo de la armonía en los periodos clásicos y barrocos, en tanto que en la pintura y escultura son bien conocidos los trabajos de Leonardo Da Vinci en diversas disciplinas: tales como la anatomía, la óptica y el diseño industrial en la concepción de máquinas y herramientas.

Conviene recordar que, desde la Antigüedad la autoría no tiene otra consecuencia fuera de la fama, y que parece que el autor sólo busca la creación de su obra una especial forma de inmortalidad, tal como luego la concibió el pensamiento renacentista: La perpetuación de la memoria de las generaciones.³¹⁴

Durante el Renacimiento, la creación escultórica y pictórica era un asunto colectivo, si bien es cierto que, en los talleres de Leonardo y Miguel Ángel, dichos autores realizaban los bocetos de las imágenes para los lienzos y frescos, los aprendices se encargaban de detallar, colorear e incluso dibujar a las personalidades retratadas, por lo que algunas pinturas realizadas durante el Renacimiento, existe duda en cuanto a la paternidad de las mismas.

“II. Anónimas: Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación. Por motivos políticos o de censura, algunos autores

³¹⁴ Obón León, Ramón. *Los derechos de autor...cit.*, nota 105, p.3

han preferido el anonimato ante el temor de destierro o de persecuciones políticas o religiosas, por lo que existen muchos textos cuya autoría se desconoce.”

Ante la falta de un autor cierto o determinado, la obra cae en el dominio público, por lo que puede ser utilizada por cualquier persona, tal y como sucede con las anécdotas de la literatura universal, la Biblia, el Popol Vuh, los refranes y dichos populares, por citar algunos ejemplos, hoy son parte de imaginario colectivo. De ahí la importancia de contar con un dominio público moderado en pro de un sano equilibrio entre los autores y/o titulares derivados, y los derechos culturales.

A su vez, la tecnología ha permitido el anonimato en el internet, en especial, en las denominadas “redes sociales”, en donde la herramienta del meme, permite crear obras derivadas con el propósito de informar, entretener, ilustrar y hasta difamar. En la era de la información y la cultura digital, el concepto tradicional de autoría y obra, debe ser revisado ante los nuevos desafíos que implica dicha fenomenología.

“III. Seudónimas: Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor”.

Al igual que el autor anónimo, el seudónimo o “*nom de plum*”, ha sido utilizado por diversos autores para evitar la censura o la persecución política o religiosa. Es ya un sitio común el caso del poeta y escritor chileno de nombre Ricardo Eliécer Neftalí Reyes Basoalto, quien, ante la persecución comunista desatada en el mundo a principios del siglo XX, optó por usar el nombre de Pablo Neruda, quien a la postre ganó el premio Nobel de literatura en 1971, y cuya muerte se atribuye a la dictadura militar de Augusto Pinochet.

Por ejemplo, en la historia de la literatura erótica francesa del siglo XIX, circulaba una novela titulada “memorias de una pulga”, texto satírico que revelaba las

confesiones de un ácaro en las complacientes alcobas de un burdel en la ciudad de Paris, en Francia. Por razones obvias, el autor o autores de dicho texto, prefirieron guardar el anonimato.

Lo mismo sucede en el ámbito de los artistas e intérpretes, quienes utilizan un nombre ficticio o artístico, por esa razón existe en la LFDA la figura de la reserva de derechos de uso exclusivo sobre nombres ficticios y artísticos (artículos 173 – 191), la cual, por motivos de extensión, no será objeto de estudio de la presente investigación.

“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. En el caso de declamación o recital, que en esencia es la comunicación de la obra ante un auditorio, estaríamos ante una modalidad de comunicación o divulgación.”

Antes de la llegada de la cinematografía y el Internet, las obras dramáticas (teatrales) y musicales se ejecutaban públicamente en teatros y plazas públicas; en el caso de los libros, la divulgación consistía en poner a disposición del público lector, los ejemplares físicos de la obra, con la llegada del cine, se crea un nuevo sector económico, especializado en la exhibición de películas, el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción y almacenamiento sonoro permitió a la radio y más adelante a la televisión, transmitir o retransmitir obras musicales y audiovisuales, lo que dio origen a la redacción del actual artículo 4 en estudio.

El internet y otras plataformas de comunicación como “*Whatsapp*”, permiten la comunicación de obras literarias por medios telemáticos; en segundos, los acontecimientos de la vida cotidiana pueden ser registrados y almacenados en un

dispositivo móvil o teléfono celular, y ser transmitido a una red social, lo que nos obliga a reflexionar acerca de los alcances y límites del concepto de “comunicación pública”, como modalidad de explotación de la obra.

Al analizar el derecho patrimonial de reproducción de obras en el internet, Eduardo De la Parra, señala que los sistemas de “*up load*” y “*down load*”, que se realizan a diario entre computadoras y dispositivos móviles, son actos de reproducción, sin embargo, la problemática es torno al almacenamiento de obras en la memoria de dichos instrumentos.³¹⁵

En el punto 6.2 de la presente investigación, nos detendremos a analizar cada una de las facultades patrimoniales contenidas en la LFDA y en otras legislaciones, y de los retos y desafíos que representa el fenómeno de circulación de obras artísticas en el internet y otras tecnologías.

“II. Inéditas: Las no divulgadas, y”

Es decir, que la obra no se haya dado conocer, ya sea por disposición del propio autor, o por cualquier otra causa.

“III. Publicadas:

a) Las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra, y..”

b) Las que han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares;”

³¹⁵ De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.* nota 10, p. 639

A juicio de Luis Schmidt, la redacción del citado artículo es incongruente e incompleta, ya que omite las obras objeto de la comunicación pública en sentido estricto ³¹⁶

Siguiendo con el estudio del presente artículo, tenemos el siguiente inciso:

“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;”

La idea del legislador fue el de establecer un criterio de originalidad, el cual como se verá en el punto 3 del presente capítulo es un término ambiguo, en virtud de contiene más de un significado, sin embargo, dicho artículo sigue la directriz que establecen los artículos 2, tercer párrafo y 14 ter, del Convenio de Berna, en el sentido de que la obra cinematográfica debe considerarse como una obra “original”.³¹⁷

Por esta razón, el artículo 95 de la LFDA, establece que, “sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras adaptadas o incluidas en ella, la obra audiovisual, será protegida como obra primigenia”.

“D. Según los creadores que intervienen:

I. Individuales: Las que han sido creadas por una sola persona;

³¹⁶ Cfr. Schmidt Ruiz del Moral, Luis. *op. cit.*, nota 238, p. 25

³¹⁷ “1) 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.”. Convenio de Berna. *op cit.* nota 33.

II. De colaboración: Las que han sido creadas por varios autores, y
III. Colectivas: Las creadas por la iniciativa de una persona física o moral que las publica y divulga bajo su dirección y su nombre y en las cuales la contribución personal de los diversos autores que han participado en su elaboración se funde en el conjunto con vistas al cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de ellos un derecho distinto e indiviso sobre el conjunto realizado.”

El inciso “D” en estudio, contiene tres supuestos, el primero reafirma la doctrina de que autor persona física, es el sujeto originario del derecho de autor, sin embargo, de una primera aproximación a los términos “colaboración” y “colectivas”, resulta interesante tal distinción, ya que ambos términos guardan un grado de similitud semántica; esto es, “colaboración” define la acción y efecto de colaborar en la realización de una obra, en tanto “colectivas” es un adjetivo perteneciente o relativo a una agrupación de individuos, por ejemplo, memoria colectiva.³¹⁸

Sin embargo, la intención del legislador de optar por establecer tal distinción, obedeció a la necesidad de los productores de “las industrias culturales”, a fin de garantizarles un mayor monopolio o privilegio. El artículo 83 de la LFDA, los considera como titulares originarios del resultado creativo, es decir, de la obra.

Para corregir las graves omisiones del texto originario de la LFDA, la legislatura en turno adicionó un artículo 83 bis, el cual establece el derecho de las personas que colaboren en obras, de percibir el pago regalías por comunicación pública, como se verá con mayor detenimiento en el punto 5 del presente capítulo.³¹⁹

³¹⁸ S.v. Real Academia Española. *op. cit.*, nota 29.

³¹⁹ “Artículo 83 bis.- Adicionalmente a lo establecido en el Artículo anterior, la persona que participe en la realización de una obra musical en forma remunerada, tendrá el derecho al pago de regalías que se generen por la comunicación o transmisión pública de la obra, en términos de los Artículos 26 bis y 117 bis de esta Ley.” Artículo adicionado DOF 23-07-2003.

Siguiendo el criterio de los especialistas en la materia, entre ellos, Delia Lipszyc, Ramón Obón, Fernando Serrano Migallón, Ignacio Otero, Miguel Ángel Ortiz Bahena y Eduardo de la Parra, dividiremos el estudio de la obra, de acuerdo a la siguiente metodología: originalidad, fijación, los diversos tipos de obras conforme a la rama de su especialidad creativa, así como la diferencia entre plagio y piratería, y casos de plagio en obras musicales y audiovisuales.

2.1.- Originalidad.

Si para la doctrina clásica del derecho de autor, la originalidad puede definirse como la impronta personal del autor sobre su obra, entonces la originalidad radica en la forma de expresar los arquetipos culturales que abundan en el imaginario colectivo, por lo tanto, interpretación y creación se funden en un solo concepto, ya que toda creación puede ser la interpretación de un fenómeno estético *a priori*; es decir, una idea que *a posteriori* se transformará en una obra literaria o artística.

De acuerdo con el artículo 3 de la LFDA, es el requisito primordial para obtener la protección legal: “Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación sea original, susceptibles de ser reproducidas en cualquier forma o medio”. (sic). Sin embargo, dicha definición no brinda una explicación clara de qué debe de entenderse por originalidad.

David Rangel Medina, explica que existe un consenso general en la doctrina, de que el derecho de autor protege las obras que pertenecen al campo literario y artístico, siempre que constituyan creaciones originales y que sean actos de una persona física, el autor, a quien se le confiere un monopolio sobre la reproducción y difusión de la obra.³²⁰

Para Serrano Migallón, la originalidad es el requisito *sine qua non* que debe de tener toda obra literaria y artística, es la calidad de una obra literaria o artística que la hace única y sin relación directa con una preexistente, es decir, que la obra

³²⁰ Cfr. Rangel Medina, David. *op. cit.*, nota 49, p. 114

sea primigenia, sin embargo, creemos que esta definición no contempla el hecho de que dos personas, en diferentes partes del mundo, tengan una misma idea creativa, pero que al momento de expresar dicha idea en una obra artística, guarden ciertas similitudes.³²¹

Otra de las notas distintivas de la creatividad, es la impronta del autor, esto es, el sello de la personalidad del mismo sobre su obra, sin embargo, esta postura no dice nada si la obra se basó en una idea o un mito del dominio público, por ejemplo, una adaptación de un pasaje de la Biblia o una obra teatral de Shakespeare, entonces, conviene formular la siguiente pregunta ¿Dicha obra pierde la protección legal?

La respuesta dependerá si la obra, fue copiada en su totalidad de otra existente, o sólo se tomó la idea central de la obra primigenia, a fin de establecer si existe o no, algún “grado de semejanza” entre ambas obras.

Otros tratadistas como De la Parra, señalan en distinguir entre la teoría de la originalidad objetiva y la teoría de la originalidad subjetiva, de la siguiente forma:

“La teoría de la originalidad objetiva equipara, prácticamente la originalidad con la novedad, exigiendo que la obra sea única y diferente a otras creadas previamente”³²².

Para este tratadista, dicha postura puede resultar arbitraria e injusta, ya que, de aplicarse discrecionalmente, dejaría sin protección obras derivadas o adaptadas, amén que resulta irreal que una obra original, no pueda tener ningún tipo de influencia en alguna obra que pueda estar en el dominio público.

³²¹ Cfr. Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.*, nota 14, p. 598.

³²² De la Parra Trujillo, Eduardo. “Artículo 3”, en Ortiz Bahena, Miguel Ángel. Cord., *op. cit.* nota 238, p. 18

A *contrario sensu*, la teoría de la originalidad subjetiva, “pone énfasis, no en la obra, sino en el autor. Si el autor generó un esfuerzo propio (individual), es decir, no copio la forma de expresión de otro, su obra cumplirá con el requisito de originalidad...”³²³

Para los críticos del *copyright* Smiers y van Schijndel, quienes afirman que “la originalidad es un concepto relativo y no puede justificar el mantenimiento incluso los aspectos relacionados con los derechos morales del *copyright*, algunos artistas podrían considerar que no hacemos justicia a su obra. Pueden pensar que han creado una obra de arte unificada que otros no están autorizados para cambiar, y que desde luego no se debe de usar fuera del contexto para el que se pensó.”³²⁴

Por lo tanto, concluimos que la originalidad no es una noción absoluta, es decir, la creación de una obra literaria o artística es un acto personal que implica la subjetividad de un fenómeno, una idea o un acontecimiento, recordemos que no se protegen las ideas, sino su forma de expresión, de ahí que el artista o creador tenga que acudir a la observación y mimesis de la naturaleza, e incluso, en copiar parte de una obra preexistente para crear una obra nueva o bien, una obra derivada.

Como se puede apreciar, la problemática que plantea la originalidad, no tiene una fórmula o respuesta sencilla, en virtud de que no existe un concepto consensuado por parte de autores, titulares derivados y usuarios de lo que se debe de entender por original, sin embargo, no por el hecho de que una obra se base en otra, no significa que pierda su protección legal, como acontece con la obra cinematográfica o audiovisual, que se considera como obra primigenia.³²⁵

Para ilustrar lo anterior, conviene recordar otro caso de plagio; la viuda del autor irlandés Abraham “Bram” Stoker, célebre por ser el autor de *Drácula*, demandó

³²³ *Ídem*, nota 238.

³²⁴ Smiers, Joost y Van Schijndel. *op. cit.*, nota 168, p. 35

³²⁵ Artículo 95 LFDA. “Sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras adaptadas o incluidas en ella, la obra audiovisual, será protegida como obra primigenia.”

al productor de la película “*Nosferatu*”³²⁶ del director alemán Friedrich Wilhelm Murnau. Después de años de litigio, el fallo judicial fue favorable a los intereses de la viuda de Stoker, por lo que el juez ordenó la destrucción del negativo de la película, lo que a nuestro juicio resulta una arbitrariedad, si se toma en cuenta el valor estético y la trascendencia cultural de la película, independientemente de que se si contó o no, con la licencia por parte de la viuda del escritor.

2.1.1.- Diferencia entre plagio y piratería.

Es necesario realizar una distinción entre ambos términos; una primera aproximación a la palabra “piratería”, se refiere a la acción de los corsarios ingleses de los siglos XVII-XVIII, que consistió en capturar y saquear en altamar las naves españolas cargadas de oro y plata de las colonias en la América septentrional. De ahí que la piratería se utiliza en el derecho internacional para designar la acción de y depredar en el mar.³²⁷

. A su vez, el jurista mexicano Víctor García Moreno, menciona que este vocablo se emplea, aunque de manera equivocada, en el derecho autoral internacional para indicar el uso no autorizado por su titular de ciertas obras protegidas por el derecho de autor, especialmente cuando dicha reproducción no autorizada se hace a nivel internacional.³²⁸

A modo de ejemplo, podemos citar el caso de plagio que se suscitó en torno a la obra titulada “El Zarco”, libro de Don Ignacio Altamirano, el cual fue objeto de una contienda de carácter penal entre David Carpinteyro, autor de una adaptación cinematográfica sobre la misma, y el productor Miguel Contreras Torres, productor de la película con el mismo nombre, la tarde del día 6 de noviembre de 1920, durante el estreno en la ciudad de México.³²⁹

³²⁶ Ficha técnica: https://www.imdb.com/title/tt0013442/fullcredits/?ref_=tt_ov_st_sm

³²⁷ Vid. Sánchez Fernández, Ernesto, *Régimen legal...cit.*, nota 127, p. 137

³²⁸ Cfr. García Moreno, Víctor. “Piratería”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. IV, *op. cit.*, nota 4, p. 2409

³²⁹ Ramírez, Gabriel. “Miguel Contreras Torres (1899-1981)”, *Cineastas de México No. 9*, Universidad de Guadalajara, Centro de Investigaciones y Enseñanza Cinematográficas, México, 1994. Citado

Los diarios de la ciudad narran la siguiente historia:

“Un enorme escándalo en varias salas de cine”

“Se suspendió la exhibición de “El Zarco” en medio de las más ruidosas protestas.

Un gran escándalo se produjo ayer en los principales salones de cinematografía de esta capital, al ser suspendida la exhibición de la película de “El zarco” por orden del juez tercero penal.”³³⁰

De acuerdo con el periódico “El Universal”, el origen de este conflicto se dio cuando el señor David Carpinteyro de la Llave, “registró la propiedad literaria de una adaptación cinematográfica de la novela “El Zarco”, original de Don Ignacio Altamirano. Muy posteriormente el señor Miguel Contreras tuvo la idea de llevar a la pantalla la obra de este autor y, al efecto, procedió a formar una compañía y logró sus propósitos lanzando al mercado la película nacional “El Zarco o Los Plateados”. Por su parte el señor Carpinteyro juzgóse lesionado en sus intereses y demandó a “La Cinema”, casa productora de la película por falsificación. El juez tercero de lo penal dio curso a la demanda y ordenó a la policía judicial que impidiera la exhibición de la película y recogiese las entradas, que quedarán en depósito. Igualmente, ordenó la aprehensión del representante de “La Cinema”, señor Agustín Martínez, que actualmente se encuentra preso en la penitenciaría del Distrito.”³³¹

Desde luego que más adelante se dio la razón al supuesto plagario, Miguel Contreras Torres, ya que contó con el apoyo de los herederos de tan ilustre escritor, además de que la obra de Miguel Contreras difería sustancialmente del guion de David Carpinteyro, para fortuna de la víctima, el escándalo contribuyó económicamente a la recuperación del film en taquilla, toda vez fue incentivo para

por: Sánchez Fernández, Ernesto. “El Zarco o la crónica de un absurdo” en: <http://lexcinema.blogspot.mx/>

³³⁰ *Ídem.*

³³¹ *Ídem*

que la película se exhibiera en casi toda la república mexicana, durante varios meses.

Sin embargo, es importante recordar que, en aquellos tiempos, no existía una legislación en materia de derechos de autor, tal y como la conocemos ahora, en donde el derecho internacional, los tratados en materia de propiedad literaria y de derechos conexos, así como la jurisprudencia supranacional, contienen varias disposiciones que regulan la obra audiovisual, incluyendo la facultad por parte de los autores o titulares de la obra, para reprimir el plagio, incluso, vía la acción penal.

El ordenamiento que regulaba la creación artística y literaria, era en ese momento, el Código Civil de 1884, el cual establecía que el autor tenía la propiedad literaria durante su vida y, a su muerte, pasaba a sus herederos, por lo tanto, al no existir disposiciones claras en torno al derecho de autor, las lagunas o silencios podían ser utilizados como medios para intereses mezquinos y perversos, como en el caso de *Carpinteyro vs. Contreras Torres*.

Todavía estaba lejos de aprobarse la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948, asimismo, en el ámbito del derecho internacional, México aún no había ratificado el Convenio de Berna, siendo hasta el año de 1968, cuando dicha Convención tuvo validez en el territorio de la República Mexicana.

A su vez, el CPF, establece un catálogo de delitos en materia de derechos de autor, tipificando las siguientes conductas:

“I. 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. Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o

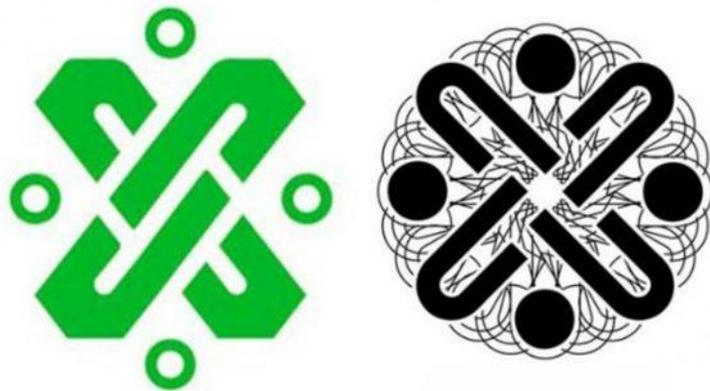
II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.”³³²

Desde luego, dicho ordenamiento contempla otras conductas consideradas como delitos, tales como la venta al público de ejemplares de obras protegidas, con fines comerciales, sin contar con la autorización por parte del titular, así como a quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal, nótese que los supuestos normativos del CPF se refieren a los derechos patrimoniales (reproducción, distribución, almacenamiento, importación, venta, comunicación pública, etc., en tanto que la reparación del daño en el caso de los derechos morales, salvo ciertas excepciones, quedan reservados a la esfera civil y administrativa, por ejemplo: las infracciones en materia de comercio o bien, la reparación por daño moral en términos del CCF y la ley adjetiva civil.

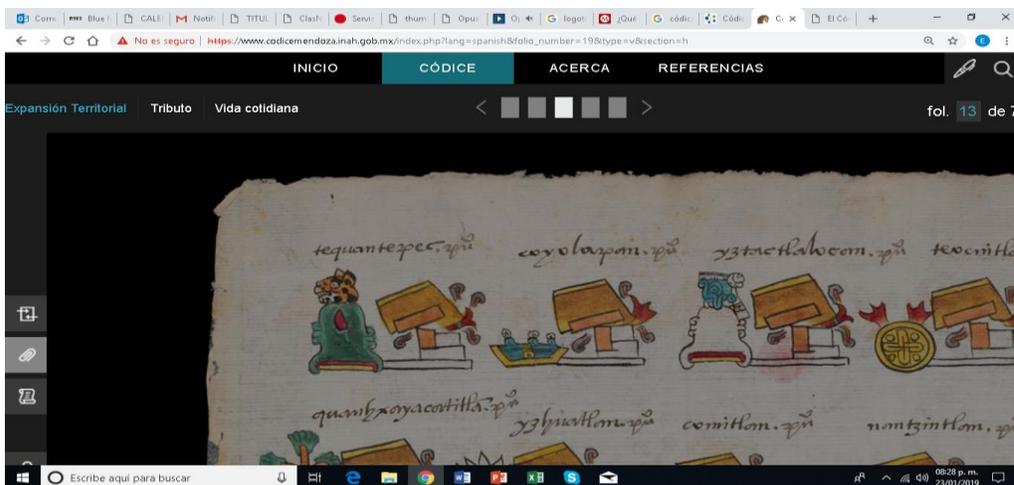
Otro ejemplo más reciente de supuesto plagio, fue el caso del actual logotipo del gobierno de la ciudad de México, que encabeza la Dra. Claudia Sheinbaum, con el logotipo de una marca registrada para amparar los servicios de una banda de rock metal denominada “Neural FX”, en Monterrey. A fin de que el lector se familiarice, a continuación, se muestran ambos logotipos, el de la izquierda representa la nueva administración capitalina, en tanto que el segundo es propiedad de la banda de la agrupación:³³³

³³² Artículo 424 bis CPF

³³³ “Logo de CDMX es similar al de banda de rock, pero no es plagio: IMPI” *Revista Forbes*, noviembre 30, 2018, en <https://www.forbes.com.mx/logo-de-cdmx-es-similar-al-de-banda-de-rock-pero-no-es-plagio-impi/>



Según se desprende de información periodística que se encuentra en el Internet, el logotipo se inspiró en el Códice Mendoza (o Códice Mendocino), sin embargo, hasta dónde se puede observar, se desprende que, en efecto, dichos logotipos tienen un grado de semejanza por decirlo de alguna forma, como se desprende de la siguiente imagen³³⁴:



³³⁴ El Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) realizó la digitalización de dicho Código, durante el año 2014, junto con la biblioteca inglesa, y el *King's College* de Londres, bajo la curaduría de la antropóloga Frances Berdan, especialista en cultura mexicana, y el etno-historiador Baltazar Brito. Se invita al lector a descargar este bello archivo: <https://codicemendoza.inah.gob.mx/index.php?lang=spanish>

A reserva de un análisis más exhaustivo entre los logotipos en pugna, creemos que ambos logos se inspiraron en una idea visual que se encuentra en el dominio público.

2.1.2.- El plagio en la obra musical.

En el libro “La obra derivada musical, entre el plagio y los derechos de autor”, el músico y también jurista español, Antonio Galacho Abolafio, se refiere al caso del compositor Johan Cristian Bach, en contra de una editorial que publicó y vendió copias de varias de sus obras sin su consentimiento, la decisión judicial benefició a dicho creador, al considerar que la partitura puede considerarse como un escrito.³³⁵

Siguiendo a dicho autor, la obra musical figura en la legislación francesa de 1786, en los Estados Unidos, no fue sino hasta 1831, que se reconoció la obra musical, aunque sólo el derecho de reproducción, sin embargo, durante el siglo XIX, la aceptación de la obra musical como objeto protegible, fue de forma lenta y paulatina, es a partir del siglo XX, con el copyright, cuando los derechos de autor sobre la obra musical, supuso un impacto sociocultural en el contexto de la creación, difusión y consumo de la música a nivel masivo.³³⁶

Por considerarlo de relevancia en el presente ensayo, citamos textualmente lo siguiente:

“Para el análisis de una obra literaria, se podrá (antes bien se deberá) ir más allá de la propia forma para recalcar en el fondo como contenido que se transmite por dicha obra protegible, bien para analizar las posibles coincidencias con obras preexistentes. Para el caso de una obra musical, no podemos valernos para emprender tal análisis o comparación de otros elementos que no sean propiamente específicos de la música, esto es, el sonido ordenado

³³⁵ Cfr. Galacho Abolafio, Antonio Francisco. *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*. España, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 156

³³⁶ *Ibidem*, pp. 157 a 159.

melódica, armónica, rítmica y tímbricamente con sus infinitas formas de combinación y transformación.”³³⁷

De ahí que la originalidad en la obra musical, ha sido objeto de un sinnúmero de controversias judiciales, cuyos ejemplos más sobresalientes se verán más adelante, asimismo, varios estudiosos de nuestra disciplina, han contribuido a enriquecer el debate académico en torno a las obras derivadas.

De la Parra, citando a Lipszyc y Villalba, señala que las obras musicales, 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 elemento.³³⁸

Paul Goldstein, igualmente citado por De la Parra, expone un interesante caso resuelto por el famoso juez estadounidense, Oliver Wendel Holmes, quien además de ocupar el cargo de ministro en la suprema corte de justicia de su país, se le considera un teórico del derecho común anglosajón, al resolver, en 1903, el litigio por el uso de música en un hotel:

“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

³³⁷ *Ibidem*, nota 135, p. 164. (El subrayado es nuestro)

³³⁸ “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 éstos 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 samba, el *bosa nova* etcétera del mismo modo que no pueden adquirir derechos exclusivos sobre los géneros literarios.” De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 177

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 basta.”³³⁹

En efecto, el desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción como el cine, la radio y el fonógrafo, permitieron tanto a las empresas editoras y a los autores beneficiarse económicamente de un mercado cada vez más amplio de mercancías culturales, en el caso de los Estados Unidos, tanto el cine producido en Hollywood fueron desplazando paulatinamente las películas realizadas en otros países, más adelante esta tendencia se expandió en la industria musical, un ejemplo fue la legendaria banda de Rock británica “*The Beatles*”, un fenómeno no sólo estético sino cultural, porque la juventud occidental de aquellos años, encontró un símbolo a sus demandas de apertura política y de ascenso generacional, a partir de los *Beatles*, otras bandas del género Rock como *Led Zeppelin*, *The Rolling Stones*, *The Who*, *The Doors* y *Pink Floyd*, inundaban las estaciones de radio de muchos países europeos, de los Estados Unidos y Canadá, un mercado enorme que pronto se expandió a Asia y América latina.

El caso de *Led Zeppelin* es muy significativo ya que tomó prestado del género *Blues* estadounidense y lo transformó en *Heavy Metal*, por lo que ha sido demandada en diversas ocasiones por *copyright infringement* en tribunales estadounidenses. En 1971, la canción “*Whole Lotta Love*” fue copiada de la melodía “*You Need Love*”, cuya autoría pertenece a los músicos afroamericanos Willie Dixon y Muddy Waters, de acuerdo con la edición electrónica de la revista “*Rolling Stone*”, en dicho asunto no se llegó a sentencia judicial, sino que las partes llegaron a un arreglo económico, en donde se reconocía el crédito de Willie Dixon sobre la misma.³⁴⁰

³³⁹ *Ibidem*, nota 10, p. 156.

³⁴⁰ Runtagh, Jordan. “Songs on Trial: 12 Landmark Music Copyright Cases”, *Rolling Stone*, <https://www.rollingstone.com/politics/politics-lists/songs-on-trial-12-landmark-music-copyright-cases-166396/>

No es el propósito de la presente investigación exponer y analizar todos los casos de plagio en obras musicales, lo importante aquí es hacer mención los alcances de los derechos patrimoniales, en particular, la facultad de autorizar o prohibir obras derivadas, por ejemplo, la labor de los arreglistas en transformar una melodía del ritmo jazz o blues al rock o viceversa, lo que implica tener cuidado en no “invadir” o transgredir dicha facultad so pena de incurrir en una violación que puede traer consecuencias incluso de naturaleza penal.

A continuación, expondremos la partitura de la canción "*Whole Lotta Love*" de Led Zeppelin y su comparativo con la versión original de “You need love” de Dixon/Waters:

I Just Want To Make Love To You

Words & Music by Willie Dixon

$\text{♩} = 108$ B^{\flat}

The musical score is written in B-flat major and 4/4 time. It features a piano accompaniment with a steady bass line and a melody in the right hand. The score is divided into four systems. The first two systems are instrumental. The third system begins with the lyrics: "1. I don't want you (Verses 2, 3 & 4 see block lyrics) to be no slave,". The fourth system continues with the lyrics: "I don't want you to work all day.".

1959 Ace Music Corporation/Woodie Cochise Music, USA.
Jewel Music Publishing Company Limited, 21 Denmark Street, London WC2 (20%)
Big Music Limited, 21 Delfin Road, London W14 (70%)
All Rights Reserved. International Copyright Secured.

341

342

Otro caso judicial que puede ilustrarnos acerca del plagio en la historia musical contemporánea fue el de la melodía “RAPPE’S DELIGHT”, versus “ASEREJÉ”, del grupo español “Las Ketchup”, en el año de 2010

El periodista español Álvaro Diez, nos brinda la siguiente información sobre el presente caso:

“El Tribunal Supremo vincula la existencia o no de plagio al criterio de la sustancialidad de la copia [entendida desde un punto de vista tanto cualitativo (qué fragmento se copia) como cuantitativo (que proporción se copia)], dejando entrever que no toda copia o inclusión de elementos ajenos en una obra propia da lugar una infracción, lo cual habrá de ser analizado caso por caso. Así lo entendió, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, que resolvió, en su sentencia de 13 de enero de 2010, sobre la

³⁴² Fuente: <https://www.youbioit.com/es/article/imagen/2717/imagen1>

demanda interpuesta por el titular de los derechos sobre la canción “*Rapper`s delight*” frente al compositor y al titular de los derechos sobre la canción “*Aserejé*”.³⁴³

En este sentido, procederemos a realizar un estudio tridimensional, esto es, un análisis que contemple hechos, valores y normas, entre las composiciones musicales “*Rapper`s delight*” versus “*Aserejé*”, ésta última del grupo español “Las Ketchup”:

A.- Hechos:

“SÍNTESIS DEL CASO. La litis a resolver se fija a partir del planteamiento que hace la parte actora al señalar que la obra musical *Aserejé* es una obra derivada de la obra preexistente y original *Rapper`s Delight* y cuyos derechos ostenta, como consecuencia da lugar a la infracción al derecho de transformación que tiene la accionante por no existir autorización de su parte para llevar a cabo la transformación de la obra que ha hecho la demandada y que de acreditarse las pretensiones que intenta hacer valer derivaría en una inminente violación a otros derechos patrimoniales como son el de distribución y ejecución pública, situación que se traduce en el pago de una indemnización por daños morales y patrimoniales. causados por los creadores de la obra musical *Rapper`s Delight* que la han estado explotando y la cual se presume es una obra derivada. “³⁴⁴

³⁴³ Díez, Álvaro. “To sample or not to Sample: That is the question”, en: <https://www.clubbingpain.com/especiales/2014/04/to-sample-or-not-to-sample-that-is-the-question.html> Fecha de publicación: 14/04/2014.

³⁴⁴ Sentencia de apelación en materia de propiedad intelectual, de 13 de enero de 2010, emitida por el juzgado 6 de lo mercantil con residencia en Madrid, España. Citado por Bahena Mendoza, Michell, Bahena Mendoza, Michell. *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en la obra musical*, Tesina para obtener el grado de especialista en derecho intelectual, UNAM, México, 2019, pp. 33-35

B.- Norma:

A su vez, la norma o supuesto normativo que regula estos hechos es el artículo 21 del texto refundido de la ley de propiedad española, que a la letra dice:

“Artículo 21. Transformación. 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.”

C.- Valores:

En el presente caso, los valores o contenido axiológico que persigue el juzgador es determinar si existe o no un plagio de la melodía “*aserejé*” en contra de los titulares de “*rapper’s delight*”, para lo cual debe fundar y motivar su resolución en la propia ley, las pruebas aportadas por las partes, los principios y en la jurisprudencia.

De acuerdo con en el extracto de la sentencia del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, de 4.11.2008 [Roj: 103/2008], relativo a los términos “originalidad objetiva” y “originalidad subjetiva y, señala para que para que nos encontremos en presencia de una transformación es necesario que la obra distinta sea obra nueva, y por ello ha de ser una creación original.

Entre los resolutiveos segundo y tercero, el juzgador construye la siguiente guía argumentativa, que por lo relevante del tema se transcribe de manera literal:

SEGUNDO.- Cuestión litigiosa. A.- No invocando de modo expreso las codemandadas la falta de legitimación "*ad causam*" [pese a las veladas afirmaciones respecto a una dudosa titularidad que no impugnan], es objeto del presente proceso el ejercicio por la actora de diversas acciones declarativas y de condena dineraria frente a las demandadas, alegando -en lo sustancial- la actora que siendo titularidad de la comunidad de bienes de la que forma parte la obra musical "*rapper's delight*", la obra compuesta en su texto y música por el demandado D. Amadeo [" Farsante "] y cuyos derechos de explotación ostenta la codemandada Sony ATV, llamada "aserejé", supone una...transformación in consentida de aquella [art. 21 TRLPI], encontrándonos ante una obra derivada de la original, cuya explotación requiere la autorización de aquella; reclamando derechos indemnizatorios por tal explotación in consentida. Frente a ello, las demandadas niegan la existencia de obra derivada, afirmando la originalidad de la obra "aserejé". B.- Junto a lo indicado, y sosteniendo el demandante, en todo caso, el carácter derivado de la obra compuesta y explotada por las codemandadas, alega que de apreciarse la concurrencia de ánimo burlesco y de parodia [art. 39 TRLPI] a ella corresponde un derecho remuneratorio que reclama. TERCERO.- Obra original vs. Obra derivada. A.- Resulta, por ello, de tal objeto procesal, que la primera de las cuestiones lógicas a resolver es si "aserejé" es una obra original -como sostienen las demandadas- o si nos encontramos ante una obra derivada del art. 21 TRLPI, de cuya naturaleza -al menos de modo parcial e híbrido- participa la obra paródica del art. 39..."³⁴⁵

³⁴⁵ JUZGADO DE LO MERCANTILNÚMERO SEIS BISMADRIDSENTENCIA N° En la villa de Madrid, a TRECE DE ENERO DE DOS MIL DIEZ. Vistos por el SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, actuando como Magistrado-Juez Accidental del Juzgado de lo Mercantil N° 6-BIS de esta Villa, los presentes autos de PROCESO ORDINARIO, seguidos en este Juzgado con el N° 1327/07, seguidos a instancia de BERNARD EDWARDS COMPANY, LLC, representada por el Procurador Sr. Blanco Fernández y

2.1.3.- El “leitmotiv” del plagio en la obra audiovisual.³⁴⁶

En la historia universal del cine, existe un ejemplo muy famoso de plagio que nos puede auxiliar en cuestionar el concepto tradicional de “originalidad”:

En 1961, el director italiano Sergio Leone, fue acusado de plagiar la película “*Yojimbo*”³⁴⁷, del realizador Nipón Akira Kurosawa, en la cuestionada cinta “Por un puñado de dólares” (*Per qualche dollaro in più*)³⁴⁸, producida por Alberto Grimaldi. De hecho, Toho Films quien era la empresa titular de los derechos patrimoniales de “*Yojimbo*”, amenazó con demandar al director y al productor, por lo que los productores de “Por un puñado de dólares”, otorgaron a Toho Films, los derechos de explotación patrimonial de dicha película.

Años más tarde, en una entrevista Sergio Leone realizó la siguiente confesión: “¿Imitador?, ¿quién no lo es? ¿Qué escritor, qué dramaturgo puede tener la audacia de afirmar que es un creador absoluto, que lo escribe, lo que filma, lo que hace, no hunde sus raíces en lo que ha leído, lo que ha visto? Mi originalidad reside en mi manera de interpretar las cosas.”³⁴⁹

asistida del Letrado D. Francisco Arroyo Álvarez de Toledo; contra D. Amadeo ("Farsante"), representado por la Procuradora Sra. Noya Otero y asistida del Letrado D. Manuel Cubedo Fort; y contra SONY ATV MUSIC PUBLISHING HOLDING, SOCIEDAD EN COMANDITA, representada por el Procurador Sr. Ortiz-Cañavete Levenfeld y asistida del Letrado D. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y D. Felicísimo ; sobre propiedad intelectual. https://www.iberley.es/jurisprudencia/?page_number=1&input_filtrar=Aserej%C3%A9&tribunal%5B%5D=Juzgados+de+lo+Mercantil+-+Madrid

³⁴⁶ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la voz “*Leitmotiv*” tiene dos significados en la creación artística, el primero es un tema musical dominante y recurrente en una composición, el segundo se refiere al motivo central o asunto que se repite, especialmente de una obra literaria o cinematográfica. Real Academia Española, edición del tricentenario, 2018, en <https://dle.rae.es>

³⁴⁷ Título original: “*Yojimbo*”, Dirección: Akira Kurosawa. Guion: Akira Kurosawa y Ryuzu Kikushima. Fotografía ByN: Kazuo Miyagawa. Música: Masuro Sató. 120 min. Intérpretes:Toshiro Mifune, Seizaburo Kawazu, EijiroTono e Izuzu Yamada. Producción: Toho Films Co. Ltd., Japón 1961

³⁴⁸ Título original: “*Per qualche dollaro in più*” (Por un puñado de dólares) Dirección: Sergio Leone. Guion: Sergio Leone y Luciano Vincenzoni. Fotograafía color: Massimo Dallamano (Technicolor). Música: Ennio Morricone. 130 min. Intérpretes: Clint Eastwood, Gan Maria Volenté, Lee Van Cliff y Klaus Kinski. Producción: Alberto Grimaldi para Regia Films y Constantin Films Italia/España/Alemania.1964.

³⁴⁹ Aguilar, Carlos. *Sergio Leone*, España, Editorial Cátedra, S.A., 1990, p. 93. Citado por Sánchez Fernández, Ernesto. “Cine y plagio” en: *Revista Mexicana del Derecho de Autor*. Nueva época, año IV, número 13, julio – septiembre de 2004. p. 16.

Desde una perspectiva fílmica, las escenas de “*Por un puñado de dólares*”, son casi idénticas a las de “*Yojimbo*”, ambas películas retoman el género del western y la novela policiaca estadounidense, por lo que técnicamente podemos hablar de un plagio, sin embargo, en descargo de Sergio Leone, el ser humano recurre a la imitación, recordemos que, para Aristóteles, el mito es concebido como una mimesis –imitación- de la actividad humana, de la vida misma. Mito, hombre en acción o vitalidad, mimesis, por lo tanto, la acción de copiar, de imitar a la naturaleza, a los héroes.

Vicente Molina Foix, citado por Antonio Castán, sostiene lo siguiente: “en la esencia del cine parece haber estado siempre implícito un parasitismo artístico que lo define y no sé si lo limita o le da gracia. El cine vampirizó en sus inicios a la novela y al drama burgués de fin de siglo, y tan pronto como pudo forjar su propia tradición o su leyenda empezó con su descarado a plagiarse a sí mismo.”³⁵⁰

La referencia a Adorno y Horkheimer es obvia, el arte se estandariza y adapta a los moldes prefabricados de muchas películas, telenovelas a ahora series de Netflix, todas se parecen y es fácil adivinar el final de la historia, tal parece que el concepto de originalidad debe quedar al antojo del empresario, por eso el sistema jurídico le garantiza el monopolio sobre la obra derivada, ya sea mediante la adaptación o el disimulado plagio:

“...del mismo modo que en los puntos culminantes de la vida del jazz; o cuando la “adaptación” experimental de una composición de Beethoven, se hace según el mismo esquema con el que se lleva una novela de Tolstoi al cine, el recurso a los deseos espontáneos del público se convierte en fútil pretexto.”³⁵¹

³⁵⁰ “la imitación es un fenómeno casi inherente a la obra cinematográfica, se llega a exhibir, incluso sin complejo.”, Castán, Antonio., *op. cit.*, nota 292, p. 46

³⁵¹ Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *op. cit.*, nota 9, p. 167

2.2.- Tipología de obras.

Recordemos que el Convenio de Berna brinda criterios para clasificar las obras, de esta forma, el artículo 2 señala que 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 las 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.

Siguiendo dicho criterio, el artículo 13 de la LFDA establece un catálogo enunciativo para clasificar las obras. Por motivos de extensión, no se realizará un análisis completo y detallado de cada una de las modalidades de obras contempladas en dicho artículo, sólo nos limitamos a señalar que dicho dispositivo resulta anacrónico en comparación con la legislación internacional de derechos de autor, por ejemplo, la ley francesa que permite proteger desde sonidos aislados, grabaciones efímeras y obras circenses, hasta lencería, bisutería, joyería, entre otras creaciones de la industria del “*Fashion*” o alta moda, independientemente de la protección acumulada a través de diseños o marcas comerciales en el ámbito de la propiedad industrial.³⁵²

O bien, como acontece con la obra multimedia, entendiéndose ésta a la tecnología digital que responde a la vista, el oído y demás sentidos humanos,

³⁵² Vid. *Code de la propriété intellectuelle, Chapitre II, Oeuvres protégées, Article L112-2* en: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=403397.

presentando la información de forma más atractiva y amigable mediante aplicaciones que son prácticamente infinitas.³⁵³

En la obra multimedia, se conjugan elementos visuales, sonoros, e incluso virtuales, que permiten al usuario interactuar con un dispositivo, ya sea para fines lúdicos, como ocurre con los videojuegos o casinos “*on-line*”, cuyo funcionamiento depende de un *software*, o bien, a través de redes sociales. La obra multimedia puede ser también una obra audiovisual, piénsese en el caso de las populares series en la plataforma *Netflix*, o bien, los denominados *youtubers*, quienes aprovechan el formato digital que permite el “*streaming*” o grabación y transmisión de contenidos a través de plataformas digitales.

Para Lipszyc, citada por Luis Schmidt, “la creación multimedia debe estar compuesta por obras y contribuciones pertenecientes a dos o más clases de géneros distintos, cualesquiera que sen éstos.”³⁵⁴ Por lo que el multimedia puede resultar de una combinación de obras audiovisuales y programas de cómputo, a fin de proteger distintas variedades de multimedia, entre los que sobresalen los videojuegos, la publicidad en medios electrónicos y el “*transmedia*” o los programas interactivos en redes sociales.

De igual manera, dicho dispositivo agrega que las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza.

3- Fijación.

De acuerdo con el artículo 6º de la LFDA, “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

³⁵³ Vid. Schmidt, Luis. “Multimedia: creación de naturaleza jurídica multifacética” en *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Nueva época, Año VI, Número 24, 2006, p. 13

³⁵⁴ *Ídem*.

forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.”

Creemos que la anterior redacción intentó colmar la omisión del anterior ordenamiento en la materia, en el sentido de que incluye las representaciones digitales o virtuales, como acontece con la obra multimedia, el arte virtual, y otras formas de expresión artísticas que pueden darse en el torno digital.

En sentido contrario, otros especialistas como De la Parra, señalan que México es el único país que exige este requisito para que la obra goce de protección, siguiendo el Glosario de la OMPI, la fijación ”consiste en captar una obra en algún modo o forma de expresión física duradera, sea ésta un escrito, impresión, fotografía, 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.”³⁵⁵

4.- Contenido del derecho de autor.

El derecho de autor está constituido a su vez por dos elementos. El primer término se encuentra el Derecho Moral, el cual consiste en la facultad del autor de exigir el reconocimiento de su carácter como creador, y el respeto a la integridad de la obra, así como su divulgación.

En segunda instancia, el derecho patrimonial o pecuniario, es la facultad de poder explotar la obra, ya sea mediante su reproducción, distribución, venta al público, comunicación pública en sus diversas modalidades, las de realizar obras derivadas, entre otras.

4.1. Derechos morales.

Se le reconoce al autor de una obra ciertos derechos inherentes a su personalidad como prerrogativas sobre sus obras, de esta relación se desprende la

³⁵⁵ Citado por De La Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, pp. 178-179

facultad personal para modificar, rehacer y en algunos casos, hasta destruir la propia obra.

Recordemos que capítulo primero de la presente investigación, se trataron los principios que rigen al multicitado Convenio de Berna (*supra* 2.7.1.), los cuales fueron introducidos en la revisión de Roma de 1928, en cuyo artículo 6 bis, se establecen los siguientes supuestos:

1.- Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales.³⁵⁶

Estos principios fueron recogidos en el artículo 21 de la LFDA, los cuales transcribimos a continuación:

- I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;
- 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;
- 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;
- IV. Modificar su obra;
- V. Retirar su obra del comercio, y
- 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.”

³⁵⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. *op. cit.*, nota 32

Un caso paradigmático en la historia de la música pone en relieve el origen de los derechos morales de autor. En el año de 1804, Napoleón Bonaparte se coronó emperador de Francia, hecho que irritó a la intelectualidad europea en virtud de que se habían traicionado los ideales de la República, autores como el compositor alemán Ludwig Van Beethoven (1770 – 1827), quien sentía admiración por Napoleón, había dedicado la partitura original de su sinfonía “Heroica”, al enterarse de la noticia de que Bonaparte se había convertido en un tirano, decidió romper la dedicatoria, ejerciendo su facultad moral de “arrepentimiento.”

“Como en aquella época se hallaban los compositores muy poco protegidos por la ley de propiedad intelectual, Beethoven ideó un sistema mediante el cual concedía el derecho exclusivo para la interpretación de grandes obras durante un año o dos a algún protector rico. En el caso de la *Heroica* el protector fue el príncipe “Francisco José Von Lobkowitz”.³⁵⁷

En su ensayo denominado “Algunas precisiones terminológicas: ¿Derechos de Autor o propiedad intelectual?, el autor Eduardo de la Parra Trujillo, menciona que existen dos teorías en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de autor: La monista y la dualista.

“La teoría dualista establece que existen dos derechos de autor: el moral y el pecuniario o económico, los cuales son diferentes entre sí y, por lo mismo cada cual tiene sus propias características. En cambio, según la tesis monista, que goza de mayor apoyo en la doctrina, sólo existe un único derecho de autor, el cual está

³⁵⁷ También conocido como Francisco José I de Austria, emperador Austrohúngaro (1830-1916), hermano de Maximiliano de Habsburgo, quien sería fusilado en México en 1867. Robbins Landon, H.C. “La obra maestra de Beethoven, dos veces dedicada”. Palmer, Alan. Coord., *op cit.*, nota 293, Vol. V, p. 13.

integrado por facultades tanto personales como económicas, que son parte de un mismo derecho subjetivo.”³⁵⁸

En el ámbito de la cinematografía e industria audiovisual, existen fenómenos o prácticas que vulneran el derecho moral, por ejemplo, la censura, los contratos abusivos que nulifican derechos de simple remuneración (o regalías), el doblaje indiscriminado de películas que atentan contra la integridad de la obra, entre muchos otros, lo que a la postre pone en evidencia la falta de una cultura de derechos de autor, que respete las normas.

Tal es el caso de la lucha que han tenido que realizar los autores audiovisuales. Desde los años ochenta del siglo pasado, directores de cine en Europa y los Estados Unidos recurrieron a los tribunales para exigir el respeto a sus derechos morales, y que a la postre, influyeron en México para que directores y sociedades de gestión colectiva demandarán a los organismos, tales como Televisa y TV Azteca, por la mutilación de obra por motivos publicitarios sin el consentimiento de los creadores audiovisuales.

La especialista Marisela González López, nos brinda información relevante en el caso de Italia, cuando realizadores de la talla de Federico Fellini, Bernardo Bertolucci, Vittorio de Sica, demandaron a la cadena televisiva RAI (Radio, televisión italiana): por la mutilación de las películas cinematográficas de su autoría, y sin su autorización:

“iniciaron una campaña en favor de la supresión de la publicidad en la difusión televisiva de obras cinematográficas. El primer caso se plantea ante los tribunales por el realizador Samperi, alegando que durante la difusión de dos de sus películas (“*Malizia*” y “*Peccato veniale*”) se habían llevado a cabo interrupciones publicitarias que

³⁵⁸ De la Parra Trujillo. Eduardo. “Algunas precisiones terminológicas ¿derechos de autor o propiedad intelectual?” *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, nueva época, Año III. Núm. 9, julio / septiembre, 2003, p. 30.

constituían un daño a su derecho moral. Mediante sentencia de fecha 30 de diciembre de 1982 la Corte de Roma resolvió que “una inserción publicitaria desconsiderada y repetida durante la transmisión de una película por televisión debe considerarse, a tenor del artículo 20 de la ley sobre el derecho de autor, como un acto que va en perjuicio de la obra, puesto que puede dañar el honor y, sobre todo, menoscabar la reputación de su autor o creador.”³⁵⁹

De igual forma, fenómenos como la piratería y el plagio, nos obligan a reflexionar acerca de los alcances de las facultades morales de los autores, y hasta qué punto la LFDA es eficaz para evitar esta problemática o fenomenología en el ámbito autoral.

A su vez, algunos tratadistas del derecho de autor critican la terminología de “derechos morales”, ya que es insuficiente y vaga, pues todo derecho es moral lo que conllevaría a un pleonasma. Por lo que se considera que una definición más técnica sería la de “derechos personales”, toda vez que el derecho de autor es inherente a la personalidad del creador y es sujeto de transmisión hereditaria, entre otras características.³⁶⁰

Otros autores sugieren la abolición del derecho moral, ya que su rechazo está relacionado con los fallos fundamentales de dicho sistema, el cual no permite la “apropiación” de una obra como una aportación normal al discurso público y cultural, sin que dicha anulación pueda significar un atentado al autor.³⁶¹

³⁵⁹ “Por lo demás, y de especial importancia, se estableció que concretamente el daño al derecho moral del autor existe cuando dicho daño se produce dentro de un conjunto de elementos, tales como la naturaleza propia del filme, la forma en que están distribuidas las interrupciones publicitarias y la frecuencia y duración de éstas, concluyendo que todos estos factores deben ser evaluados caso por caso.” González López, Marisela. *op. cit.*, nota, 75, p. 191

³⁶⁰ *Vid.* Pizarro Macías, Nicolás. “Derechos morales y patrimoniales”, en Michaus Romero, Martín. *Coord. op. cit.*, nota 8, p. 15

³⁶¹ *Vid.* Smiers, Joost y Van Schijndel. *op. cit.*, nota 168, pp. 38-39

Nuestra postura es ecléctica, reconocemos que el derecho de autor persigue valores tales como el justo reconocimiento a los autores personas físicas, la protección de obras artísticas y los límites a los derechos patrimoniales de autor, sin embargo, en la práctica jurídica cotidiana de esta disciplina, la LFDA resulta obsoleta.

4.2.- Derechos patrimoniales.

El artículo 24 de la LFDA, señala que “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.”

Ahora bien, la redacción del texto del artículo 27 de la LFDA, es inexacta, ya que confunde la comunicación pública de la obra, con la transmisión y radiodifusión de la misma, cuando en realidad la radiodifusión y la transmisión por Internet, son especies de la comunicación.

Por su parte, De la Parra analiza el artículo 27 de la LFDA, para tratar el complejo tema de la comunicación pública de la obra por Internet, dicho autor señala que una de las fallas en la técnica legislativa consistió en agregar una fracción adicional de “la transmisión pública”, separada de la fracción que regula genéricamente la comunicación pública, sin embargo, no por el sólo hecho de que el citado artículo 27 no mencione la transmisión de obras por Internet, no significa que la LFDA haya sido omisa, ya que el artículo 16, fracción III, da cabida a las obras por Internet.³⁶²

³⁶² “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.” De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 708

Para el citado tratadista, “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.”³⁶³

A su vez, José Luis Caballero Leal, señala que los derechos patrimoniales son temporales, renunciables y transmisibles por cualquier medio legal³⁶⁴, tal y como acontece con los diversos tipos de contratos que regula la LFDA, entre ellos, el contrato de edición de obra literaria, el contrato de edición de obra musical, el contrato de representación escénica, el contrato de producción de obra audiovisual, cuyas notas comunes son la transmisión de los derechos patrimoniales al productor o empresario, quien fija o representa la obra y goza de la titularidad derivada de las obras.

Dicho especialista, enumera las siguientes facultades de orden patrimonial del autor -o cesionario- respecto de la obra, que pueden explicar lo que el legislador quiso decir en la LFDA:

i) El derecho de reproducción, el cual puede entenderse como la multiplicación de ejemplares de la obra, de acuerdo a distintas modalidades tales como el registro fonomecánico (discos de acetato), fijación audiovisual análoga (películas cinematográficas en los formatos 16 y 35 milímetros), o bien, la reproducción digital de tales sonidos e imágenes (CD y DVD); ii) El derecho de comunicación pública, por medio de la cual una obra se pone al alcance del público, por cualquier medio o forma, y sus distintas modalidades, tales como la representación de una obra teatral, la ejecución pública como es el caso de los conciertos sinfónicos, o bien, el concierto de un cuarteto en un bar de jazz, hasta la exhibición de una película, serie o programa, en un cine, su radiodifusión en T.V. o transmisión de la misma por Internet; iii) El derecho de transformación que es la

³⁶³ *Ibidem*, nota 10. p 715

³⁶⁴ *Cfr.* Caballero Leal, José Luis. *op. cit.*, nota 1, p 12

facultad que tiene el autor para autorizar a terceros la realización de toda clase de arreglos, adaptaciones, traducciones y compilaciones, lo que conlleva a la creación de una obra derivada; iv) El derecho de distribución, que es la facultad exclusiva del autor o cesionario de autorizar o prohibir la venta comercialización de los ejemplares de las obras, como acontece en el caso de la venta de libros (incluyendo su exportación); v) El derecho de alquiler, también denominado en la ley francesa del derecho de autor como “*Droit de prêt*”, que en esencia es la facultad del autor o su cesionario de autorizar el alquiler de obras literarias o artísticas, como aconteció con las empresas dedicadas al alquiler de videogramas “Videocentro” y “Blockbuster”, hoy desaparecidas.³⁶⁵

Para Lipszyc, las características principales de los derechos patrimoniales son las siguientes: a.- Los derechos patrimoniales son independientes entre si, b.- Los derechos patrimoniales no están sujetos a *numerus clausus*, c.- El autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra, d.- Los derechos de explotación no conocen más limitaciones -o excepciones- que los establecidos en la ley, e) La autorización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración.³⁶⁶

El citado texto refundido de la ley de propiedad intelectual, sigue la teoría dualista en cuanto al contenido de nuestra disciplina, esto es, reconoce tanto derechos morales y derechos de explotación, a continuación, procederemos a realizar una breve síntesis de las facultades patrimoniales del derecho de autor español:

a.- Reproducción. Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en

³⁶⁵ Para el citado autor, existe otra facultad patrimonial llamada de “préstamo” basado en la ley española, sin embargo, salvo error de apreciación consideramos que dicha facultad puede asimilarse en el derecho de alquiler. *Ibidem*, nota 1, pp. 13 - 17

³⁶⁶ Cfr. Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, pp. 175-177

cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias. (Artículo 18)

b.- Distribución. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. (Artículo 19.1.)

c.- Alquiler. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. (Artículo 19.3.)

d.- Préstamo. Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. (Artículo 19.4)

e.- Comunicación pública. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. (Artículo 20)

f) La transformación de una obra comprende: 1.- su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma. 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial

mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.³⁶⁷

A diferencia de la LFDA, en cuyo artículo 27 fracción III, regula de forma poco precisa la facultad de comunicación pública, en la legislación española, la comunicación pública de la obra, tiene las siguientes modalidades: a) Las representaciones escénicas, recitaciones disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento. b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de los demás audiovisuales. c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. Asimismo, el concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen. d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación. e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

A su vez, en el sistema de *copyright*, los derechos patrimoniales están regulados de forma taxativa o limitativa, tal y como lo señala el jurista italiano Tullio Ascarelli, citado por Lipszyc:

³⁶⁷ Real Decreto-ley 12/2017, *op. cit.*, nota 256.

“la concepción históricamente originaria en la tradición angloamericana del derecho de autor como monopolio excepcional para el ejercicio de una determinada actividad, explica porque allí se alude a la disciplina de los derechos típicos de utilización y no se establece, en cambio, el derecho exclusivo de autor sobre cualquier tipo de utilización de la obra del ingenio que socialmente pueda considerarse como tal.”³⁶⁸

4.2.1. Transmisión de derechos patrimoniales.

El título III de la LFDA, establece los primeros criterios de transmisión de derechos patrimoniales, sin embargo, es omiso en distinguir de manera clara los términos de licencia, autorización y cesión, no obstante, podemos resumir el contenido de los artículos 30 al 41, de la siguiente forma:

a.- El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas. (Artículo 30)

Dicho artículo recoge el principio de libertad de contratación, por medio del cual el autor persona física puede transmitir sus derechos patrimoniales a favor del productor de una obra determinada, a fin de que éste se convierta en el titular derivado de la misma y sea quien la explote de manera exclusiva.

b.- Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal.

El citado numeral no permite que el autor pueda otorgar una “autorización” o “licencia” de manera gratuita, sin embargo, en la práctica jurídica este obstáculo puede salvarse si en el contrato respectivo se le otorga una contraprestación simbólica, por ejemplo, una cantidad simple y remunerada de \$100.00 pesos, o bien,

³⁶⁸Lipszyc, Delia. *op. cit.*, nota 24, p. 51

un reconocimiento en especie, sin embargo, esta práctica contractual puede resultar lesiva a los intereses del creador persona física, ya que puede ser un instrumento de abuso del titular derivado.

c.- Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.

Dicho artículo 30 dispone con acierto y meridiana claridad la necesidad de que cualquier acto o contrato sea por escrito, lo que otorga seguridad jurídica a las partes.

d.- Toda transmisión de derechos patrimoniales deberá prever en favor del autor o del titular del derecho patrimonial, en su caso, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o una remuneración fija y determinada. (Artículo 31)

e.- El artículo 32 dispone que los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales deberán inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor para que surtan efectos contra terceros.

f- Por su parte el artículo 33 señala que toda transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de 5 años, y sólo podrá pactarse excepcionalmente por más de 15 años cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique.

Al respecto, conviene señalar que dicho artículo deja abierta la posibilidad a una transmisión perpetua, de derechos patrimoniales, tales como una duración de 99 años, y que algunos abogados especialistas en la materia, no hemos dudo en aplicar dicha temporalidad, por instrucciones del productor o titular derivado de una creación intelectual, por ejemplo, en cine y televisión es común que se establezcan

este tipo de cláusulas, de igual manera, los desarrolladores de software o obras de computación como señala la ley, emplean este criterio ya que por excepción son considerados como titulares originarios.

Asimismo, el artículo 17 del RLFDA, dispone que la transmisión de derechos patrimoniales por un plazo mayor a 15 años, deberán expresar siempre la causa específica que así lo justifique e inscribirse en el Registro, por lo que establece ciertos criterios como, por ejemplo, que la inversión realizada por el productor en la realización de la obra, haya sido significativa en términos monetarios.

En este orden argumentativo, nos remitimos a los comentarios de Mauricio Jalife Daher al analizar la práctica jurídica sobre dicho numeral:

“La temporalidad es una condición que impone serias trabas la libertad de contratación que informa de manera natural a este tipo de acuerdos. Y por lo que hace a la onerosidad debe apuntarse que el legislador expresamente se ha referido a la “proporcionalidad” de la contraprestación, lo que le permite ser elusivo respecto de dicho requisito.”³⁶⁹

g.- La producción de obra futura sólo podrá ser objeto de contrato cuando se trate de obra determinada cuyas características deben quedar establecidas en él. Son nulas la transmisión global de obra futura, así como las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear obra alguna.

Como comentario al artículo 34 que antecede, se puede afirmar que, a pesar de los errores gramaticales de la ley en comento, creemos que dicho artículo representó un acierto de los redactores ya que colmó una laguna en la ley de 1963, ya que no señalaba esta posibilidad.

³⁶⁹ Jalife Daher, Mauricio, “Artículo 30”, Bahena Ortiz, Miguel Ángel, Coord., *Ley Federal...cit.*, nota 238, p. 126

La licencia en exclusiva deberá otorgarse expresamente con tal carácter y atribuirá al licenciatarlo, salvo pacto en contrario, la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona y la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. (Artículo 35)

Esta obligación se impone a las partes la necesidad de que la licencia deba o no otorgarse en exclusiva, lo que en la práctica significa que si se otorga con ese carácter, entonces el licenciatarlo tendrá todas las facultades de explotación patrimonial.

El artículo 36 establece que la licencia en exclusiva obliga al licenciatarlo a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos y costumbres en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

En efecto, es obligación del productor o editor -en el caso del contrato de edición de obra literaria- a poner todos los elementos materiales y económicos para editar la obra literaria e introducirla en el comercio, esto es, reproducir y distribuir el libro.

Por último, el artículo 37 dispone que los actos, convenios y contratos sobre derechos patrimoniales que se formalicen ante notario, corredor público o cualquier fedatario público y que se encuentren inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor, traerán aparejada ejecución.

Lo anterior significa en la práctica que dicho contrato o documento ratificado ante un fedatario público, tiene el carácter de título ejecutivo, esto es, la parte afectada puede iniciar un con tal carácter y poder embargar o asegurar algún derecho patrimonial.

4.2.2. Derechos de autor en la obra audiovisual.

El sistema de *copyright* difiere del sistema jurídico continental, en el sentido que en el primero, sólo se reconoce al escritor del guion o libreto y al músico compositor, la autoría sobre la obra cinematográfica, por lo que tiene derecho a una “royalty” sí lo pacta en el contrato con el productor; asimismo, si el escritor está afiliado a una “Guild”, “Union” o Sindicato, se le reconoce además un derecho de simple remuneración o “residual”.

En tanto que el artículo 97 de la LFDA, inspirado en el sistema de “*droit d’auteur*”, sólo reconoce como creadores de una cinematográfica, a los siguientes: a) director o realizador, b) autor del guion o libreto, c) músico o compositor, d) fotógrafo, e) autores de los dibujos animados. Dejando fuera a otros creativos tales como el diseñador sonoro y el escenógrafo.

En el caso de los contratos, los autores ceden en exclusiva las facultades patrimoniales de la obra (reproducción, distribución, comunicación pública), incluyendo el subtítulo de la misma (artículo 68 LFDA), lo cual confirma que el productor es el dueño del proceso y resultado creativo de la película, a perpetuidad, si se toma en consideración que existe una excepción a lo dispuesto por el artículo 33 (transmisión o cesión máxima de 15 años), ya que permite que la cesión tenga una duración indefinida, siempre y cuando la magnitud de la inversión por el productor así lo justifique (artículo 17 RLFDA), lo que a nuestro juicio, puede traducirse en un abuso por parte de los productores, e perjuicio de los creadores.

Otro aspecto criticable de la LFDA, es la redacción del artículo 72: “Son aplicables al contrato de producción audiovisual las disposiciones del contrato de edición de obra literaria en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el presente capítulo.”, que en esencia significa la primacía de dicha figura contractual, a todas luces ajena a la obra audiovisual.

Siguiendo el criterio de Juan José Marín López, al analizar los derechos patrimoniales en la obra audiovisual, “no es atinado que la LFDA pretenda hacer de

las normas del contrato de edición de obra literaria, una especie de “normas generales sobre transmisión de derechos”, sobrepuestas y agregadas a las que específicamente se recogen con esa denominación en los artículos 30 a 41.”³⁷⁰

En el caso del cine, existen tres sistemas de transmisión de derechos patrimoniales de autores a productores, tal y como lo señala la especialista Susana Barroso Montero, de la siguiente forma:

“a) El llamado del “*film copyright*” que es aquél en el cual los autores de las diferentes obras que hacen posible la obra cinematográfica conservan su derecho de autor y solamente mediante contrato es que lo ceden al productor, quien es el único titular originario del del derecho de autor existente, sobre la obra cinematográfica, por lo que goza del derecho de explotar económicamente la película realizada...b) El sistema en el cual la obra cinematográfica es considerada como una obra en colaboración entre los creadores, con los cuales el productor deberá concluir contratos de cesión para obtener las autorizaciones indispensables para la realización de la película. c) El sistema de la cesión legal, en el que la película no deja de ser considerada como como obra en colaboración, pero que, por ministerio de ley, el productor tiene el derecho de explotar comercialmente.”³⁷¹

A juicio de dicha especialista, al menos en la teoría, no todos los derechos patrimoniales se transmiten al productor, sino sólo aquellos que sean necesarios para el fin del contrato, esto es, para la explotación de la obra cinematográfica, por

³⁷⁰ Marín López, Juan José. “Derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA”, en *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, nueva época, Año V, Número 18, 2005, p. 19

³⁷¹ Barroso Montero, Susana. “Los derechos de autor cinematográfico” *Estudios Cinematográficos*, año 2, número 6, junio – agosto 1996, CUEC-UNAM, p. 63

lo que se excluye el caso del guion, la edición literaria, la posibilidad de su representación teatral y la composición musical.³⁷²

Para el jurista español Andrés Ollero Tassara, los derechos de autor reflejan una disyuntiva monista – dualista, que implica una paradoja sobre los derechos morales de autor y el concepto de propiedad. De esta forma, caben tres posturas para el tratamiento de los derechos patrimoniales; la primera de ellas los concibe como derechos de propiedad con la amplitud a que se refiere la legislación civil que la concibe como absoluta, la segunda tesis, concibe como un derecho especial o *sui generis* y la tercera de ellas, es la emancipación de los derechos de autor, de ahí la problemática de concebir dichos derechos desde una perspectiva patrimonialista.³⁷³

4.3.- Derechos de simple remuneración.

Retomando a De la Parra, los derechos de simple remuneración, que comprenden el denominado “*Droit de suite*” también conocido como derecho de persecución: “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 intermediario.”³⁷⁴

En la experiencia jurídica continental, dichos derechos pueden ser ejercitados por el autor directamente, o en el caso de los derechos conexos por el artista, su apoderado o bien, por una sociedad de gestión colectiva, que es el sistema de administración de derechos de autor y derechos conexos por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto la negociación de sus derechos morales, patrimoniales y de simple remuneración como ocurre con el pago de regalías.³⁷⁵

³⁷² *Ibidem*, nota 371, p. 66

³⁷³ Ollero Tassara, Andrés. *Derechos Humanos y metodología jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 18

³⁷⁴ De la Parra Trujillo, Eduardo. *Introducción al...cit.*, nota 90, p. 64

³⁷⁵ Cfr. Lipszyc, Delia., *op. cit.*, nota 24, p. 407.

Desde luego, dichas sociedades no sólo cumplen la misión de cobrar regalías a los autores o artistas, por la transmisión de obras musicales, audiovisuales y escénicas, así como de sus ejecuciones, en su país de origen y en el resto del mundo, sino que además pueden representar a los creadores a negociar contratos más acordes a sus intereses, si desean ceder total o parcialmente los derechos patrimoniales a futuros editores, o bien, pueden apoyar judicialmente a éstos en caso de violaciones graves a sus derechos morales.

En el caso de México, desde mediados del siglo pasado se inició una cultura de gestión colectiva de derechos, bajo las denominadas “sociedades de autores”, previstas en las leyes de 1956 y la reforma de 1963, sin embargo, en la LFDA, resulta reprochable la redacción del artículo 206, el cual señala que “Las reglas para las convocatorias y quórum de las asambleas se deberán apegar a lo dispuesto por esta Ley y su reglamento y por la Ley General de Sociedades Mercantiles.”, lo cual contradice el principio de equilibrio entre los socios, ya que al aplicar normas del derecho mercantil a una sociedad cuyos fines son civiles, ha dado como resultado que se dichas sociedades se manejen como empresas, de ahí que el criterio de la administración pasada del Instituto Nacional del Derecho de Autor, al sugerir que debían detener la visión de cualquier sociedad mercantil, a nuestro juicio resulta un despropósito.

Ahora bien, en el ámbito del *copyright*, no existe la figura de los derechos de simple remuneración, el término “*royalty*” es empleado para designar cualquier pago que se tenga que realizar a los “*copyright holders*” por el uso de sus obras, en particular, por la distribución, comunicación pública, o bien, por cualquier otra modalidad de explotación de la obra, es decir, este término se identifica más con los derechos patrimoniales.

No obstante, el Apéndice “B”, título IV, sección 406, artículo “§4001”, de la *Digital Copyright Millennium Act* (1998), prevé ciertas obligaciones relativas a la

transferencia de derechos en películas cinematográficas, en el caso de que dicha transferencia sea bajo la modalidad de uno o más contratos colectivos de trabajo (“*Collective bargain agreement*”), por lo que se prevé un pago residual en caso de que dichos contratos así lo estipulen.³⁷⁶

En el caso de los derechos de autor cinematográficos, el especialista en derecho intelectual y cineasta Ramón Obón, hace una distinción entre derecho patrimonial y regalía: “el derecho de regalía surge precisamente cuando la obra se explota y genera una ganancia por dicha explotación por dicha explotación”, es decir, coincide en denominar al “derecho de simple remuneración” (regalía (por comunicación pública), diferentes a los derechos patrimoniales.³⁷⁷

4.3.1. El “*Droit de suite*”

Dicha figura se encuentra regulada en el Convenio de Berna, en cuyo artículo 14ter, previene que el autor o sucesor de un manuscrito o una obra de arte, tenga un el derecho de obtener una participación de la venta del soporte material, por ejemplo, en una venta o subasta.

Lipszyc advierte que esta figura se da a través de la enajenación del ejemplar original, por ejemplo, una pintura al óleo o un grabado.

“Una vez que el artista plástico vende, o malvende su obra, pues generalmente lo hace acuciado por la necesidad de proveer a su subsistencia, especialmente e el periodo inicial de su carrera, queda al margen de los actos posteriores de explotación, los que

³⁷⁶ “if the transfer is executed on or after the effective date of this chapter and is not limited to public performance rights, the transfer instrument shall be deemed to incorporate the assumption agreements applicable to the copyright ownership being transferred that are required by the applicable collective bargaining agreement, and the transferee shall be subject to the obligations under each such assumption to make residual payments and provide related notices...” *US Copyright act*, nota 169

³⁷⁷ Obón León, Ramón, *Derecho de autor y...cit.*, nota 247, p. 190

generalmente tienen lugar cuando la creación ha alcanzado valor de reventa y se transforma en una fuente de ganancias...”³⁷⁸

En la experiencia jurídica mexicana, mediante reforma a la LFDA publicada en el DOF el día 23 de julio de 2003, se adicionó el artículo 92 bis, el cual prevé que los autores de obras artes plásticas y fotográficas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de obras de arte aplicado.

Sin embargo, en la práctica cotidiana dicho numeral ha sido letra muerta en el sentido de que en México son pocas las casas de subastas, amén de que el INDAUTOR no ha publicado la tarifa a que se refiere el artículo 212 de la Ley, por lo que coincidimos con lo apuntado por la especialista Argentina Delia Lipszyc sobre el derecho de participación no se pudo aplicar de manera efectiva en países como Checoslovaquia, Chile, Uruguay, Italia y Brasil, de modo de que el procedimiento que parece más justo deviene en el más injusto.³⁷⁹

4.4.- Crítica del *copyright* a la teoría de los derechos morales.

La LFDA considera a la obra cinematográfica como obra en colaboración, pero que únicamente reconocen a los siguientes autores: i. Director o realizador, ii. Autores del guion o argumento, iii. Autores de las composiciones musicales, iv. Fotógrafo, v. Autores de los dibujos animados, es decir, esta clasificación es cerrada o *numerus clausus*³⁸⁰

Dicho en otras palabras, el artículo 97 de la LFDA no admite otros creadores tales como la escenografía, los efectos especiales y la edición, sin embargo, no por ese hecho dejan de perder la protección legal que les otorga la ley.

³⁷⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 213

³⁷⁹ *Ibidem.*, p. 218

³⁸⁰ *Vid.* Artículo 97 LFDA

De acuerdo con Mark Litwak, la teoría francesa -que sigue el criterio del Convenio de Berna- en el sentido de que el director/realizador es el “auténtico” autor de una obra cinematográfica, resulta un sin sentido, ya que el quehacer fílmico es una tarea en colaboración, en dónde el director es sólo un autor más del proceso creativo.³⁸¹

Para la legislación estadounidense de *copyright*, los creadores del argumento y guion, junto con los autores musicales de la banda sonora, son considerados como autores de la obra audiovisual, en tanto que los directores – y actores- son intérpretes, situación que en su momento se llegó a plantear en México, a principios del presente milenio, cuando el guionista Guillermo Arriaga afirmó que él era el autor de la película “Amores Perros”, lo anterior dio origen a diversos comentarios, en el sentido de que la ley mexicana reconoce como “guardián” de los derechos morales de la obra audiovisual³⁸².

Por lo que respecta al denominado “*droit de suite*” o derecho de persecución, cuyo concepto jurídico se analizará más adelante, los países con sistema de “*copyright*”, no lo reconocen en su legislación, es notorio el hecho que los “*art dealers*” prefieran comercializar o subastar obras en Nueva York o en Londres, en virtud de que dichos países no comparten la visión francesa sobre este derecho.

5.- Restricciones o límites no contemplados en la LFDA.

En el capítulo III, punto 5, se trató el tema de los límites en la LFDA, por lo que se dejó en el tintero otros aspectos relevantes de la doctrina jurídica para

³⁸¹ “*Auteur*. A French term, the auteur theory holds that the director is the true creator or author of a film, bringing together script, actors, cinematographer, editor and molding everything into a work of cinematic art with a cohesive vision. Anyone who has worked on a movie knows what complete nonsense this is. Filmmaking is a collaborative endeavor and the director is only one of the contributors.” Litwak, Mark, *op. cit.* nota 72, p. 324

³⁸² Artículo 22 LFDA.- “Salvo pacto en contrario entre los coautores, el director o realizador de la obra, tiene el ejercicio de los derechos morales sobre la obra audiovisual en su conjunto, sin perjuicio de los que correspondan a los demás coautores en relación con sus respectivas contribuciones, ni de los que puede ejercer el productor de conformidad con la presente Ley y de lo establecido por su artículo 99.”

entender si los términos “límites” y “restricciones” son sinónimos, de igual manera, se hizo mención a la regla de los tres pasos en el Convenio de Berna y los ADPIC.

Ahora bien, la jurista española María Rita Braga de Siqueira Nava, aporta un interesante análisis relativo al tema de las restricciones o límites del derecho patrimonial; de entrada, nos dice que el derecho de autor es tratado como un derecho exclusivo y absoluto, por lo que las restricciones a su ejercicio no serían verdaderos límites, intrínsecos al propio derecho, sino situaciones excepcionales (de ahí la expresión ‘excepciones al derecho de autor’) establecidas por el ordenamiento jurídico.³⁸³

Asimismo, realiza una disección de los principios involucrados en la teoría de los límites al derecho de autor, para la tratadista en reseña, existen limitaciones fundadas en la defensa de los derechos fundamentales (o humanos), entre las que destacan las siguientes:

A.- Limitaciones fundadas en los derechos de libertad de expresión e información. (Por ejemplo, la cita, la parodia, las revistas de prensa y los trabajos sobre temas de actualidad)

B.- Limitaciones fundadas en el derecho a la intimidad. (Por ejemplo, la copia privada, que permite a los usuarios realizar la reproducción de obras intelectuales para su explotación en el ámbito privado.)

C.- Limitaciones fundadas en las fallas del mercado. (Por ejemplo, cuando los costes de transacción entre los titulares del derecho y usuarios potenciales de obras protegidas son tan altos que hacen imposible su negociación, o bien cuando

³⁸³ Braga de Siqueira Nava, María Rita, La “regla de los tres pasos” como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p. 25 https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22645/tesis_mrita_bragadesiqueira_neiva_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

el titular del derecho es incapaz de imponerse de forma efectiva a los usos no autorizados).³⁸⁴

De igual manera, coexisten el sistema abierto, propio del derecho anglosajón (*fair use y fair dealing*), y el sistema cerrado como es el continental europeo, sin embargo, independientemente del sistema de límites adoptado, las legislaciones coinciden en la necesidad de garantizar, por medio de limitaciones, la protección y el equilibrio entre tres tipos de intereses no siempre fáciles de conciliar, en concreto:

- “a) asegurar al autor una compensación, puesto que a él le pertenece el derecho de ser propietario del producto de su trabajo,
- b) asegurar a todos los titulares la protección y rentabilidad de las inversiones realizadas en la explotación y en la creación misma de la obra o prestación; y
- c) la defensa del interés público en el acceso al conocimiento y a la cultura.”³⁸⁵

Visto lo anterior, a continuación, procederemos a señalar algunas de las restricciones que se encuentran contempladas en otras legislaciones y en la jurisprudencia internacional, en este punto, nos detendremos analizar las características y la estructura de la obra musical, dichas notas distintivas las podemos resumir en los conceptos de armonía, melodía y ritmo.

Respecto de la armonía, dicho concepto musical es ambiguo, ya que tiende a interpretar aspectos que abarcan desde la textura hasta la estética, con definiciones como: “combinación de sonidos musicales simultáneos que forman

³⁸⁴ “Si el monopolio del autor fuese amplio lo suficiente como para impedir dichos usos, resultaría imposible, por ejemplo, citar una obra en una investigación, informar sobre una exposición o realizar una parodia. En este sentido, las limitaciones al derecho de autor funcionan como garantía de una sociedad democrática, siendo esencial la preservación de las mismas.” *Ibidem*, nota 383, pp. 35-44

³⁸⁵ *Ibidem*, nota 383, pp. 54-55

acordes y progresiones armónicas” ... “efecto agradable que resulta de la distribución correcta de las partes; concordia; unidad.” ³⁸⁶

Otra aproximación al tema de la armonía musical, es el acorde, que significa que dos o más notas suenen juntas, existen diversos tipos de acordes, entre los más sobresalientes podemos citar los siguientes: acorde de séptima disminuida, acorde alterado, etc.

Entendemos por melodía “al resultado de la interacción entre la altura de los sonidos y el ritmo. Tanto la articulación regular del tiempo a través del latir del corazón y la respiración, como la capacidad de producir y discriminar variaciones en la frecuencia de los sonidos, son características fisiológicas normales del ser humano. Las funciones que definen a la melodía y el lenguaje hablado se asemejan tanto que las dos pueden considerarse capacidades fundamentales de la especie humana.” ³⁸⁷

Para el derecho de autor, sólo la melodía puede ser objeto de protección. No se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía, ya que la forman los acordes, cuyo número es limitado. El ritmo, tampoco puede ser protegido, porque define el género musical de una obra, de lo contrario, significaría otorgar un derecho de exclusividad de géneros como el bolero, la samba, etc.

Desde luego, el presente ensayo no es el lugar propicio para desarrollar con mayor amplitud los términos musicales aquí citados, referimos al lector a diccionarios o enciclopedias que abordan mejor dichos conceptos musicales, por lo que procederemos a abordar los límites o restricciones comúnmente aceptados por

³⁸⁶“La ambigüedad es, por una parte, estética, y está en la implicación de que sólo las consonancias placenteras pueden ser propiamente armoniosas; por otra parte, la ambigüedad es de textura, en tanto que es posible distinguir (en la música real y no en simples ejercicios técnicos) entre caminos armónicos, en los que se relacionan sonidos simultáneos, y caminos contrapuntísticos, en los que se relacionan sonidos sucesivos.” Latham, Alison (Coord.) Diccionario enciclopédico de la música, México, FCE, 2008, p. 102

³⁸⁷ *Ibidem.* p. 27

la costumbre en la industria musical, los cuales han sido objeto de interpretación por parte de los tribunales en distintos países, de acuerdo con el siguiente análisis:

5.1.- ¿Qué es el “Cover”?

Mediante el “cover”, se puede realizar una nueva versión o interpretación de una canción – melodía y armonía- grabada por un artista previamente, cuyos derechos editoriales (p) pertenecen en la mayoría de los casos, a un titular derivado o productor, lo que supone que él © se reserva a los compositores.

Desde luego, dicha técnica musical puede dar como resultado una obra derivada, lo que significa una modificación a la obra primigenia, que, sin la autorización por parte del titular de los derechos de autor y/o editoriales, implica una infracción a la LFDA.

Sin embargo, en el ámbito digital, en particular, la red social “YouTube”, las tecnologías de “streaming”, permiten a los usuarios subir o compartir “covers” inspirados en temas musicales protegidos. A su vez, las tecnologías de monitoreo y control (medidas tecnológicas de protección), tales como algoritmos que identifican las notas de melodías o canciones protegidas, permiten a los titulares el rastreo y “baneo” de las cuentas de dichos usuarios, sin embargo, en últimas fechas existe una tendencia a “tolerar” esta técnica musical, la aparente solución al conflicto entre los titulares de los derechos editoriales y los usuarios de dicha red virtual, permiten que los ingresos por la publicidad sobre las obras derivadas sean a favor de los titulares.

Por lo antes expuesto, no podemos considerar la figura del “cover” como una excepción sobre el derecho patrimonial, ya que se requiere la autorización por los titulares para realizar obras derivadas, salvo que el uso de la obra sea sin fines de lucro, por lo que existe una tendencia en “tolerar” dicha práctica, cualquiera puede ir a un *jazz lounge* en la ciudad de México y disfrutar los covers de John Coltrane,

Miles Davis y Maceo & Parker, ejecutados por músicos mexicanos y sin tener que pagar licencias de ningún tipo.

Lo mismo sucede con la música DJ o *Disc Jokey*, en un evento privado de música electrónica, el DJ puede mezclar diversas bases rítmicas de una o más melodías, cuyo resultado efímero puede dar origen a una obra derivada, tal como se verá a continuación en el “*sampler*”.

5.2.- El “*Sampler*”.

Consiste en utilizar archivos sonoros existentes para crear una obra derivada. Los recursos tecnológicos permiten la técnica del “*sampleo*” o “*sampleado*”, que es en esencia utilizar un fragmento de una obra musical para emplearlo en una obra derivada. Conviene señalar en el caso del *Mash up*, puede ser tanto en obras musicales y audiovisuales.

Según los autores Tomasz Rychlicki y Adam Zieliński, en su ensayo “¿El *sampleo* es siempre una infracción al *copyright*?”, el primer caso judicial respecto de este fenómeno, fue en los Estados Unidos, en 1991, en el litigio de *Grand Upright Music Ltd v. Warner Bros. Records*, respecto de la obra “Solo otra vez” (*Alone again*), cuya composición se le atribuye al músico estadounidense Gilbert O’Sullivan, en contra de la melodía de la rapera Biz Markie. La sentencia judicial le dio la razón a la parte actora.³⁸⁸

En fechas recientes, el Tribunal Constitucional Alemán consideró que el “*sampler*”, no constituye una infracción, por lo que considera que “la libertad artística”, prevalece sobre el interés económico, tal y como se desprende del siguiente artículo periodístico:

³⁸⁸ En dicho artículo, se realiza un estudio comparativo con las leyes de derecho de autor en Polonia, concluyendo que el “*sampling*” no puede considerarse como infracción, ya que está contemplada por la restricción del derecho de cita. Cfr. Rychlicki, Tomasz; Zieliński, Adam. “Is Sampling Always Copyright Infringement?”, en: *Wipo Magazine*, 6/2009, World Intellectual Property Organization. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/06/article_0007.html

“Ralf Hütter y Florian Schneider, miembros de la legendaria banda alemana *Kraftwerk*, pleiteaban desde 1997 para hacer valer sus derechos en un ritmo de percusión que dura dos segundos en el tema «*Metall auf Metall*» (1977), que fue tomado y utilizado en un bucle por la rapera alemana Sabrina Setlur en su canción «*Nur mir*»”.³⁸⁹

En este sentido, creemos que el *sampler*, puede considerarse como una restricción o límite al derecho patrimonial, bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, se utilice sin fines de lucro y no se altere la normal explotación de la obra “sampleada”.

5 3. Los ocho compases.

Recordemos que los términos armonía, melodía, y ritmo, son la esencia de la obra musical, asimismo, la palabra “compás” tiene una connotación musical, cuyo significado es “la entidad métrica musical compuesta por varias unidades de tiempo que se organizan en grupos, en los que se da una contraposición entre partes acentuadas y átonas.”³⁹⁰

Dicha excepción, la encontramos en la Ley 11.723 de propiedad intelectual argentina, en cuyo artículo 10 establece lo siguiente:

“Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho

³⁸⁹ “El Tribunal ha dado la razón al productor de la canción denunciada, Moses Pelham, teniendo en cuenta que el «sampleo» de pistas de música ya existentes está en la naturaleza misma del hip-hop. Esta sentencia, que sienta jurisprudencia en Alemania, revoca la decisión del Tribunal Federal de Justicia que falló a favor de *Kraftwerk* en 2012, ya que consideraba que incluso el uso de un «mínimo extracto de sonido» de una pieza original está protegido por el derecho de autor y de explotación.” *Vid.* “El «sampleo» no es plagio, según el Tribunal Constitucional Alemán.” Diario ABC, sección cultura, España, 07/05/2019, https://www.abc.es/cultura/musica/abci-sampleo-no-plagio-segun-tribunal-constitucional-aleman-201605311418_noticia.html

³⁹⁰ Latham, Alison. Coord. *op. cit.*, nota 386, p. 43

compases en las musicales y todos los casos solo las partes del texto indispensables a ese efecto”³⁹¹

Sobre el particular, conviene agregar que dicha excepción no se encuentra como tal en otras legislaciones, dependerá de cada país y su cultura, el reconocer esta excepción.

5.4.- ¿Puede considerarse al “*must carry*” & “*must offer*” como excepciones o límites al derecho patrimonial?

Tal y como se señaló en punto relativo a la actual LFDA (*infra* 4.4.), dichos términos se asocian como la obligatoriedad de los operadores de televisión por cable y satélite de retransmitir las señales de televisión abierta.

Por su novedad, el “*must carry & must offer*” son temas selectos no sólo del derecho de autor, sino que abarcan el estudio del derecho de telecomunicaciones y el de competencia económica, nos encontramos en un caso de frontera jurídica, que implica la colisión entre el derecho a la información *versus* la facultad patrimonial del derecho de autor, en su modalidad de comunicación pública (radiodifusión), como un derecho conexo a favor de los denominados “organismos de radiodifusión”.³⁹²

El “*must carry*” se refiere a la obligación de los concesionarios de radio y televisión, de permitir o tolerar la retransmisión de sus contenidos en sus emisiones, por parte de otros concesionarios, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona geográfica, en tanto que el “*must offer*” consiste en la obligación de los concesionarios de televisión (abierta) de permitir a terceros la retransmisión de su señal y de manera gratuita.³⁹³

³⁹¹ De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos humanos y...cit*, nota 10, p. 471 y, Bahena Mendoza, Michell, *op.cit.*, nota 344, p. 26.

³⁹² Artículos 8, 27 fracciones III y VIII, y 139 a 146 LFDA.

³⁹³ *Vid.* Arteaga Alvarado, Carmen, *op. cit.*, nota 261, pp. 480-481

Recordemos que, durante muchos años, existió en México un duopolio televisivo, mediante la figura de concesión administrativa se monopolizaron varias actividades de las denominadas “industrias culturales”. Dichos concesionarios ejercieron un poder dominante en el mercado de televisión abierta, y más adelante en los submercados de televisión restringida, bajo las tecnologías CATV y DTH.

Mediante contratos y prácticas anticompetitivas, se obligaba a otros concesionarios de redes públicas de telecomunicación, por ejemplo, empresas locales de televisión por cable, a fin de convertirlas en meras licenciatarias de los contenidos de dicho duopolio, en aquél entonces, se cobraban de dos a tres dólares por suscriptor a la compañía cablera.

Si bien es cierto que dicho cobro estaba amparado en una licencia que contemplaba una licencia “no exclusiva” de los derechos conexos de dichos concesionarios, el problema real era en las pequeñas comunidades rurales, apartadas de las grandes ciudades y que, por su atraso económico, no podían darse el lujo de cubrir dicha licencia, retransmitían dicha señal a sus abonados.

Como resultado de lo anterior, Televisa y TV Azteca reaccionaron con acciones penales en contra de los dichos concesionarios, quienes, a la luz del CPF pueden resultar penalmente responsables por haber violado el derecho conexo de los organismos de radiodifusión.

Un ejemplo más reciente fue el caso del conflicto entre las empresas de Televisa *versus* “DISH”- empresa de Grupo Carso”- ya que la misma retransmitía vía satélite o DTH, a sus suscriptores, la señal abierta de los canales 2, 5 y 9, propiedad de Televisa.

Es importante señalar que los orígenes del “*must carry & must offer*” en la legislación mexicana, datan del año 2013, cuando la legislatura en turno adicionó un párrafo al artículo 6 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos,

dispositivo que tiene la siguiente redacción: “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.”

Asimismo, en dichas reformas de 2013, el Congreso creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL), organismo constitucionalmente autónomo y cuyas bases y objetivos se encuentran diseminadas en los artículos 2, 5, 6 y 28 de la Constitución, lo que dio origen a la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), el día 14 de julio de 2014.

Ahora bien, procederemos a citar el texto del artículo 164 de la LFTR, que son precisamente el origen de dicha restricción o límite, hoy contemplado en la LFDA:

“Artículo 164. Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.

Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.”

Desde luego, el citado precepto significó que los procedimientos de infracción administrativa promovidos por los organismos de radiodifusión por la violación a su derecho conexo en contra de otros concesionarios de CATV y DTH (Cableros y Dish), quedaran sin materia.

Retomamos a la especialista Carmen Arteaga, quien nos brinda la siguiente información sobre el tema:

“La prueba de que la certeza jurídica que el legislador pretendió con la adición a un segundo párrafo a los precitados artículos 27 y 144 de la LFDA, no fue lo suficientemente contundente, se dio con la impugnación vía amparo del artículo 164 de la LFTR por parte de los sectores interesados por considerarlo inconstitucional e inconvencional manifestando, entre otros argumentos, que los titulares de derechos sobre los contenidos transmitidos por televisión abierta y de paga no recibirían las mismas regalías, así como la existencia de una contradicción entre la LFTR y la LFDA, en virtud de que esta última si contemplaba el pago de regalías a favor de los autores derivada de la explotación de sus obras, argumentos que fueron desestimados en su momento por la Segunda Sala de la SCJN que negó el amparo, declaró constitucional dicho numeral señaló que la reforma de 2014 en materia de telecomunicaciones, había sido cuidadosa en salvaguardar los derechos de los autores por lo que no hay impedimento para que puedan percibir regalías.”³⁹⁴

Por estos motivos, creemos que la figura del “*must carry & must offer*”, puede considerarse como una excepción al derecho conexo de los organismos de radiodifusión, sin embargo, deberían de dejarse a salvo los derechos de autor de

³⁹⁴ *Ibidem* nota 261, pp. 483 y 484

los creadores personas físicas, a fin de que puedan cobrar regalías, ya sea por apoderado o mediante de una sociedad de gestión colectiva.

5.5.- La parodia.

Otras legislaciones, permiten el uso de una obra siempre y cuando se trate de una representación cómica de un suceso o de un acontecimiento de actualidad, en la experiencia jurídico – cultural estadounidense, la parodia es la imitación distorsionada de una persona, un grupo, una práctica u otra cosa o idea, que intentan imitar de la persona o cosa.³⁹⁵

Por lo tanto, la parodia se encuentra dentro de los límites del *fair use*, lo que significa una clara excepción a los derechos de propiedad intelectual, incluso, dicha restricción, se encuentra protegida por la Constitución estadounidense bajo la libertad de expresión, independientemente si su contenido es o no difamatorio. Sin embargo, en el *case law* estadounidense, se han establecido criterios jurisprudenciales para distinguir entre la sátira y la parodia.³⁹⁶

En el foro jurídico mexicano, De la Parra distingue de manera muy clara la parodia de un personaje y la de una obra, la primera encaja en los derechos de la personalidad, entre ellos, el honor, en tanto que la parodia de obras es objeto de estudio del derecho de autor.

Sin embargo, ante un dominio público nulo (100 años), estamos convencidos que el sistema de límites o restricciones al derecho patrimonial de autor, debería interpretarse sentido abierto y no cerrado.

5.6.- El uso de obras musicales realizados por organismos de radiodifusión del Estado.

Autores como Lipszyc se refieren a esta excepción como ejecuciones efectuadas por organismos del Estado, tales como la ejecución pública de obras

³⁹⁵ Sheppard, Stephen. Edit. *op. cit.*, nota 309 p. 778. (La traducción es nuestra)

³⁹⁶ *Ídem.*

musicales en conciertos que sean patrocinados u organizados por el Estado³⁹⁷, piénsese en los conciertos realizados por la Orquesta Filarmónica de la UNAM, en México, o bien, la Orquesta Filarmónica de Berlín (hoy *Berliner Philharmoniker* o *BPhil*), una de las más famosas del mundo, que es patrocinada en parte por el Estado Alemán, las cuales gozan de esta protección o excepción.

En la experiencia mexicana, los organismos de radiodifusión del Estado, tales como el Instituto Mexicano de la Radio, la UNAM, XEIPN (Canal 11) y Radio Educación, pagan un derecho de simple remuneración o regalía de carácter simbólico, en virtud de la trascendencia educativa y cultural de sus objetivos, asimismo, vemos con tristeza que la cuarta transformación haya efectuado recortes presupuestales a dichos organismos.

6.- Análisis de criterios jurisprudenciales, relativos al pago de regalías emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A fin de desarrollar una argumentación con un enfoque tridimensional y cultural, a continuación, se expondrá una breve relatoría de los hechos que dieron origen a las tesis de jurisprudencia con números de registro 176477, 170786 y 170785 relativas al derecho para el cobro de regalías por comunicación pública de obras audiovisuales.

El origen del conflicto se remonta a la tarifa para el pago de los Derechos de Autor, para quienes explotan películas cinematográficas³⁹⁸, adicionada en 1976, la cual contempla el pago a favor de los autores y artistas de obras cinematográficas, lo que en su momento dio origen a la tesis de jurisprudencia, con número de registro 254392, de fecha 14 de agosto de 1975, que resolvió el juicio de amparo interpuesto por la Cámara Nacional de la Industria Cinematográfica, órgano que agrupa a las

³⁹⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 24, p. 238

³⁹⁸ *Vid infra*: El 9 de noviembre de 1965, se publicó en el DOF, la tarifa para el pago de los Derechos de Autor, para quienes explotan películas cinematográficas, adicionada en 1976, la cual contempla el pago a favor de los autores y artistas de obras cinematográficas, siendo este el 1.65% sobre el ingreso en taquilla, y de acuerdo con los siguientes porcentajes: 0.60% para los escritores y guionistas; 0.50% para los compositores de música; 0.25% para el director realizador de la película; 0.15% para los actores; 0.15% para los músicos ejecutantes, nota 238.

salas de cine. El texto del citado criterio jurisprudencial establecía lo que es del tenor literal siguiente:

“PELICULAS CINEMATOGRAFICAS. EL ACUERDO QUE ESTABLECE LA TARIFA PARA LA EXPLOTACION DE, NO VIOLA GARANTIAS POR FALTA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.

El acuerdo del secretario de Educación Pública en el que se contiene la tarifa para la explotación de películas cinematográficas, se apoya en los artículos 72, 79, 82, 83, 118 y 5o. transitorio de la Ley Federal de Derechos de Autor, y no viola garantías individuales, porque el acuerdo en cuestión contiene una debida justificación y apoyo legal, ya que además, con base en el artículo 95 del ordenamiento legal citado, se integró la Comisión Mixta para el Estudio de las Tarifas que regulan el Pago de los Derechos que se causan por la Exhibición de Películas Cinematográficas.”³⁹⁹

Asimismo, en virtud de las reformas a la LFDA, publicadas en el DOF el 23 de julio de 2003, es cuando diversas Sociedades de Gestión Colectiva, entre las que sobresalen la Sociedad Mexicana de Directores-Realizadores de Obras Audiovisuales (SOMEDIRE) y la Sociedad de Autores y Compositores de México (SACM), demandaron ante tribunales federales, a empresas que realizaron actos de comunicación pública de obras cinematográficas, (tales como salas exhibidoras de cine CINEMEX y organismos de radiodifusión, TELEVISA), para que éstos cubrieran a dichas sociedades de gestión, el importe del pago a que se refieren los artículos 26 bis y 83 bis de la LFDA.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Amparo en revisión 403/75. Cámara Nacional de la Industria Cinematográfica y coagraviados. 14 de agosto de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Hugo G. Lara Hernández. Época: Séptima Época, Registro: 254392, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 80, Sexta Parte, Materia(s) Administrativa, Tesis, Página: 57.

⁴⁰⁰ El día 23 de julio de 2003, se publicó en el DOF una reforma a la LFDA, que adicionó el artículo 26 bis, dicho precepto establece lo que es del tenor literal siguiente: “El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por

¿Qué son las regalías? Una primera aproximación a dicho vocablo, significa el beneficio económico que se debe al autor o al titular de los derechos patrimoniales de autor en razón de la utilización y explotación que se hace de su obra.⁴⁰¹

Este término jurídico tiene un significado complejo en razón de que es necesario en primera instancia, comprender que los denominados “derechos de simple remuneración”, guardan diferencia con los derechos patrimoniales.

Como se señaló con anterioridad, los derechos de simple remuneración son aquellos que facultan al autor -o cesionarios y herederos- para cobrar un porcentaje del fruto de toda reventa del soporte original de obras musicales, visuales y manuscritos de obras, que se lleve a cabo en subastas, en establecimientos mercantiles o con la intervención de un intermediario.⁴⁰²

De acuerdo con De la Parra, en realidad son derechos subjetivos que facultan al autor para recibir cierta cantidad de dinero cada vez que un tercero, realice determinada utilización de la obra, pero no facultan para autorizar o prohibir el uso de su obra.

“Aquel del que gozan los autores (o sus causahabientes) para obtener ingresos generados por un tercero como consecuencia de la comunicación pública de una obra (artículos 26 bis LFDA). De esta forma, si se comunica al público, por ejemplo, una obra

cualquier medio. El derecho del autor es irrenunciable. Esta regalía será pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras directamente al autor, o a la sociedad de gestión colectiva que los represente, con sujeción a lo previsto por los Artículos 200 y 202 Fracciones V y VI de la Ley. El importe de las regalías deberá convenirse directamente entre el autor, o en su caso, la Sociedad de Gestión Colectiva que corresponda y las personas que realicen la comunicación o transmisión pública de las obras en términos del Artículo 27 Fracciones II y III de esta Ley. A falta de convenio el Instituto deberá establecer una tarifa conforme al procedimiento previsto en el Artículo 212 de esta Ley.”

⁴⁰¹ Serrano Migallón, Fernando. *op. cit.*, nota 13, p. 599

⁴⁰² Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo. *Introducción al...cit.*, nota 90, p. 64

audiovisual, ya sea en un cine o en televisión, se deberá pagar una regalía al autor.”⁴⁰³

Dicho pago lo tendrá que realizar el tercero que comunique la obra, por ejemplo, una empresa cuyo objeto social sea la exhibición de películas en salas de cine, o bien, las compañías que prestan el servicio de transportación, tales como autobuses, aviones o embarcaciones, las cuales permiten a los usuarios disfrutar de obras audiovisuales y musicales durante su viaje.

Igual acontece en la televisión abierta y de paga, ya sea mediante tecnología DTH o bien, CATV, los concesionarios quienes obtuvieron la concesión o autorización para explotar redes públicas de telecomunicaciones, están obligados a cubrir a los autores – o titulares derivados- una regalía por la comunicación pública de las obras.

En el caso de la empresa CINEMEX, ésta agotó todas las instancias jurídicas para evitar el pago de regalías, sin embargo, el primer criterio de jurisprudencia que a continuación se estudia, fue aprobado por la Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el día el 10 de junio de 2005, para resolver el amparo en revisión interpuesto por Cinemex Toluca II, S.A. de C.V., en donde la Sociedad Mexicana de Directores-Realizadores de Obras Audiovisuales, fue la persona tercera perjudicada, dicha sentencia constitucional establece lo siguiente:

“REGALÍAS. EL DERECHO A SU PAGO PREVISTO POR LOS ARTÍCULOS 26 BIS Y 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR, NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

El privilegio establecido en el citado precepto constitucional a favor de los autores, artistas, inventores y perfeccionadores, constituye una de las excepciones a las prohibiciones establecidas en él, que se traduce en un permiso de explotación exclusiva del producto de

⁴⁰³ *Ibidem*, nota 90, p. 66

la actividad intelectual y artística cuya finalidad esencial es proteger sus derechos. Por tanto, los artículos 26 bis y 83 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor⁴⁰⁴, al establecer el derecho de regalías a favor de los autores y de quienes participan remuneradamente en la realización de una obra musical en la forma señalada por el último de los preceptos citados, son congruentes con los fines del sistema de privilegios establecido por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permiten el fomento de las obras culturales y artísticas.”⁴⁰⁵

En dicha resolución, los ministros de la Suprema Corte dieron la razón a la SACM, por encima de los intereses jurídicos de las empresas quejasas, su argumentación fue constitucional en el sentido de que el pago de regalías por comunicación pública, era acorde con el texto del artículo 28 de la Constitución, es decir, se dicha facultad puede traducirse como un derecho humano y, por lo tanto, superior a las excepciones que alegaban las salas de cine.

En los comentarios al artículo 26 bis de la LFDA, Luis C. Schmidt, reflexiona acerca de los alcances del citado dispositivo, él mismo participó como abogado de las exhibidoras de cine, por lo que su análisis es de relevancia para entender el sentido de la jurisprudencia en estudio.

Al respecto, dicho jurista señala lo siguiente:

⁴⁰⁴ “Artículo 83 bis.- Adicionalmente a lo establecido en el Artículo anterior, la persona que participe en la realización de una obra musical en forma remunerada, tendrá el derecho al pago de regalías que se generen por la comunicación o transmisión pública de la obra, en términos de los Artículos 26 bis y 117 bis de esta Ley...”

⁴⁰⁵ Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.” Novena Época, Registro: 176477, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Diciembre de 2005, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. CXXVII/2005, Página: 403

“El “sistema mexicano” es por todo el derecho de comunicación pública (y pudo ser también por el de reproducción, si el Congreso no rechaza la iniciativa de adición a la LFDA de un artículo 26 ter)”.

Asimismo, realiza una crítica a la jurisprudencia con número de registro 170785, al señalar que el artículo 26 bis:

“debe interpretarse en el sentido de que su autor está imposibilitado para repudiar el ejercicio de tal derecho mediante cualquier tipo de acto jurídico que tiende a producir esos efectos, lo que no implica que tenga prohibido transmitirlo en vida, pues en éste último caso ha sido su voluntad ejercerlo y beneficiarse de los frutos derivados de la correspondiente transmisión. De este modo, el autor, una vez que el derecho referido ha entrado a formar parte de su patrimonio, está facultado para transmitirlo a través de cualquiera de las formas establecidas legalmente para ello, por un lado, porque el legislador no previó en el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor que dicho derecho sea intransmisible, lo que podría modificarse vía interpretativa y, por otro, porque los principios que sustentan el derecho a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad impiden al intérprete suponer que la intransmutabilidad del derecho puede beneficiar aún más a los autores, considerando que lo constituye una apreciación subjetiva que corresponde al ámbito de libertad decisoria que compete al autor en cada caso concreto. Por tanto, el autor podrá transmitir en vida a un tercero su derecho a percibir regalías, siempre que celebre un acto jurídico en el que inevitablemente exprese su voluntad en ese sentido.”⁴⁰⁶

Ahora bien, si dejamos al arbitrio de los productores la facultad de decidir si el autor goza o no del derecho a percibir regalías, en aras de la libertad contractual,

⁴⁰⁶ Schmidt Ruiz del Moral, Luis, *op. cit.*, nota 238, p 103.

se estaría vulnerando los principios de protección jurídica de los autores a fin de poder negociar en igualdad de circunstancias, la transmisión temporal de sus prerrogativas económicas, incluidas las regalías por comunicación pública.

Recordemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis entre las sustentadas por la primera y segunda Sala, resolvió que los derechos de contenido económico o patrimoniales (lato sensu) pueden clasificarse en dos subtipos: a) derechos patrimoniales (en estricto sentido) y, b) otros derechos, de simple remuneración.⁴⁰⁷

Otro de los criterios jurisprudenciales que ayudaron a resolver las lagunas en torno a la aplicación e interpretación de los artículos 83 bis y 117 bis⁴⁰⁸ de la LFDA, y por ende, la obligación del pago de regalías a los autores o Sociedades de Gestión Colectiva, fue el siguiente:

“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.

Del análisis de los artículos 13, fracción II, 83, 83 bis y 84 de la Ley citada, se advierte que tratándose de las obras por encargo o de aquellas producidas con la colaboración remunerada de diversas personas, el titular del derecho patrimonial es precisamente la

⁴⁰⁷ Cfr. Novena época, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Tomo XXVII, Enero de 2008, página 652. Contradicción de tesis 25/2005-PL. Entre las sustentadas por I primera y segunda salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministra ponente Margarita Beatriz Luna Ramos. En <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=20709&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

⁴⁰⁸ “Artículo 117 bis.- Tanto el artista intérprete o el ejecutante, tiene el derecho irrenunciable a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición.”

persona física o moral que tuvo la iniciativa de producir la obra en alguna de esas dos modalidades, siempre que no exista pacto en contrario. Por su parte, quien participa en forma remunerada en la obra musical tiene derecho a una regalía por su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante sobre la parte o partes en cuya creación haya participado, ello obedece a que la participación remunerada no hace desaparecer la calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante, pues la Ley Federal del Derecho de Autor reconoce expresamente esa calidad, independientemente de que por su participación en la realización de la obra recibieran una remuneración específica y determinada. En ese sentido, las razones expuestas en el dictamen de las Comisiones Unidas de Educación y Cultura, de Turismo y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, son precisas en determinar la finalidad de la adición del artículo 83 bis, a saber, que quienes participen en la realización de una obra musical tengan el derecho a recibir una regalía, aun cuando su participación se haga de manera remunerada, pues los autores de obras musicales deben beneficiarse económicamente en la medida y proporción de los recursos que genere su obra; es decir, deben beneficiarse según la aceptación y éxito que obtengan sus obras en el comercio, lo que no se opone a la remuneración previa que perciben por su participación, porque la obra es producto de su creación intelectual reconocida y protegida por la Ley; además, es congruente con la diferencia entre los derechos patrimoniales y el derecho de simple remuneración. Por tanto, el hecho de que el usuario de la obra tenga que cubrir una contraprestación al titular de los derechos patrimoniales y una regalía a quien haya participado en la realización de la obra en forma remunerada, no contraviene la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni implica o supone un

doble pago por el mismo concepto, pues se trata de dos cuestiones distintas.”⁴⁰⁹

7.- Opinión Personal.

Existe un consenso entre los tratadistas del derecho de autor, para otorgar una estructura tríadica o tridimensional, a su objeto de estudio, esto es: objeto – sujeto – contenido.

Dentro de estas tres dimensiones, se encuadran los términos como autoría, titular derivado, obra primigenia, derivada, los denominados derechos morales y patrimoniales de autor, es decir, bajo este método se explica la estructura normativa, tanto en la LFDA, así como de los tratados internacionales celebrados por México.

Recordemos que la originalidad, es requisito *sine qua non* para la protección jurídica de la obra, tanto en la cultura del derecho continental como en el *copyright*, sin embargo, no existe un criterio único en torno al concepto o término de originalidad, es decir, es subjetivo y dependerá del enfoque de cada investigador, operador jurídico o juez para definirla.

A su vez, tratadistas de la altura de Lipszyc, apuntan a darle una equivalencia como la “individualidad”, por considerar que expresa de manera más acertada, “la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individualidad y propio de su autor.”⁴¹⁰

Sin embargo, en el caso del fenómeno del plagio, es necesario realizar un análisis comparativo entre la obra plagiada y la obra que presupone estar basada

⁴⁰⁹ Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas. Época: Novena Época, Registro: 176478, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, diciembre de 2005, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. CXXV/2005, Página: 402.

⁴¹⁰ Lipszyc, Delia., *op. cit.* nota 24, p. 65.

en la anterior, el problema radica en determinar si la obra original no es el resultado de la imitación de otras obras anteriores.

A modo de ejemplo, en 1979, se hizo popular una obra de teatro denominada “La sexy-sienta” basada en el clásico de la literatura universal “La cenicienta”, cuya autoría se puede atribuir a dos autores: Perrault y los hermanos Grimm, por lo tanto, dicha obra teatral era una parodia, cuya originalidad radicaba en el hecho de que la protagonista, en vez de perder su zapatilla, había perdido el brasier o sostén, Asimismo, los personajes femeninos de la obra (madrastra y hermanastras) tendrían que ser interpretados por comediantes varones. La obra original era protagonizada por Gina Moret, haciendo los respectivos desnudos y algunos incipientes comediantes. la obra permaneció en cartelera por casi tres años, sin embargo, casi cuatro lustros más tarde, en el año de 2015, se montó otra obra escénica, "LA SEMECIENTA", y aunque existen variaciones entre los chistes y en los musicales, el espíritu de la comedia escrita en 1979.

Como podrá apreciarse, ambas obras son picarescas, y están basadas en una obra que es del dominio público, el problema aquí era que el autor de “La semesienta”, no había dado el consentimiento para que la segunda parodia”, se estrenará en una famosa sala de teatro en la ciudad.

El asunto llegó a manos del suscrito, quien realizó un estudio comparativo entre ambas obras de teatro, con la finalidad de emitir una opinión jurídica al respecto, sin embargo, no se podía atribuir de manera categórica una originalidad “absoluta” a la primera obra de teatro, ya que se basaba en una leyenda del dominio público, por lo que, en caso de un litigio, este sería oneroso y largo para el autor, por lo que le sugerí que contactará al productor de la segunda obra de teatro, por conducto de la SOGEM -sociedad de gestión colectiva a la que él pertenece- y llegar a una negociación, hasta dónde tengo conocimiento, el asunto se arregló con el pago de una cantidad en taquilla a favor de mi cliente, no hubo necesidad de llevar el caso a los tribunales.

En el siguiente capítulo se expondrán los modelos jurídicos que pueden emplearse en el derecho de autor, para explicar ciertos fenómenos o casos en la creación intelectual, mismos que pueden ser objeto de una teoría de la argumentación en nuestro objeto de estudio.

Capítulo V.- Argumentación jurídica en el derecho de autor.

“La única cuestión estética que los artistas discuten, es dónde ir a comprar un solvente decente.”

Pablo Picasso.

En el capítulo primero se trazó un bosquejo antropológico del derecho de autor, en el segundo, se analizaron las teorías filosóficas que justifican una propiedad especial sobre las obras artísticas, asimismo, en el capítulo tercero se expuso un estudio histórico y legislativo del derecho de autor en México, por último, en el capítulo cuarto que antecede, se explicó la trilogía “sujeto, objeto y contenido” de nuestra disciplina de estudio.⁴¹¹

1.- Justificación del tema.

En el presente capítulo se realizará el siguiente estudio: a) un modelo argumentativo inspirado en la teoría tridimensional del derecho; b) Un repaso a la obra de Robert Alexy, en particular a la teoría de la ponderación jurídica, guiados por la interpretación que han realizado los juristas Manuel Atienza, Fernando Atría y Eduardo de la Parra, a fin de crear un modelo argumentativo que ayude a resolver un peritaje o sentencia en el derecho de autor; c) se expondrá el modelo argumentativo de Stephen Toulmin, el cual puede fungir como herramienta interpretativa que permita tanto a académicos, estudiantes y operadores jurídicos (abogados, jueces, autoridades) para resolver un caso difícil.

Recordemos que, en el primer capítulo de la presente investigación, se señaló la aportación tanto de Platón y Aristóteles al desarrollo de la retórica, que en esencia es el arte del discurso o “dominio de los medios, con cuya ayuda uno puede ganarse a los oyentes”⁴¹², por lo tanto, podemos intuir puentes de comunicación con

⁴¹¹ En los capítulos previos, se explicó el desarrollo histórico del derecho de autor, en México y el mundo, asimismo, se trazó una línea argumentativa apoyada en los métodos literario, comparativo y tridimensional para explicar ciertos fenómenos como el plagio, el *must carry & must offer*, y las fallas del mercado, en nuestro campo de estudio.

⁴¹² “Se puede apreciar a la retórica como una rama lateral de la dialéctica y la ética.” Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y*

la denominada teoría de la argumentación, la cual puede aplicarse en la literatura, la ciencia, la estética, la ética y desde luego, en el ámbito del derecho.

Más adelante otros pensadores de la antigüedad como Marco Tulio Cicerón, contribuyeron al desarrollo de la retórica como ciencia argumentativa, por lo que algunos teóricos identifican a la retórica con la oratoria, que, aunque guardan muchas semejanzas, son dos cosas distintas: la primera como ya hemos señalado tiene por objeto de estudio el discurso oratorio o persuasivo, en tanto que la oratoria es una parte de la retórica, esto es, el discurso articulado dirigido hacia un foro determinado.

“Para Cicerón, la retórica define, de manera precisa y amplia, las funciones de la elocuencia y en el alto grado de compromiso moral y civil que tiene que el orador, en el ejercicio profesional de su actividad contrae frente a la sociedad.”⁴¹³

Manuel Atienza, señala que existen tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones, el primero es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el segundo es el de la aplicación de normas a resolución de casos, y el tercer campo, es en la dogmática jurídica, la cual se subdivide a su vez en la elaboración de criterios tanto para la producción de normas (actividad legislativa) y su interpretación. (actividad jurisdiccional) ⁴¹⁴

En subsiguientes puntos, analizaremos con mayor detenimiento algunas de las teorías de la argumentación jurídica como herramientas de interpretación del derecho y su aplicación por parte de los tribunales en la resolución de casos.

argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. Investigación y redacción Gerardo Dehesa Dávila. 5ª edición, México, S.C.J.N., Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009, p. 74

⁴¹³ *Ibidem.*, p. 85.

⁴¹⁴ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM – IIJ, 2003, pp. 1-4.

2.- interpretación fenomenológica en el derecho.⁴¹⁵

¿Existe alguna teoría o método más adecuado para explicar el derecho? La respuesta a esta interrogante dependerá del enfoque con que se analice el fenómeno jurídico, por ejemplo, en el caso de iuspositivismo Kelseniano, no importa si la ley es injusta o no, ya que la validez de la misma no depende de la eticidad de ésta; sin embargo, en el caso de una investigación tridimensional, que es en esencia, un análisis cultural del derecho, resulta necesario incluir un enfoque multidisciplinario, que incluya a la ética y sociología jurídica, para analizar un fenómeno jurídico en particular, es decir, la creación intelectual y el derecho de autor.

En la filosofía, el término fenomenología tiene varios significados, dicho concepto debe su paternidad a Johann Heinrich Lambert⁴¹⁶, quien en su obra “*Neus Organon*” plantea cuatro cuestiones:

“1) ¿Se ha negado la naturaleza a otorgar al hombre marchar hacia la verdad? 2) ¿Se ofrece la verdad bajo la máscara del error? 3) ¿Oculta el lenguaje la verdad con términos equívocos? 4) ¿Existen fantasmas que, fascinando los ojos de la inteligencia, le impidan percibir la verdad?”⁴¹⁷

A estas cuestiones, responde Lambert con cuatro investigaciones distintas: “la primera es la *dianoilogía* o reglas del arte del pensar; la segunda es la *aletiología*, que examina la verdad en sus elementos; la tercera es la *semiótica*, que asigna a lo verdadero sus caracteres externos; la cuarta es la *fenomenología*, destinada a distinguir entre la verdad y la apariencia.”⁴¹⁸

⁴¹⁵ “Fenomenología. Voz cuyo uso empezó a generalizarse a fines de la Edad Moderna para designar el estudio de los fenómenos, entendidos como manifestaciones externas o aparentes de los hechos sensoriales perceptibles.” Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 27ª edición, Editorial Heliasta, 2000, p. 430

⁴¹⁶ Físico, matemático y filósofo alemán de origen francés (1728 – 1777), escribió más de 150 trabajos sobre física, geometría, óptica, entre otros textos científicos y filosóficos.

⁴¹⁷ Ferrater Mora, José, *op. cit.*, nota 150 pp. 1238-1239.

⁴¹⁸ *Ídem*.

Otros filósofos retoman las ideas de Hegel, contenidas en su obra la “Fenomenología del Espíritu,” a fin de mostrar la sucesión de diferentes configuraciones o fenómenos de la conciencia hasta llegar al saber absoluto de algo o de alguna cosa, entre los filósofos que siguieron esta línea del pensamiento sobresalen Karl Marx, Edmund Husserl y Wilhelm Dilthey, entre otros filósofos que agruparon diversas corrientes y escuelas.

A su vez, el jurista español Luis Recaséns Siches, señala que, a partir del pensamiento filosófico de Edmond Husserl, otros autores como Adolf Reinach - quien fuera discípulo de Husserl- dieron un impulso a fenomenología aplicada al campo jurídico, a juicio del ius filósofo español:

“Quizá el modo de ofrecer con mayor claridad el sentido de la tarea fenomenológica en torno al Derecho sea el de ir delimitándola primero por exclusión, para describir después su objeto positivo, esto es, empezar por decir aquello que no se propone la investigación de Reinach. No aspira a ser: a) Ni una afirmación del apriorismo de precepto jurídico alguno. b) Ni, en consecuencia, menos todavía, un sistema de Derecho Natural, ni un criterio normativo para la valoración crítica del sistema positivo, o para marcar sus ideales. c) Ni la noción de un factor que sea la causa de los preceptos positivos. d) Ni una sistemática de los conceptos que integran toda ciencia jurídica, esto es, una teoría general del Derecho, cuyos resultados sean comunes a todos los regímenes habidos por haber.”⁴¹⁹

Si trasladamos estas ideas al ámbito del derecho de autor, existen elementos apriorísticos que pueden ser los valores o los principios axiológicos que persigue

⁴¹⁹ Recaséns Siches, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La filosofía del derecho en el siglo XX)*, México, Editora Nacional, 1974, p. 214

dicho conjunto de normas, los cuales pueden traducirse en los denominados derechos morales de autor, y cuyo fin es proteger a los creadores (personas físicas), de cualquier alteración o mutilación que sufran sus obras, por lo que las teorías filosóficas que reconocen un derecho “especial” de propiedad inmaterial, son el punto de encuentro entre el derecho y la filosofía.

Regresando a Reinach, en el ámbito del derecho civil, es necesario distinguir cuidadosamente los derechos y deberes jurídicos de las pretensiones y obligaciones morales, mismas que pueden también ser absolutas y relativas:

“por ejemplo: pretensión moral absoluta, es la que se tiene al desarrollo de la propia personalidad; relativa la que se tiene al saludo de un amigo; obligación absoluta, los deberes para consigo mismo; relativa los que se tienen con relación al prójimo)”.⁴²⁰

Según nuestro entender, cuando Reinach se refiere a obligaciones morales, se refiere a valores jurídicos y virtudes éticas, es decir, caemos en el campo del derecho natural, en oposición al derecho positivo; por lo tanto, el enfoque metodológico puede ampliarse a la ética jurídica, que, aplicada al derecho de autor, puede chocar o colisionar con otros principios y normas de otros sistemas.

A modo de ejemplo, pueden citarse dos casos: a) La relación entre propiedad industrial y el derecho a la libre competencia, como ocurre con las patentes de medicinas y su abuso monopólico en detrimento de consumidores y, b) en el campo de los derechos políticos, lo representa la libertad de expresión y sus límites.

Creemos que la interpretación fenomenológica del derecho, necesariamente contempla a la semiótica jurídica, cuyo enfoque es multidisciplinario ya que incluye las siguientes perspectivas: a) la ética (principios), b) la lógica (en la construcción de argumentos sólidos en la interpretación o aplicación de las normas), c) la filosofía

⁴²⁰ *Ibidem*, nota 419, p. 217

analítica (en virtud de que el contenido normativo está representado por enunciados lingüísticos, símbolos e ideas), d) así como la estética del discurso jurídico (el derecho en general como arte).⁴²¹

3.- Crítica al iuspositivismo en el derecho de autor.

Coexisten dos corrientes en torno a la ciencia del derecho, la primera es el denominado “iusnaturalismo”, cuyos postulados radican en que existe un derecho inmanente, racional y superior a cualquier disposición, ordenamiento, ley o supuesto normativo, que sea emitido por el Estado. El iusnaturalismo es por tanto una doctrina opuesta a la llamada “positivismo jurídico”, por ejemplo, la ciencia del derecho es para Kelsen una pura teoría normativa, independiente de todo hecho (natural, histórico) y de toda ley positiva.

Recordemos que Miguel Reale menciona el divorcio entre juristas y filósofos: los primeros sostienen la tesis del iuspositivismo, es decir, separan la “moral” de la ley, en tanto que los filósofos del derecho, afirman que la ley no puede ir en contra de los individuos.

Desde luego, dicho antagonismo entre ambas posturas no es nuevo, se remonta a Grecia, por lo tanto, recurriremos al método literario del derecho, el cual consiste en analizar una obra teatral a la luz de la interpretación jurídica de una leyenda o un hecho, que, para los efectos de la presente investigación, será el mito de “Antígona”, de Sófocles⁴²², tragedia griega que pone de manifiesto la lucha del derecho natural versus el derecho positivo, en donde el personaje principal, Antígona, desafía la orden de su tío Creón -Rey de Tebas- de dejar insepulto el cuerpo de su hermano “Etiocles”, por su afrenta de haber quitado la vida a su hermano “Polinises”.

⁴²¹ SV. “Legal semiotics.- Law is composed of signs. Semiotics generally is the study of symbols as the expression of language and ideas, and in law it is the idea that rules and commands are expressed in signs that reflect underlying significance of legal obligation, opportunity, liability, and so forth.” Sheppard, Stephen. Edit., *op. cit.* nota 309, p. 591.

⁴²² *Infra*. Capítulo I, “1.2. El teatro griego”

De acuerdo a las leyes de Tebas, el castigo para Antígona es la pena capital: consiste en morir de inanición en una cueva – el referente con el sepulcro de Jesús en el Nuevo Testamento es inevitable- tal y como se puede apreciar de la siguiente transcripción de un fragmento de la tragedia escrita por Sófocles y traducida del griego al castellano por Ángel María Garibay K:

“Creón.- (*Vuelve la cara a Antígona y dice:*) ¡A ti, a ti que estás allí cabizbaja ... Habla, ¿lo admites o lo niegas?

Antígona.- Afirmo que lo hice. Todo es. No lo niego.

Creón.- (*Al centinela.*) Lárgate adónde quieras. Vas libre de esta acusación.

(*A Antígona.*) Ahora responde tú. Limpia y sin reticencias. ¿No sabías que yo había prohibido hacer eso?

Antígona.- Lo supe, ¿cómo podría negarlo? Era público y notario.

Creón.- Y así, ¿has tenido la osadía de transgredir las leyes?

Antígona.- Porque esas leyes no las promulgó Zeus . Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han puesto leyes tales a los hombres. No podría yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer... son leyes eternas y nadie sabe cuándo son vigentes. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que fuera?⁴²³

Las teorías del iusnaturalismo o derecho natural, pueden dividirse de la siguiente forma: a) las que consideran emanado de la voluntad divina (o metafísica), b) las que lo aceptan como surgido de “la naturaleza de las cosas”; por lo que se identifican más con la filosofía y ética jurídica:

⁴²³ Martínez, José Luis, *op. cit.*, nota 20, pp. 204-205

“Si centramos nuestra atención sobre la problemática jurídica aún dominante en las últimas décadas del siglo pasado, es fácil reconocer, sin negar el llamado renacimiento del derecho natural (ya sea según la orientación neokantiana, o bajo la influencia clásica, o la neotomista), que la gran mayoría de los juristas permaneció ligada casi exclusivamente a los aspectos técnicos y formales del derecho, en los límites de sus aplicaciones prácticas inmediatas, revelando cierto margen de desconfianza o de reserva hacia las especulaciones filosófico-jurídicas.”⁴²⁴

Para Kelsen, autor que puede considerarse como el máximo representante del positivismo jurídico, y hasta dónde se sabe, no trató en sus escritos el tema de la propiedad intelectual, al analizar el derecho subjetivo, entendido este como el derecho que el individuo puede ejercitar ante terceros y frente al Estado, realiza las siguientes aportaciones sobre derechos personales y reales, mismas que ya fueron citadas al analizar el vínculo o relación entre derechos humanos y el derecho de autor (*supra*, capítulo II):

“...del *ius in rem* -o derecho sobre una cosa -y, *ius in personam*- derecho sobre una persona- conlleva a un error: “[...] el derecho sobre una cosa es un derecho con respecto de personas. Cuando para mantener en pie la distinción entre derechos reales y personales, se definen aquellos como el derecho de un individuo a disponer de cualquier manera de determinada cosa, se pasa por alto que ese derecho no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir esos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. Es decir., que también el *ius in rem* es, por de pronto, un *ius in personam*.”⁴²⁵

⁴²⁴ Reale, Miguel, *op. cit.*, nota 3, p. 27

⁴²⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 165, p. 143

Para el jurista austriaco, entre los derechos subjetivos se encuentran lo que la teoría moderna ha llamado “derechos fundamentales”, antiguamente conocidos por la teoría positiva mexicana como “garantías individuales”, tales como el derecho a la libertad de expresión y la libertad de imprenta, los cuales pueden ser ejercitados por los individuos frente al Estado.

“los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa).”⁴²⁶

Cabe señalar que el iuspositivismo, es el fruto de la denominada escuela de la exégesis, cuya nota distintiva es la supremacía del legislador sobre el juez, es decir un “legislador racional” omnipresente e infalible, de ahí que el juez sea un mero aplicador de supuestos normativos a casos concretos.

De acuerdo con Rolando Tamayo y Salmorán, citado por De la Parra, los postulados de la escuela de la exégesis son los siguientes:

“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 ley.”⁴²⁷

⁴²⁶ *Ibidem.* p. 152

⁴²⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, Reimpresión de la 2ª edición, México, Themis, 2003, p. 346. Citado por De la Parra Trujillo, Eduardo. *Derechos de autor y...cit.* nota 10, p. 8

Por otra parte, las teorías del iusnaturalismo o derecho natural, pueden dividirse de la siguiente forma: a) las que consideran emanado de la voluntad divina (o metafísica), b) las que lo aceptan como surgido de “la naturaleza de las cosas”; por lo que se identifican más con la filosofía y ética jurídica.

Desde luego, la teoría positivista representó un avance importante en desarrollo de instituciones y fortaleció la cultura jurídica occidental, sin embargo, a lo largo de los años, la compleja realidad social ha puesto a prueba sus postulados sobre aspectos como la democracia, la división de poderes y el imperio de la ley, por lo que algunos teóricos de avanzada como Donald Dworkin y Luigi Ferrajoli, apuntan a la actividad jurisdiccional de los jueces para corregir el desequilibrio -o distorsión- del Estado de Derecho, como una corriente “Neo constitucional”, es decir, una evolución de un “Estado de derecho”, a un “Estado Constitucional” de Derecho, lo que se conoce como “neoconstitucionalismo”, como se verá en los capítulos subsecuentes (*infra*).

De esta premisa, parte De la Parra para vincular el derecho de autor con los derechos humanos, su posición ideológica es reconocer la existencia del derecho de autor, frente a ciertos fenómenos y corrientes que buscan la supresión del mismo y del *copyright*, para salvar esta crisis recurre a una sólida argumentación jurídica basada en el neoconstitucionalismo, a fin de explicar el sistema de restricciones al derecho patrimonial de autor.⁴²⁸

Recordemos que la ciencia del derecho, está vinculada de manera estrecha con la filosofía jurídica:

“Debe por lo tanto desarrollar, a partir del concepto, la idea como aquello que constituye la razón de un objeto o, lo que es lo mismo, observar el propio desarrollo inmanente de la cosa misma. Por ser

⁴²⁸ Siguiendo el criterio de autores como Robert, Alexy, De la Parra establece una clara distinción entre reglas y principios, los cuales pueden aplicarse al derecho de autor, al final de su obra, propone una reforma a la LFDA, en base al sistema de principios. *Ibidem*, p. 879

una parte, tiene un punto de partida determinado, que es el resultado y la verdad de lo que precede. El concepto de derecho queda, pues, en cuanto a su devenir, fuera de la ciencia del derecho; su deducción está aquí supuesta, y el concepto mismo debe aceptarse como dado.”⁴²⁹

Si se nos permite teorizar acerca de los derechos de autor, a la luz de la teoría pura del derecho y el positivismo jurídico, resulta que el legislador otorgó a los creadores, ciertos derechos establecidos en la Constitución y en las leyes reglamentarias, pero que no necesariamente son respetados por el Estado o por terceros, por lo que, en algunos casos, es necesario llevarlos a un nivel de judicialización para hacerlos efectivos.

Si bien la LFDA, tiene un fin racional y axiológico que tiende a proteger al autor y la obra de manera temporal, el mismo ordenamiento contiene excepciones a dichos principios, como sucede con los contratos informáticos y de obra por encargo, toda vez que la transmisión de derechos patrimoniales (autor – productor) puede ser a perpetuidad, es decir, mayor a 100 años, justificando dicha cesión con el artículo 17 del Reglamento de la Ley, el cual permite un término mayor a 15 años, lo que a nuestro juicio resulta en una laguna⁴³⁰ del ordenamiento positivo actual, en perjuicio de los autores y en beneficio de los titulares del *copyright*.

En el ámbito administrativo, dicha Ley no contempla sanciones efectivas para el caso de violaciones a los derechos morales y patrimoniales, el presupuesto del INDAUTOR es limitado, de hecho, los procedimientos administrativos pueden ser onerosos y tardados, ni que decir de las limitaciones del Registro, que por el paso

⁴²⁹ Hegel, George Wilhem Friedrich. *op. cit.*, nota 99, pp. 23-34

⁴³⁰ “Es incuestionable que en los órdenes jurídicos positivos (históricos) surgen casos que requieren de una respuesta jurídica que, hasta su planteamiento, ésta no se encuentra ni en la costumbre (nunca surgió), ni en las resoluciones judiciales (no surgió o no fue propiamente planteado) ni en la legislación. Estos casos no previstos que en el discurso jurídico se conocen como ‘lagunas del derecho’ necesitan ser resueltos. Estas omisiones son colmadas de conformidad con las reglas de integración previstas (o recibidas por la tradición y prácticas profesionales. Tamayo y Salmorán, Rolando. “Lagunas del derecho”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *op. cit.*, nota 4, p. 1921.

del tiempo y por la falta de un archivo que pueda mantener los originales de los manuscritos, fonogramas o soportes materiales, muchos de los cuales se encuentran “perdidos”.

Quizá uno de los pocos aciertos de la LFDA, es en el caso de los procedimientos administrativos, de acuerdo con las múltiples reformas a la LFDA, ya no es necesario que el autor o titular afectado deban agotar esta vía para demandar los daños y perjuicios, recordemos que el artículo 213 de la Ley establece la competencia de los tribunales civiles, penales y administrativos para conocer de los asuntos contenciosos de nuestra disciplina de estudio.

Por lo tanto, nos atrevemos a concluir que el modelo tradicional del “Estado de Derecho”, basado en el positivismo puro, ha sido superado por la realidad actual, creemos que el derecho de autor requiere de nuevos modelos interpretativos y enfoques argumentativos, para entender la bastedad y la problemática que implica la circulación de obras protegidas en el internet, los conceptos clásicos de autor, jurisdicción, integridad de la obra, entre otros, necesariamente serán objeto de estudios críticos en los años venideros.

4.- Modelos argumentativos en el derecho de autor.

Manuel Atienza nos dice que argumentar es el arte de exponer buenas razones, sin embargo, por su naturaleza, los casos de derechos de autor que llegan a tribunales son casuísticos, es decir, son particulares y pueden ser objeto de una o varias interpretaciones, e incluso resoluciones judiciales que deberán sujetarse a razonamientos que estén fundados y motivados.

Así pues, ante la variedad de fenómenos o casos en la materia, la teoría de la argumentación jurídica puede ser una herramienta útil para interpretar estos fenómenos, o bien, pueden resultar en criterios prácticos de solución de controversias en casos judiciales difíciles que impliquen cuestiones de derecho de autor.

Como se estudió en el capítulo tercero, en el punto relativo a la crítica de la LFDA y su reglamento, ambos ordenamientos carecen de coherencia normativa, entendiéndose a ésta como “la capacidad de una norma de subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resultan aceptables en el sentido de que configuran -cuando se toman conjuntamente- una forma de vida satisfactoria”⁴³¹

Por esta razón, el papel del juez debe de suplir la “incoherencia normativa” más allá de las simples reglas de la inferencia o subsunción, es decir, del silogismo jurídico, ya que en muchos casos el sistema normativo resulta omiso y contiene lagunas, lo que implica una tarea argumentativa para sustituir la deficiencia del ordenamiento.

En México, el poder legislativo se ha dado a la tarea de colmar las lagunas mediante una larga fe de erratas reflejadas en diversas reformas y adiciones a la LFDA, algunas de ellas han sido acertadas, sin embargo, ante la entrada en vigor del T-MEC, es posible que el legislativo se de a la tarea de expedir una nueva Ley de derecho de autor, tomando en cuenta los modelos del TPP y T-MEC, situación que es hoy una realidad, en virtud de las últimas reformas a la legislación, publicadas en el DOF, el pasado primero de julio de 2020.

A modo de síntesis, sólo enunciaremos los aspectos más relevantes de las reformas para adecuar la LFDA al TPP y T-MEC:

a.- Capítulo V, denominado “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet”

b.- Excepciones o límites a las medidas tecnológicas de protección.

⁴³¹ MacCormick Neil. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978, p. 106, citado por: Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 414, p. 118

4.1.- Modelo tridimensional aplicado al derecho de autor.

Se pueden analizar bajo este modelo, hechos o fenómenos en torno a contratación de talento creativo, por ejemplo, en el caso de la figura de la obra por encargo, que cómo ya se estudió en capítulos anteriores, apareció por primera vez en el artículo 83 de LFDA⁴³², figura contractual inspirada en la doctrina del “*work made for hire*” estadounidense, la cual algunos lo cual dio origen a la tesis aislada emitida por el primer tribunal emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, cuyo rubro es el siguiente: “OBRA POR ENCARGO. LA PERSONA FÍSICA A QUIEN SE ENCOMIENDA SU REALIZACIÓN NUNCA PIERDE EL CARÁCTER DE AUTOR Y, POR ENDE, EL DERECHO A QUE SE LE RECONOZCA PÚBLICAMENTE, PESE A QUE SU LABOR ARTÍSTICA HAYA SIDO RESULTADO DE UNA INICIATIVA O CONCEPCIÓN AJENA.”⁴³³

A.- Síntesis de los “Hechos”:

El presente caso se originó en 2014 con la demanda que interpusieron los coautores del guion o libreto cinematográfico denominado “La familia Florentino”, Adrián Zurita Castañeda y Patricio Saiz Valenzuela, en contra del INDAUTOR y el productor de la película “Nosotros los Nobles” (Gary Alazraki), basada a su vez en la película “El gran Calavera”, del realizador español Luis Buñuel, quien a su vez se basó en la novela del escritor español Adolfo Torrado Estrada, que en esencia contiene la idea original de ambas versiones cinematográficas.

La demanda se radicó ante el juzgado 11 de distrito en materia administrativa en la ciudad de México, y se demandó, entre otras, las siguientes prestaciones: el reconocimiento de la coautoría por partes iguales; la nulidad absoluta de todos los actos jurídicos a los que se obligó Alazraki; la nulidad del contrato de uso exclusivo sobre el guion de la película, los ingresos y beneficios obtenidos por parte de la

⁴³² “Bajo esta modalidad, una persona contrata a un autor específico para la realización de una determinada obra futura a cambio de una contraprestación económica, sin que exista entre el comitente y el comisionado una relación de subordinación de empleo ni sea aplicable, en consecuencia, el régimen legislativo previsto para las relaciones de trabajo.” Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 13, pp. 598-599

⁴³³ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 51, Febrero de 2018, Tomo III, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.1o.A.186 A (10a.), Página: 1513.

productora La Familia Florentino Films, misma que comercializa la obra y que en el año de 2013, generó ganancias que ascienden a los 340 millones de pesos entaquilla.⁴³⁴

B.- Normas:

A su vez, la normas o supuestos normativos que pueden aplicarse a estos hechos son los artículos 11, 12, y 27, en relación con el segundo párrafo del artículo 83 de la LFDA, los cuales transcribimos a continuación:

“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.

Artículo 12.- Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística

Artículo 83.- Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.

La persona que participe en la realización de la obra, en forma remunerada, tendrá el derecho a que se le mencione expresamente su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante sobre la parte o partes en cuya creación haya participado.”

⁴³⁴ Cfr. León, Jorge. “Nosotros los Nobles y ellos por la disputa”, 21 de enero de 2016, en <http://www.jorgeleon.mx/tag/juez/>

C.- Valores (o principios):

Los valores los podemos entender también como principios que rigen la materia de estudio, tales como las facultades morales que se cristalizan en el derecho a la paternidad de la obra y el multicitado principio “*in dubio pro autore*”, que consiste en que en caso de duda se estará hacia una interpretación más favorable en beneficio del autor persona física.

A fin de determinar si es posible aplicar el modelo tridimensional para resolver dicho litigio, a continuación, procederemos a analizar la interpretación judicial realizada por el Primer Tribunal Colegiado del primer Circuito, al resolver el juicio de amparo promovido por la parte actora, es decir, por Adrián Zurita Castañeda. (Tesis: I.1o.A.186 A (10a.), Página: 1513)

“Del análisis sistemático de los artículos 11, 12 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, se colige que si bien es cierto que el autor de una obra, esto es, la persona física que la crea, no necesariamente es, al mismo tiempo, el titular de los derechos que su realización genera, especialmente los de naturaleza económica, pues éstos pueden transmitirse, ya sea por cesión expresa o presuntiva legal, a un tercero, el cual se erige como titular derivado, también lo es que dicha circunstancia no modifica ni puede extinguir su calidad de creador del bien intangible específico, al ser inherente a su persona y, por ende, tiene derecho a que siempre se le reconozca públicamente. Por tanto, el hecho de que en una obra por encargo el artista comisionado no genere la creación artística a partir de su propia iniciativa o personal concepción, sino como consecuencia del encargo remunerado que le fue ofertado por un tercero (comitente) quien le refirió, además, la idea que debía materializarse, no es motivo para asimilar a este último como su autor, toda vez que el artículo 14, fracción I, de la legislación mencionada expresamente prevé que las ideas aisladas no son objeto de protección y, por ende, prescribe categóricamente en el

diverso 83, segundo párrafo, que el realizador de una obra por comisión remunerada mantendrá siempre el derecho de paternidad con relación a ella; disposición que, en congruencia con los principios elementales del derecho autoral, cobra total lógica, pues el único que legítimamente puede ostentarse como creador de una obra, es aquella persona física que efectivamente la desarrolló, aun cuando, se reitera, su realización no haya sido producto de su propia iniciativa o personal concepción.”

Como se podrá apreciar, el tribunal de amparo reconoció la autoría de los colaboradores remunerados del guion o libreto cinematográfico intitulado “La familia Florentino”, es decir, de Adrián Zurita Castañeda y Patricio Saiz Valenzuela. De igual manera, en dicha sentencia establece la facultad del comitente o persona que comisiona la obra (productor), por lo que con apoyo en el artículo 83, es el productor de la película “Nosotros los Nobles”, quien gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.

En síntesis, se reconocen los derechos morales de los colaboradores remunerados, en términos de los artículos 11 y 12 de la LFDA, pero no así los derechos patrimoniales, ello en virtud de que existió un contrato entre los coguionistas y el productor de la película, por lo que dichos derechos los conserva el productor.

A nuestro juicio, a quién debió de pagar el productor fue al autor de la novela “El gran calavera” del escritor español Adolfo Torrado, sin embargo, al caer en dominio público la obra, entonces haber cubierto los derechos al autor del guion y argumento de la película de Luis Buñuel, esto es, a Luis Alcoriza, o bien, a sus herederos, ya que como se desprende de los títulos de la película de Gary Alazraki, “Nosotros los nobles” está basada en la primera.

4.2.- Modelo garantista en el derecho de autor.

A fin de colmar las lagunas en el actual sistema positivo, cobra fuerza la tesis “garantista” de un “Estado Constitucional de Derecho” (orientado a valores), en donde los tribunales juegan un rol más decisivo que en el “Estado de Derecho”, que pondera más el poder legislativo (reglas), por encima de cualquier argumento axiológico, en este sentido, los “hechos” o fenómenos pueden rebasar al sistema normativo o bien, reflejar un conflicto de valores.

En la experiencia nacional, la LFDA no fue el resultado de un legislador “racional”, es decir, infalible. El texto del citado ordenamiento ha sido objeto de una larga historia de reformas y adiciones por parte del legislativo, en el plano jurisdiccional, existen diversos criterios en torno a la interpretación de dicha ley.

Sin embargo, en el ámbito de la administración pública, observamos la pobreza de las instituciones que aplican la LFDA, tal es el caso del tema presupuestal en el INDAUTOR, que no le permite realizar una mayor divulgación de la cultura del derecho de autor en el país, recordemos que su plantilla en el año de 2018, era de 187 personas, incluido el Director General, personal insuficiente incluso para llevar a cabo de forma expedita, las juntas de avenencia, entre otros fines y objetivos de dicha institución.⁴³⁵

Se observa así que modelo del “Estado de Derecho” que respondía la LFDA en la circunstancias socio-políticas por las que atravesaba el país se agotó, es decir, resultó a la postre anacrónico y con vicios y antinomias desde su expedición.

Se insiste en el carácter cultural de la presente investigación, no se formula o propone reforma alguna a la LFDA, sólo se señalan algunas de las lagunas, antinomias y carencias que existen en el ordenamiento positivo actual, lo que se pretende es interpretar los hechos o fenómenos relativos a la materia de estudio.

⁴³⁵ Informe de rendición de cuentas de conclusión de la administración 2012-2018, INDAUTOR, 31 de octubre de 2018. https://www.indautor.gob.mx/documentos/planes-programas-e-informes/Informe-Consolidado_%202012-2018-INDAUTOR.pdf

Se reconoce al jurista italiano Luigi Ferrajoli, la acuñación del término “garantista”, señala que existen vicios “de hecho” en el sistema normativo, de ahí que surja la necesidad de actividad judicial para interpretar y colmar las lagunas:

“En efecto, tal y como han sido históricamente contruidos en los estados de derecho existe una pesada viscosidad del poder ilegítimo y de los vicios que marcan su ejercicio: *antinomias* (o violaciones consistentes en acciones) que permanecen mientras que no sean resueltas mediante la anulación de las normas indebidamente vigentes; y lagunas o violaciones consistentes en omisiones), que permanecen mientras que son colmadas por la emisión de las normas indebidamente no vigentes.”⁴³⁶

Para Ferrajoli, existen tres acepciones de “garantismo”, la primera se refiere a un modelo normativo de derecho:

“precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” SG propio del estado de derecho, que en plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva”⁴³⁷

Como teoría y crítica del derecho, dicho autor nos brinda el siguiente significado de dicho término:

⁴³⁶ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 7ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 878

⁴³⁷ SG Sistema garantista. *Ibidem*, nota 436, pp. 851-852

“En una segunda acepción, “garantismo” designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia -dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica- que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de los segundos.”⁴³⁸

En el tercer caso, el garantismo se identifica con una filosofía del derecho y crítica de la política:

“designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia...”⁴³⁹

Más adelante, el referido autor expone un modelo garantista de derecho, el cual es esencialmente democrático, mismo que puede entenderse de la siguiente manera: “El poder -todos los poderes, sean estos públicos o privados- tiende en

⁴³⁸ *Ídem.* nota 436

⁴³⁹ *Ibidem*, nota 436, p. 853

efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho.”⁴⁴⁰

Si aplicamos el modelo garantista a la experiencia jurídica mexicana, veríamos con tristeza que, a nivel de cultura jurídica, es un país atrasado en materia de procuración y administración de justicia, en el plano del derecho de autor, podemos percatarnos que la LFDA tiene validez, pero no efectividad; es decir, carece de supuestos normativos efectivos (para la invalidación y reparación), tanto de derechos morales y patrimoniales, situación que obedece en gran medida a la idiosincrasia del mexicano promedio que se resiste a aceptar la creencia en el derecho intelectual.

Bajo este contexto, Eduardo de la Parra realiza un interesante estudio de la obra del jurista italiano respecto a los denominados “derechos fundamentales”, que en esencia son derechos humanos, a fin de vincular su tesis de que los derechos de autor son precisamente derechos humanos, de esta manera, nos brinda la siguiente información de la visión garantista del derecho de propiedad de Ferrajoli “derechos civiles”, por lo que existen cuatro diferencias estructurales:

“- La primera diferencia consiste en que los derechos fundamentales son universales (*ómnium*) 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

⁴⁴⁰ Ferrajoli. Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121. Citado por Moreno Cruz, Rodolfo. “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XI, núm. 120, septiembre – diciembre de 2007, p. 827

ante 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).”⁴⁴¹

En resumen, ante la crisis del positivismo jurídico y su repercusión en el derecho de autor, es menester contar con herramientas argumentativas y de interpretación, que pueden ayudarnos a dar un enfoque más humanista del *copyright*. Una argumentación apoyada en el neoconstitucionalismo, sería la de salvaguardar los valores y principios en nuestra disciplina de estudio.

Otro enfoque metodológico, sería una interpretación cultural del derecho de autor, por lo tanto, multidisciplinaria, en dónde se pueden construir argumentos sociológicos o filosóficos para analizar los hechos, valores y normas que entren en conflicto, por ejemplo, el empleo de argumentos estéticos para determinar la autenticidad de una obra artística, en el caso de un dictamen o prueba pericial en un proceso jurisdiccional.

4.3.- Modelo argumentativo de Stephen Toulmin en el derecho de autor.

En su obra “el uso de los argumentos”, el ius filósofo británico Stephen E. Toulmin, parte de la lógica moderna para desarrollar su teoría de la argumentación, y cuyo espectro de aplicación comprende a la ciencia, el arte, el derecho y los negocios:

“La lógica es una ciencia cuyas leyes no pueden considerarse como generalizaciones tentativas de verdades establecidas, y cuyo objeto de estudio no sólo es el “pensamiento”, la ambición propia de un

⁴⁴¹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y... cit.*, nota 10, p. 28

lógico viene de su visión y entendimiento de una clase especial de objetos denominados “relaciones lógicas”⁴⁴²

Asimismo, en dicha obra Toulmin se aparta de la lógica aristotélica que sitúa a la lógica como una ciencia formal comparable a la geometría (lógica idealizada), por lo que Toulmin visualiza una lógica pragmática y operativa (*working logic*).

Retomando a Manuel Atienza al abordar el estudio de la obra de Toulmin, existe un paralelismo entre la lógica y la jurisprudencia:⁴⁴³

“Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y a favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales, mientras que las razones que presentamos para justificar cada tipo de pretensiones pueden ser comparadas entre sí”⁴⁴⁴

Para Toulmin todo argumento tiene el siguiente patrón o estructura: (i) información y garantía (ii) respaldo a nuestra garantía. Asimismo, dichos argumentos pueden ser analíticos y substanciales. El filósofo Alemán Robert Alexy, nos resume la función de la ética en la obra de Toulmin, en los siguientes términos:

“Para encontrar tales reglas de inferencia, o -dicho de otra manera- para encontrar criterios para las buenas razones, recurre Toulmin a la idea de Wittgenstein de que el lenguaje es una herramienta que se puede utilizar para diversos fines. Su función va desde las descripciones hasta los juegos de palabras. Los criterios sobre su

⁴⁴² Toulmin, Stephen Edelston, *The uses of argument*, Updated ed. United States of America, Cambridge University Press, 2003, p. 4

“In Essay IV the origins of the divergence are traced back to the Aristotelian ideal of logic as a formal science comparable to geometry: in the field of jurisprudence, the suggestion that we should aim to produce theories having the formal structure of mathematics has never become popular, and it turns out of here that there are objections also the idea of casting the whole of logical theory into mathematic form.” *Ibidem*, p. 9

⁴⁴⁴ Atienza, Manuel. *op. cit.*, nota 414, p 82.

uso correcto dependen de la función que ha de realizar dentro de un determinado contexto social.”⁴⁴⁵

Toulmin aporta una teoría de la argumentación moral en el sentido de encontrar una buena razón, a favor de una proposición normativa.

Otra aportación importante de Toulmin al arte de la argumentación, es el haber identificado los elementos de un argumento, bajo la siguiente estructura:

- i. Pretensión
- ii. Bases
- iii. Justificación
- iv. Respaldo
- v. Modalización
- vi. Posibles refutaciones. ⁴⁴⁶

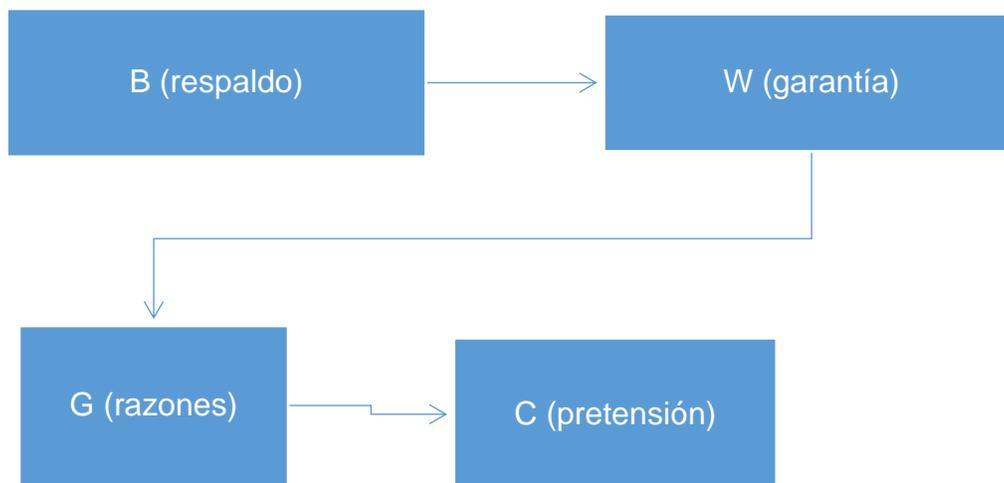
Así tenemos en un primer término a la pretensión que, en el campo judicial, que en el derecho procesal civil podemos identificar como la acción o derecho subjetivo que tiene una parte llamada “actora”, quien somete una controversia a un juez, para que éste llame a juicio a un tercero o parte demandada, quien a su vez tiene una pretensión contraria a la parte “actora”.

Otra forma de explicar el modelo argumentativo de Toulmin es mediante el siguiente análisis de sus elementos, tal y como lo explica Atienza:⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 93

⁴⁴⁶ Toulmin, S., T, Rieke et A. Janik *An introduction of reasoning*, New York, Macmillan, 1979. Citado por Dehesa Dávila, Gerardo, *op. cit.*, nota 412, p. 246

⁴⁴⁷ Atienza, Manuel. *op. cit.*, nota 414, p 86.



W (garantía)

(G) (razones) C (pretensión)

A continuación, expondremos un caso hipotético para resolver o interpretar un fenómeno en la creación artística, por ejemplo, la colisión de principios entre derecho a la información y el derecho de autor, de manera particular nos referiremos al escabroso tema de los denominados “memes” ¿deben o no considerarse como una violación a las normas de protección al derecho de la propiedad intelectual? (propiedad industrial y derechos de autor), y ¿puede esta tecnología vulnerar el derecho a la imagen?

Ambas interrogantes, no son fáciles de contestar toda vez que implica una colisión de normas y principios de dos disciplinas jurídicas aparentemente contradictorias (derecho de la propiedad intelectual y el derecho a la información), por lo que se intentará construir una argumentación en la cual se ponderará con mayor peso a considerar al “meme”, como una excepción al derecho patrimonial de transformación.

© “Pretensión”:

El meme es una conducta que consiste en emplear una imagen que puede estar o no protegida en el derecho de autor, para realizar una obra derivada, sin el consentimiento del titular del derecho patrimonial. De esta forma, el personaje principal de la famosa serie televisiva “*Los Muppets*”), “*Kermit the frog*” o la Rana René ha sido objeto de diversas transformaciones, ya sea como una expresión del folclor de las redes sociales, o bien, emplearse de manera comercial en una campaña publicitaria que se aprovecharía de la obra, para obtener pingues ganancias. Es decir, utilizar la obra con fines de lucro.

En el caso del ciberespacio, el término clásico de Autor, choca con las creaciones del *mash up*⁴⁴⁸, la cultura del *Meme* o el *sample*, en donde cualquier persona dotada con un mínimo de inteligencia y con acceso a un ordenador o computadora, puede crear obras derivadas a partir de composiciones musicales, películas o bien, emplear imágenes de personajes públicos –como artistas, políticos y deportistas- para crear los famosos *memes*.⁴⁴⁹

Por lo que respecta a las bases, pueden definirse como principios de inducción o principios de universalidad, en el plano del derecho humano a la información, tendremos a tener en cuenta que este principio está ligado íntimamente al derecho de libertad de expresión, normativamente se encuentra en el mismo rango constitucional que el derecho de la propiedad intelectual (artículo 28 CPEUM), en cuyo párrafo 6 establece lo siguiente:

“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

⁴⁴⁸ Puede entenderse como el uso de la una obra preexistente, para crear una nueva mediante el uso de herramientas digitales.

⁴⁴⁹ “Cualquier imagen o texto, a menudo de contenido humorístico, que se comparte viralmente en las redes sociales durante un periodo breve.” Ríos Aguilar, Agustín. “Los memes: si, los que usas en redes sociales, están protegidos”, Revista *Foro Jurídico*, marzo 2016, p. 68

inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”

De esta forma, el principio constitucional de monopolio temporal concedido al autor o titular, colisiona con el derecho humano a la libertad de expresión, caso difícil de solucionar en virtud de los intereses en juego ¿Se debe dar la razón al titular del derecho subjetivo afectado? O bien es posible limitar dicho derecho atendiendo al interés colectivo. Como se puede apreciar, resulta difícil decidir cuál de los dos derechos debe de prevalecer.⁴⁵⁰

Retomando el modelo argumentativo propuesto por Toulmin, tenemos la garantía a del argumento a favor de que, en ciertos casos, se pueda limitar el derecho exclusivo del titular afectado, en virtud del artículo 6º de la Constitución, como se verá a continuación.

W (garantía) Artículo 6º CPEUM

En el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución, establece lo que es del tenor literal siguiente: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, 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.**”.(El subrayado es nuestro)

Este enunciado normativo, contiene valores o principios que imponen a un juez de amparo la obligación de ponderar los principios de la libertad de expresión y derecho a la información, al momento de emitir un fallo o sentencia, es decir, no

⁴⁵⁰ De acuerdo con Alexy, en el conflicto constitucional de normas “dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Garzón Valdéz, Madrid, 1993, p. 87

sólo a realizar una subsunción de hechos y normas, sino que debe de atender principios éticos o morales.⁴⁵¹

Como se verá más adelante, pueden existir razones que refuten nuestra pretensión, tal es el caso el derecho a la privacidad y el derecho a la imagen, sin embargo, en el caso de la actividad de los medios (prensa escrita, TV, digital), ésta siempre será objeto de sendos litigios entre los políticos afectados por las opiniones de los periodistas quienes en el ejercicio de su profesión pueden cometer excesos, o bien, ser objeto de una venganza judicial de los afectados.

G (Razones)

El segundo párrafo del artículo 6 de la CPEUM, establece lo que es del tenor literal siguiente: Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.”

Como podrá apreciarse, las garantías (W) pueden coincidir con las razones (G), ya que ambos tienen una función valorativa o de principios, por lo que pueden considerarse como argumentos de “peso”, al momento de ponderar cuál de los derechos es el que debe de prevalecer.

(B) Respaldo.

Los argumentos que los autores o titulares pueden ofrecer para oponerse al “*mash up*” y “*sampleo*” de sus obras, es la facultad moral de integridad de la obra, reconocido como ya se explicó en la teoría de los derechos morales, reconocida en el artículo 8 bis del Convenio de Berna, en virtud de que las nuevas tecnologías,

⁴⁵¹ Para Fernando Atria, el derecho neoconstitucionalista incluye normas constitucionales que contienen principios morales, las cuales son aplicables, como las leyes ordinarias, aunque interpretadas a través de un proceso de ponderación. Cfr. Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004, p. 119

permiten “deformar” o “transformar” la obra, amén de que permiten su reproducción a nivel virtual, es decir, de forma masiva y sin un aparente control.⁴⁵²

Por otro lado, las razones que pueden ofrecerse a favor de las personas que emplean las tecnologías (computadora, programas informáticos, sitios electrónicos), es el argumento del libre acceso a la cultura, reconocida por la legislación internacional, como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual reconoce el derecho de cualquier individuo de beneficiarse de la cultura que genera la colectividad, es decir, como un derecho subjetivo pero que goza de protección internacional y que desde luego, contiene principios y valores.

4.4.- Modelo y método de la ponderación en Robert Alexy.

Robert Alexy retoma a Jurgèn Habermas, autor alemán quien en su obra “teoría de la acción comunicativa” parte de un concepto de razón, que contempla las cuestiones prácticas y su argumentación; en voz de Habermas, se puede atribuir un predicado a un objeto si también cualquier que pudiera entrar en una discusión atribuyese el mismo predicado al mismo objeto, a fin de distinguir los enunciados verdaderos de los falsos.⁴⁵³

En voz de Juan Manuel Romero Martínez, “como primer acercamiento a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se puede decir que ésta se sustenta en una estructura de fundamentación lógica, pues bajo dicha teoría se estudian las condiciones en las que una decisión jurídica puede ser discutida racionalmente.”⁴⁵⁴

Se puede decir que la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, se nutre del pensamiento ético de otros ius filósofos tales como H.L.A. Hart,

⁴⁵² “Artículo 21 LFDA.- 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;”

⁴⁵³ “De ahí que Habermas exponga una teoría de la verdad donde los enunciados generales transitan hacia enunciados normativos, es decir, afirmaciones, promesas, mandatos, etc.” Atienza, Manuel, *op. cit.* nota 414, p. 151

⁴⁵⁴ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista, bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM – IJ, 2017, p. 87

Toulmin, Dworkin, pero que ha trascendido a las otras en el sentido de su aplicación práctica en la argumentación jurídica.

4.4.1.- Distinción entre reglas y principios.

En primer lugar, Alexy realiza una distinción entre ambos términos, a las reglas las podemos definir como mandatos y los principios como mandatos de optimización.

Siguiendo el análisis trazado por De la Parra, “Fue Donald Dworkin quien, al atacar la postura 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 unos de los tópicos más importantes en la teoría del derecho contemporánea.”⁴⁵⁵

Más adelante, el investigador en glosa cita los siguientes casos, que fueron usados por Dworkin para demostrar su teoría: a) *Riggs vs Palmer* (1889), y b) *Henningsen vs Bloomfield* (1960), respecto a la importancia de los principios en la argumentación jurídica.

4.4.2.- Estructura de la ponderación

Quizá la mayor contribución de dicho filósofo a los campos de la argumentación y lógica jurídica, es su famosa “teoría de la ponderación jurídica”, la cual tiene la siguiente estructura:

- a) Definir el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego.
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación al primero.

⁴⁵⁵ De la Parra Trujillo, Eduardo, “*La ponderación en ...cit.*”, nota 11, p. 32

Respecto de los denominados enunciados normativos, son aquellos que expresan normas y juicios de valor. No se trata de las proposiciones normativas en el sentido de enunciados que describen normas -y juicios de valor- que obviamente, pertenecen a la primera categoría y son susceptibles de verdad/falsedad en sentido estricto.

Para Alexy, los mandatos de optimización: “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”⁴⁵⁶

De esta manera, podemos intuir que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, por lo que, siguiendo a Alexy, cuando ocurre un conflicto entre principios (derechos fundamentales), uno de ellos deberá ceder ante la presencia del otro. Para saber cuál principio cede en su contenido constitucional restringible, se debe llegar a establecer una relación de precedencia condicionada.⁴⁵⁷

Una de las principales hipótesis de la presente investigación es la de estudiar ciertos casos judiciales en donde exista un conflicto de leyes y/o de valores, ya sea una colisión de derechos culturales *versus* derechos patrimoniales, o bien, el derecho a la imagen *versus* el derecho de información, campo fértil para la aplicación de la teoría de la ponderación de Alexy.

⁴⁵⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los...cit*, nota 449, p. 86.

⁴⁵⁷ “La relación de precedencia determinará cuál derecho fundamental prevalecerá. La prevalencia significará que habrá un derecho fundamental cuyo contenido constitucional - prima facie - experimentará una optimización a costa de la restricción o sacrificio del contenido constitucional - también prima facie - del derecho fundamental opuesto.” Castillo Córdova, Luis, voz: “Principio de proporcionalidad”, Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto, Coord. *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma – Ciudad de México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici - “Giacchino Scaduto” Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di Medicina Sperimentale e Scienze Biochimiche Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – Campus de Ciudad de México, p. 515

Eduardo de la Parra analizó la obra de Robert Alexy como método para vincular los derechos humanos y los derechos de autor, para el investigador en glosa, en primer lugar, es necesario atender la llamada “Ley de Ponderación”, (o primera ley de la ponderación), la cual podemos resumir de la siguiente forma:

4.5.- Argumentación a partir de valores (La dimensión estética del derecho de autor)⁴⁵⁸

El enfoque filosófico de la denominada propiedad intelectual⁴⁵⁹, tiene que ver con la dimensión ética o los aspectos axiológicos relacionados con la misma, sin embargo, como se ha venido estudiando a lo largo de esta obra, es necesario equilibrar los intereses de los autores y titulares de obras con un sistema efectivo de restricciones y límites al derecho patrimonial.

En voz de Stengel, unos derechos fuertes a la misma pueden acrecentar el interés de las compañías y de los individuos a invertir en investigaciones y desarrollo, pero limitarían el amplio uso de la información. La propiedad intelectual nunca ha sido incontrovertible; ya en el siglo XVIII, se le decía el “monopolio más odioso.”⁴⁶⁰

Otro de los elementos a considerar, es el paralelismo entre la ética y estética, ésta última la podemos definir como “la ciencia de lo bello o filosofía del arte”, para Samuel Ramos, “el objeto de la estética no puede ser otro que el de llegar a definir la esencia del arte, entendida como el conjunto de notas que necesariamente hay que reunir para que la idea del arte nos aparezca con una significación evidente. Un poema, un cuadro, una melodía, son objetos concretos que tienen una existencia

⁴⁵⁸ “En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan las argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas (legislación)...Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos...Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica...” Atienza, Manuel. *op. cit.*, nota 414, pp. 1-3

⁴⁵⁹ Recordemos que, bajo este término, suelen identificarse tanto al campo de la propiedad industrial, tales como invenciones, signos distintivos (marcas, nombres comerciales) y denominaciones de origen, así como al derecho de autor y el *copyright*.

⁴⁶⁰ Stengel, Daniel. *op. cit.*, nota 94, p. 74.

real, pero no deben su sentido artístico a lo que son materialmente considerados, sino a un “algo” virtual, que aquellos representan o expresan”.⁴⁶¹

El derecho de autor no debe de escapar a esta realidad de la estética, su objeto son las obras artísticas y literarias, y por lo tanto, su discurso jurídico puede valerse de argumentos estéticos para construir conceptos tales como la “originalidad” o bien, al momento de decidir judicialmente sobre un derecho controvertido.

La “modernidad”, término por demás vago e impreciso para situarnos en la realidad actual de principios del Siglo XXI, es un constante desafío a las estructuras jurídicas, donde coexisten diversas corrientes jurídico filosóficas que van desde el iusnaturalismo, el ius positivismo, el garantismo y neoconstitucionalismo, todas ellas se apoyan en la lógica y ética jurídica, pero no toman en cuenta el valor de la estética.

A modo de ejemplo, a finales del siglo XX y principios del XXI, el desarrollo del internet y las nuevas tecnologías como *Napster*⁴⁶², *Limewire*, *youtube*, *rapidshare* – por citar algunas- representó un desafío para las denominadas “industrias culturales” o de entretenimiento, ya que permitían la reproducción de copias virtuales de ejemplares de obras musicales y audiovisuales, mediante el protocolo “*peer to peer*” o puerto a puerto entre usuarios.⁴⁶³

La reacción de los titulares del *copyright*, fue muy agresiva, particularmente en los Estados Unidos, lugar en dónde se persiguió judicialmente a los infractores,

⁴⁶¹ Ramos, Samuel, “Arte y realidad”, *Revistas letras de México*, número 15, 15 de marzo de 1940, Vol. II, p. 183

⁴⁶² Napster.com fue un sitio electrónico cuya actividad principal consistía en el envío y almacenamiento de archivos de música y video en formatos MP3 y MP4 (Music programme), *software* desarrollado por su fundador Shawn Fanning, que permitía transmitir archivos de un ordenador o computadora a otra, es decir, “*peer to peer*.” (puerto a puerto).

⁴⁶³ “El derecho de la propiedad intelectual -y con él, sus organizaciones adyacentes- no se han podido desentender del hecho constatable de que los derechos de autor son ya ‘*REBUS IN COMMERCII*’ de la era digital.” Vera Estrada, Ignacio. “Las autorrutas de la información” en Becerra Ramírez, Manuel, Cord. *Estudios de derecho intelectual...cit.*, nota 149, pp. 340-341

tal y como lo revela el documental denominado: “RiP! - A *Remix Manifesto*”, del realizador canadiense Brett Gaylor, obra que narra el abuso del derecho por parte de los titulares del derecho patrimonial en contra de usuarios, quienes descargaban música en internet.⁴⁶⁴

Dicho documental causó polémica, ya que desnuda los intereses de los monopolios en los medios de comunicación estadounidenses, quienes pretenden limitar el dominio público en el *copyright*, con el fin de mantener el control de obras musicales y audiovisuales a perpetuidad; mediante el *lobbying* – o cabildeo ante el poder legislativo- los intereses empresariales ampliaron a 75 años el término de protección (no olvidemos que en México, el término es de 100 años, contados a partir de la muerte del autor), de igual manera, han logrado importantes victorias judiciales, limitando las excepciones por el uso justo de obras ante los tribunales.

Lo anterior, no sólo implica un retroceso en términos culturales, sino que también ha inhibido la creación intelectual, que puede emplear la misma idea, aunque sea diferente su forma de expresión. Parafraseando a los filósofos Adorno y Horkheimer, las industrias culturales deciden que es lo políticamente correcto y el criterio estético de la cultura de un país, como fue el caso de la empresa Televisa en México.

A pesar de las aparentes lagunas normativas -reales y aparentes- en la LFDA, en el caso de la comunicación pública de obras audiovisuales, en su modalidad de exhibición cinematográficas y radiodifusión (T.V.), dio origen a diversos juicios en contra de salas de cine y televisoras, las cuales se resolvieron por el Poder Judicial de la Federación, tal y como se estudió en el capítulo que antecede, en el punto relativo a la negativa de pago de regalías por comunicación pública, por parte de las salas de cine en México. (*Supra*, capítulo IV, punto 6.-

⁴⁶⁴ Ficha técnica: Título original. “RiP! - A *Remix Manifesto*” (Kultura remixu). Dir. Brett Gaylor. Guion. Brett Gaylor y Cynthia Knight. Fotografía Color: Brett Gaylor. Música. Talk Girl. Intérprete Cory Doctorow. Productor. Eye Steel Film, National Film Board of Canada (NFB), SODEC. Color. 87 min. País: Canadá. 2009. Película completa en: https://www.youtube.com/watch?v=Q-l5m3SI_Gk

Análisis de criterios jurisprudenciales, relativos al pago de regalías emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.)

5.- Interpretación constitucional en el derecho de autor.

Puede definirse como la técnica conforme a la cual se exponen razones mediante la interpretación de la Constitución y de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, en la resolución de un asunto determinado.

Se apela al contenido axiológico de la norma fundamental o constitución, es decir, a los principios, tal sería el caso de que una persona no puede ser privada de su libertad o propiedades, sino es mediante un juicio en dónde se cumplan las formalidades de debido proceso, en el caso de México, dicho principio se encuentra contenido en el artículo 14 de la Constitución; dicho principio debe ser observado por cualquier autoridad de los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), sin embargo, es una práctica muy arraigada por algunas autoridades de evadir su cumplimiento, alegando que al ser autoridades de “legalidad” no pueden interpretar la Constitución (actividad reservada a la Suprema Corte), por ejemplo, el caso de un tribunal de algún Estado de la República Mexicana que puede desechar pruebas en un procedimiento civil, mercantil o penal, situación que lleva al afectado a promover juicio constitucional ante un tribunal federal.

Otros autores como José Manuel Romero Martínez, siguen la línea del “Neoconstitucionalismo” o nuevo constitucionalismo, corriente jurídica que inició en Europa después de la segunda guerra mundial, en la cual se otorgó mayor relevancia al contenido “moral” o ético de las nuevas Constituciones emanadas sobre las ruinas del viejo orden constitucional, más adelante, con el pensamiento de autores como Ricardo Guastini, Paolo Comanducci y Luigi Ferrajoli, se consolidó dicha corriente que puede considerarse como una teoría de la argumentación jurídica.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ En el capítulo II, se analizó el vínculo existente entre los denominados “derechos humanos” con el derecho de autor, realizando una crítica al positivismo jurídico que concibe a la ley como un

Para el citado investigador, son tres los estadios que cambiaron la forma de entender el constitucionalismo, de acuerdo con el siguiente criterio:

“a) la Constitución como verdadera norma jurídica; b) la creación de una jurisdicción especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) la novedad de la interpretación de la Constitución.”⁴⁶⁶

Dicha técnica puede resultar útil en el caso de que exista colisión entre un derecho fundamental y el derecho de autor, por ejemplo, en el caso de censura por alguna autoridad para que una obra determinada se exhiba, el punto aquí es saber si la obra o no vulnera disposiciones de orden público, o si la exhibición de la misma, lesiona derechos de terceros.

De manera novedosa, De la Parra aterriza las ideas jurídicas en torno a la voz “Constitucionalismo”, también llamada “nuevo constitucionalismo”, para vincular al derecho de autor con los derechos humanos; la doctrina de las “garantías individuales”, tan arraigada en el foro jurídico mexicano antes de las reformas constitucionales del año de 2011, ha evolucionado hacia esta nueva corriente de interpretación del derecho, es decir, como una herramienta para entender fenómenos complejos del derecho de autor, tal y como el sistema de restricciones –o límites al derecho patrimonial- y los alcances del derecho comparado con la interpretación de la LFDA.

Para dicho especialista, el neoconstitucionalismo “es el instrumento ideal para encontrar las respuestas más equilibradas ante mucho de los problemas contemporáneos del derecho autoral, en tanto es su vocación de buscar este tipo de respuestas frente a los problemas de sociedades complejas y heterogéneas.”⁴⁶⁷

concepto infalible, tal y como aconteció en la Europa fascista a principios de los años treinta del siglo pasado. (*Vid. infra*)

⁴⁶⁶ Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 441, p. 10

⁴⁶⁷ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y...cit.*, nota 10, p. 6

A modo de reflexión diremos que en el caso de la LFDA, existe el principio de interpretación restrictiva de los contratos en la LFDA a favor del autor, contenido en el artículo 83 bis ya estudiado y comentado, por lo que podemos afirmar que nos encontramos ante una interpretación de contenido “ético o moral”, es decir, se inclina más hacía los principios que hacía las “reglas” o supuestos de derecho que contempla la actual legislación, por lo que el principio de libertad de contratación, queda supeditado a este principio especial que contempla dicha legislación.

6.- Lagunas en el derecho de autor.

Como ya se señaló en el presente capítulo, el término laguna se refiere a los silencios normativos de la ley escrita, ante ciertos fenómenos que no encuadran en los supuestos normativos, por lo que podemos afirmar que “una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado.”⁴⁶⁸

Recordemos que en la teoría de la argumentación jurídica es requisito indispensable identificar las “reglas” de los “principios”, sin embargo, en la práctica jurídica pueden existir antinomias (contradicciones) y lagunas, ya sea entre las reglas, o bien, entre los principios o valores, como se estudió en el modelo argumentativo de Stephen Toulmin en dónde observamos que dos principios constitucionales colisionan en el caso hipotético que se planteó de los memes.

En la introducción del libro “Los derechos en serio, del jurista estadounidense Ronald Dworkin, A. Calsamigila, analiza los casos difíciles planteados por Dworkin, en base a lo siguiente:

“Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios.

⁴⁶⁸ “La laguna esta siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta.” 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. 3

Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho.”⁴⁶⁹

Por otro lado, Juan Manuel Romero Martínez, al analizar las lagunas en la obra argumentativa de Niel MacCormick, aporta la siguiente información:

“El entendimiento que MacCormick tiene sobre los principios desde su función explicativa no es relevante para esta investigación, pues en dicha concepción los principios cubren una función de colmar las lagunas de las leyes, lo que no se debe confundir con la argumentación principalista. Así, el desarrollo de la teoría de la argumentación de MacCormick es relevante por lo que se refiere a la función justificativa de los principios, que es en donde se observa el enfoque principalista de su teoría.”⁴⁷⁰

En este sentido, las lagunas de la LFDA han sido corregidas o colmadas por el legislador en turno, mediante reformas y adiciones a lo largo de 24 años desde que dicho ordenamiento entró en vigor, asimismo, como se ha mencionado a lo largo de la presente investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha realizado un trabajo interpretativo sobre la LFDA, corrigiendo mediante la emisión de criterios jurisprudenciales los alcances y límites de dicha legislación.

7.- Opinión personal.

Es aplicable la teoría de la argumentación jurídica al campo del derecho de autor, o de cualquier otra rama del conocimiento jurídico, en el presente capítulo se intentó interpretar criterios jurisprudenciales a la luz de modelos argumentativos, de

⁴⁶⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, 5ª reimpression, España, Ariel Derecho, 2002, p. 15

⁴⁷⁰ Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 441, p. 84

igual forma se plantearon fenómenos jurídicos hipotéticos, a fin de construir un modelo interpretativo a la luz de las teorías de Alexy y Toulmin.

Estamos convencidos que, en el derecho de autor, es menester establecer una argumentación estética y cultural de los fenómenos en torno a la creación artística, lo anterior representa tomar sana distancia del modelo de subsunción del positivismo jurídico, que en la especie es un argumento deductivo.

De igual forma, resultan ilustrativos los ejercicios interpretativos de tópicos jurisprudenciales, al amparo de la denominada “teoría tridimensional del derecho”, no obstante, de que no se puede considerar a dicha teoría, como parte de la argumentación jurídica en estricto sentido, tales como los modelos analíticos de Alexy y Toulmin.

Excursus.- Derechos de autor y la ciencia-ficción (Inteligencia artificial y creación intelectual).⁴⁷¹

En la presentación de las fábulas de Robots para No Robots, de la novela “Ciberiada” del escritor polaco Stanislaw Lem, los editores nos brindan la siguiente advertencia: “En una sociedad en la que la tecnología está al servicio de unos intereses de clase y bajo el control de una elite altamente especializada, es comprensible que los no iniciados —ni beneficiarios— contemplan el «progreso» tecnológico con cierto recelo, cuando no con positivo temor. Un temor que, cuando faltan la información y la capacidad crítica necesarias para llegar al fondo de la cuestión, se convierte fácilmente en temor irracional a la cosa en sí —la tecnología, en este caso— en vez de centrarse en su manipulación clasista, auténtica razón de que la ciencia y la tecnología avanzada puedan constituir una amenaza.”⁴⁷²

Sartori coincide al afirmar que “todo progreso tecnológico, en el momento de su aparición, ha sido temido e incluso rechazado. Y sabemos que cualquier innovación molesta porque cambia los órdenes constituidos.”⁴⁷³

Al igual que el mito Bíblico del *Gólem*, o bien, la figura literaria del Dr. Frankenstein, las creaciones intelectuales de los hombres sin escrúpulos, a menudo pueden volverse en contra de sus autores y destruirlos. Otro de los temores de los “logros de la tecnología”, es que la máquina desplace al hombre como productor, cosa que en una sociedad equitativa y racional debería contemplarse como una gozosa liberación, pero que, en la nuestra, basada en la explotación y la competencia, supone una constante amenaza para los trabajadores.

⁴⁷¹ “...por lo que respecta a la computación, surgen exitosos resultados en el diseño de sistemas diferentes a los tradicionales y cuya finalidad consiste en hacer que una computadora realice ciertas funciones que de ser atribuidas a un humano implicarían conducta inteligente...denominada inteligencia artificial.” Cáceres Nieto, Enrique. Coord. *Inteligencia artificial aplicada al derecho. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM-IJ, 2005. p. XI.

⁴⁷² Lem, Stanislaw. *Ciberiada*, Trad. Jadwiga Maurizio, Barcelona, Editorial Bruguera, S.A., 1979. p.1,

⁴⁷³ Sartori, Giovanni. *op. cit.*, nota 54, p. 29

En “Ciberiada”, los personajes son robots que logran crear obras intelectuales, superiores a las desarrolladas por el hombre, tal es el caso *Trurl* y *Clapaucio*, quienes poseen una mente inventiva que les permite gozar de las más altas creaciones matemáticas en forma de sofisticados algoritmos y crear máquinas capaces de volar más allá de las nebulosas y del hombro de Orión.

La revolución tecnológica, ha permitido el desarrollo de *software* o programas informáticos cada vez más sofisticados- que tienden a desplazar la actividad humana en muchas áreas. A modo de ejemplo, la robótica en la industria automotriz permite a la marca producir automóviles a un precio menor al de la mano de obra humana, lo mismo sucede en la industria militar estadounidense, con los denominados *drones*, robots voladores que son susceptibles de pilotarse de forma remota y cargar misiles aire – aire o aire – tierra.

A modo de ejemplo, en los años setentas y ochentas del siglo pasado, surgió la interrogante si las fotografías que tomaban los satélites sobre el globo terráqueo, podían atribuírsele a una persona física, quedaba claro que, bajo el *copyright*, el autor primigenio era la NASA, sin embargo, en la doctrina del *droit d’auteur*, no podía darse una respuesta tan satisfactoria.

La ciencia ficción ha rebasado la utopía normativa basada en el mito del progreso individual, a través de la ficción legal de la autoría, en la novela “*Sueñan los androides con ovejas eléctricas*”, el autor Philip K. Dick narra una sociedad distópica después de una conflagración nuclear: el hombre ha tenido que escapar al espacio. Sin embargo, en la contaminada y moribunda tierra, *replicantes* y humanos libran una guerra sin cuartel, los replicantes son seres genéticamente modificados quienes tienen una fecha de caducidad, sin embargo, han superado a los humanos en inteligencia y fuerza. Dicha obra va ser objeto de una adaptación cinematográfica denominada *Blade Runner*.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ “La membresía a la humanidad está en función mayormente de la capacidad de consumo no sustentable o excluyente y por lo tanto, los androides pueden aspirar a tener derechos humanos.” Sánchez Fernández, Ernesto. “Blade Runner: ¿Sueñan los androides con derechos humanos? en

En el año de 2011, *Naruto*, un macaco indonesio se tomó una “*selfie*” o auto fotografía, con la cámara propiedad del fotógrafo de la vida animal, el británico David Slater, el asunto de la paternidad de la imagen a un humano, quedó en tela de juicio; la organización no gubernamental denominada PETA (*People for the ethical treatment on animals*), demandó al fotógrafo y al editor del libro , alegando que el primate era el autor originario, sin embargo, si nos atenemos a la legislación internacional y doméstica en derechos de autor, resulta que sólo las personas físicas son objeto de protección, lo que nos lleva a plantearnos la interrogante si el autor es tan sólo un intérprete de la realidad, de un mito o de la misma naturaleza.⁴⁷⁵

El concepto de autoría se diluye en el ámbito digital; la reproductibilidad mecánica de la obra de arte, tal y como la concibió Walter Benjamin, pierde su esencia o “aura” en la aldea global, los programas informáticos permiten utilizar imágenes de manera en que se pueda manipular a discreción una obra pictórica o una obra cinematográfica, se rompe entonces el paradigma del derecho moral de integridad de la obra.⁴⁷⁶

Por cuestiones de extensión, no es el objeto de la presente investigación el profundizar sobre cómo estas invenciones humanas podrán superar la creación humana, quizá en términos estéticos, sin embargo, resulta de interés ponerlo sobre el tintero para un futuro análisis.

Gómez Fröde, Karina y De la Parra Trujillo, Eduardo. Coord. *Cine y derechos humanos*. México Porrúa - Facultad de Derecho-UNAM., 2015, p. 173

⁴⁷⁵ “PETA claims that Naruto is the rightful copyright owner because, under US copyright law, intellectual property rights are granted to the one who took the picture. That is true, however, but not if you're a monkey. And adding insult to injury, the US Copyright Office says Slater cannot own the photos, either, because he didn't take them. Works "produced by nature, animals, or plants" cannot be granted copyright protection, the US Copyright Office says.” Kravetz, David. “did you hear the one about a monkey suing a photographer for infringement?” *Arstechnica*: <https://arstechnica.com/tech-policy/2017/07/did-you-hear-the-one-about-a-monkey-suing-a-photographer-for-infringement/>

⁴⁷⁶ *Infra* capítulo I, 4.2.

Conclusiones:

CAPÍTULO I

A.- En la antigüedad, los mitos, leyendas y otras formas de expresión artística, eran un bien común, por lo que cualquier persona, pueblo o civilización podía aprovecharse libremente de las ideas arquetípicas contenidas en la incipiente literatura antigua. De manera paulatina, durante el imperio Romano y la Edad Media, surge el mito del autor (*auctoritas*), el autor es institucionalizado por la religión, el conocimiento está reservado para una minoría. Durante el mercantilismo y en la etapa previa a la revolución industrial se sientan las bases filosóficas para establecer la creencia en la propiedad intelectual.

B.- En la cultura griega en particular, no existió un derecho intelectual o de autor como lo conocemos hoy, sin embargo, se les otorgaba a los autores un reconocimiento o paternidad sobre su obra; existió una primitiva industria editorial sobre manuscritos y textos de autores clásicos. De igual manera, las representaciones teatrales permitían a los autores y artistas beneficiarse de las mismas.

C.- El derecho romano otorgó el carácter de propiedad, a los manuscritos, frescos, y cualquier manifestación de arte plasmado en un soporte material, el plagio se castigaba en Roma con el descredito social al plagiario.

D.- La presente investigación también es de carácter cultural, por lo que él método tridimensional que sugiere Miguel Reale para analizar el fenómeno jurídico en hechos valores y normas, implica un estudio antropológico de la figura del “autor” y su relación con el fenómeno de la creación.

CAPITULO II.

A.- Con el perfeccionamiento de la imprenta, en la Europa de los siglos XV y XVI, se establecen privilegios y monopolios a favor de impresores, previa licencia que otorgaba el Soberano o Rey, previa censura por parte de la Iglesia o la corte. Los autores conservan su nombre o paternidad sobre sus creaciones, muchos viven bajo el mecenazgo de algún príncipe o señor feudal, surgen los primeros plagios editoriales.

B.- El concepto de una “propiedad intelectual” sobre una creación, surge en el año de 1710, en Inglaterra, con el denominado “Estatuto de la Reina Ana”, por medio del cual se otorgaban privilegios de impresión, y se reconocía a los autores de textos literarios y artísticos, un derecho exclusivo para beneficiarse de su trabajo intelectual, el cual tenía una duración de 10 años a partir de la primera edición de sus obras.

C.- Dicho Estatuto, fue la culminación de un proceso dialéctico de la ilustración, es decir, en sus orígenes el copyright fue el hilo conductor entre la antigüedad y la modernidad, permitió un equilibrio entre autores y editores y la expansión de la denominada industria editorial.

D.- En sus inicios, el *copyright* sirvió como un instrumento de censura, ya que permitía “controlar” por parte del gobierno a los editores o escritores contrarios a la ideología de la Corona, estableciendo el registro de la obra ante una autoridad, para que la misma tuviese protección y reconocimiento legal.

E.- Creemos que existe un malestar en la cultura de la propiedad intelectual, ya que lejos de convertirse en un motor de innovación y creación, muchas veces aprisiona al futuro creador en su labor creativa, al buscar su fuente de inspiración en obras que son del dominio público, a fin de evitar un posible plagio o uso no autorizado de alguna obra protegida a favor No de otro creador, sino de un tercero que adquirió los derechos de explotación.

F.- El derecho de autor puede asimilarse a la teoría de los “derechos humanos”, en virtud del contenido axiológico de los principios que persiguen los primeros, una aproximación garantista y por lo tanto neo constitucional del fenómeno del derecho de autor, sería considerarlos como tales, no sólo por su contenido moral, sino que además existe la protección jurídico autoral, como ha quedado descrito en el primer capítulo, al abordar las tesis que asimilan el derecho de autor a los derechos humanos.

G.- Otro de los síntomas de este malestar, puede observarse en el caso de las patentes de invención, en el campo de la propiedad industrial, ya que existe

presión por parte de la industria farmacéutica, a fin de ampliar la vigencia de protección de las patentes, para mantener el privilegio temporal frente a otros competidores, como ocurre con las empresas que producen medicamentos genéricos, mediante el cabildeo al poder legislativo. Esta posición, choca con la tesis del derecho a la salud, reconocida en la mayoría de las Constituciones de los Estados, y se traduce como el derecho humano a acceder a la salud, sin que por ello se vea arruinado en su patrimonio.

CAPITULO III

A.- La idea de propiedad literaria era desconocida para los pueblos mesoamericanos, entre ellos, el Azteca y Maya, sin embargo, reconocían el talento de poetas y músicos, en una especie de mecenazgo.

B- Durante el Virreinato, se adoptaron las disposiciones de la España peninsular, mediante diversos decretos y leyes. Existió control y censura por parte de la Iglesia Católica respecto de las primeras obras literarias publicadas en la Nueva España.

C.- A partir de la independencia, el país adoptó distintos modelos Constitucionales: el federal y el centralista. Desde la Constitución de 1814, reconoció la libertad de expresión, de igual manera, el derecho de autor, fue reconocido en las Constituciones de 1857 y 1917. A pesar de lo anterior, la constante en el país ha sido, en la mayoría de los casos el control y la censura, por parte de gobiernos autoritarios en los medios de comunicación.

D.- Las primeras leyes del derecho de autor, tuvieron una visión que privilegiaba a la obra y al autor, reconocían la trascendencia del titular derivado y/o productor de la obra y sus derechos, dichos ordenamientos fueron más claros y precisos, en comparación con la LFDA.

E.- El derecho de autor no puede considerarse como un derecho de propiedad tal y como lo define el CCF; es un derecho especial por su naturaleza

intelectual, es de carácter limitado y es distinto del soporte material que contenga plasmada la idea.

F.- En México, a partir de la entrada en vigor del TLCAN, en 1994, el marco normativo del derecho de autor se asimiló al sistema de *copyright*, al incorporar nuevas disposiciones como la obra por encargo, la fijación como requisito de protección y la inclusión de sistemas normativos mercantiles en el manejo de las Sociedades de Gestión Colectiva, reformas que favorecen a los productores de obras, y que han representado un obstáculo para el ejercicio de los derechos morales por parte de los autores, tal es el caso de la mutilación de obras cinematográficas por cuestiones de censura o de publicidad, en la televisión.

G.- La redacción de la actual LFDA, no es el producto de un “legislador racional”, la misma carece de coherencia, contiene lagunas y en muchos casos la Ley es ineficaz ante ciertos fenómenos como el plagio y la evasión del pago de regalías por comunicación pública, lo que obliga a los autores y artistas a iniciar costosos procesos judiciales, sin que exista una garantía de obtener una sentencia favorable a sus intereses. Quienes hayan litigado en contra de un organismo de radiodifusión pueden entender la problemática.

H.- En el caso del *must carry & must offer*, este fenómeno originó la “derrota” del sistema normativo, en el sentido de que es una restricción al derecho de explotación de los organismos de radiodifusión y cuyos alcances apenas conocemos.

I.- El sistema de restricciones o limitaciones al derecho patrimonial, contenido en los artículos 147 a 151 de la LFDA, no contempla otros límites como son la parodia y el uso incidental de obras; se suprimió la figura de la “crestomatía”, contenida en las reformas a la Ley en 1963, y la redacción de dichos preceptos normativos no es muy clara, lo que puede originar lagunas que tendrán que ser colmadas por la actividad judicial.

CAPITULO IV.

A.- El concepto clásico de autor, se ha diluido en la legislación de derechos de autor; por medio de “ficciones” legales ahora las empresas pueden ser titulares originarios de derechos de autor, es decir, se sigue el espíritu utilitarista del *copyright* anglosajón.

B.- La doctrina jurídica coincide en establecer una trilogía entre los conceptos de objeto, sujeto y contenido del derecho de autor; la obra es el objeto, el sujeto es el autor o creador, de ahí que la originalidad resulte un término relevante, el cual se debe de actualizar ante el reto en las tecnologías de la información.

C.- La originalidad es un concepto equivoco, tiene varios significados atendiendo a la ambigüedad de dicha palabra. Por un lado, podemos afirmar que, en términos coloquiales, originalidad significa la actitud, comportamiento o acción originales – o de novedad- como sugiere la Real Academia de la Lengua Española.⁴⁷⁷

D.- Sin embargo, este concepto no es absoluto, al menos debería ser flexible atendiendo a que la creatividad no depende de la novedad, sino de la visión o interpretación de un fenómeno estético por parte de un autor o de un artista, la cual puede o no estar basada en una obra preexistente.

E.- La tecnología, permite a cualquier persona usar y transformar música, fotografías, películas, hechos que pueden resultar o no en una violación al contenido del derecho de autor, esto es, tanto derechos morales o patrimoniales, de ahí la importancia de estudiar los límites del derecho patrimonial de autor, con la finalidad de establecer criterios objetivos en caso de un plagio.

⁴⁷⁷ SV Real Academia Española. *op. cit.*, nota 29, p. 390

F.- El fenómeno de la piratería no se puede asemejar al plagio en creación, son dos cosas distintas, la primera significa la reproducción en gran escala de formatos de obras literarias, musicales y audiovisuales, o bien, la venta de productos o sistemas que permitan burlar las medidas tecnológicas de protección; al igual que la falsificación de obras, son conductas criminales y son objeto penas y sanciones por la ley penal.

G.- Como se estudió en el capítulo relativo, el plagio es un asunto complejo, la definición más aceptada sugiere la conducta de tomar la totalidad o parte de una obra y hacerla pasar por propia, sin embargo, esta definición no contempla otros factores en la creación artística, como es la imitación o el hecho de que la obra plagiada, no resulte del todo original.

H.- Recordemos que la acusación de plagio ha sido usada para acallar la libertad de expresión, por lo que debe ser probada, es decir, el juzgador debe de valorar y analizar todas las pruebas ofrecidas por las partes, es decir, debe realizar un estudio concienzudo del caso a fin de emitir una resolución garantista y apegada a derecho. De ahí la importancia de la prueba pericial en esta materia, la cual puede emplear diversas herramientas metodológicas para descubrir si existe o no un plagio.

CAPITULO V.

A.- Se puede realizar un acercamiento fenomenológico para vincular el contenido axiológico del derecho de autor a los derechos humanos, por ejemplo, el derecho a la cultura y la libertad de expresión, como bienes constitucionalmente tutelados a favor de los creadores, así como de comunicadores y académicos quienes recurren a emplear obras intelectuales protegidas, para enriquecer el debate de ideas.

B.- Por lo anterior, creemos que la teoría tridimensional del derecho puede aplicarse como una herramienta útil al juzgador, al momento de realizar una

ponderación de los hechos, los valores, y las normas jurídicas, a fin de emitir una sentencia que resuelva una controversia con motivo de la propiedad intelectual sobre una obra.

C.- En el ámbito de la argumentación jurídica, el tridimensionalismo aplicado al derecho de autor brinda un enfoque humanista en la construcción de argumentos a partir de valores, esto es, de la ética jurídica, entendida ésta última como la autolimitación de la libertad absoluta de un individuo -en el caso concreto- un abogado, debe de aplicar ciertos contenidos normativos a favor o en contra de una situación jurídica compleja, por ejemplo, defender los intereses de una persona que viola o traspasa los derechos de propiedad intelectual en su beneficio.

D.- Sin embargo, la metodología tridimensional no establece con claridad el cómo engarzar los principios (valores), los hechos (fenómenos) y los dispositivos legales, para decidir una controversia judicial, por lo que creemos que dicho modelo ya fue rebasado por un enfoque garantista, tal y como lo propone Ferrajoli, por ende, constitucional que puede dar una solución al conflicto o fenómeno determinado.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBARELLOS A., Laura G. *El fenómeno jurídico genómico*, México, Laura A. Albarellos - Ángel Editor. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

--- *Derecho y razón práctica*. Trad. Rodolfo Vázquez y Ernesto Garzón. Fontamara, México 2006.

---*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdéz, Madrid, 1993, p. 86.

ARISTÓTELES. *Obras*. Traducción y estudio preliminar de Francisco de P. Samaranch, Aguilar ediciones, España, 2ª edición 1973.

ASIMOV, Isaac. *Historia universal, los griegos*. Madrid, Alianza Editorial, 2008.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM – IIJ, 2003.

BALDWIN, Peter. *The copyright wars, three centuries of trans-atlantic battle*. Princeton University Press, 2014.

BATE Jonathan & THORNTON, Dora. *Shakespeare staging the world*. London, The British Museum Press, 2012.

BENJAMIN, Walter. *La obra de arte en la época de su reproductividad técnica*. Edición de Rolf Tiedemann, Trad. Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, ABADA Editores, 2008.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel (Comp.) *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México. UNAM-IIJ, 2000.

----- (Coord.) *Derecho de la Propiedad intelectual, Una perspectiva trinacional*. México, UNAM - IIJ, 2000.

----- *Propiedad Intelectual en transformación*, México, UNAM – IIJ, 2004.

----- (Coord.) *Textos de la nueva cultura de propiedad intelectual*. México, UNAM – IIJ, 2009.

BERCOVITZ, Alberto. DELGADO PORRAS, Antonio. ESTEVE PARDO, María Asunción. *Et. Al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*

(Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales), Madrid, Trama Editorial, 2006.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, *Et. Al. Diccionario de Política*, Trad. Jorge Tula, 10ª edición, México, Siglo XXI Editores, 1997.

CABALLERO LEAL, José Luis. *Derecho de autor para autores*. FCE – CERLALC, México 2004.

--- y JALIFE DAHER, Mauricio. *Legislación de derechos de autor*. Editorial Sista, México 2012.

CÁCERES NIETO, Enrique. Coord. *Inteligencia artificial aplicada al derecho. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM-I IJ, 2005.

CASTÁN, Antonio. “El plagio y otros estudios sobre derecho de autor”, Rogel Vide, Carlos. Dir., *Colección de propiedad intelectual*. España, Editorial Reus – Fundación AISGE, 2009.

COHN, Norman. *El mito de la conspiración judía mundial. Los protocolos de Sión* Trad. Fernando Santos Fontenla, España, Alianza Editorial, 1983

COSÍO VILLEGAS, Daniel. Coord. *Historia general de México*. Tomos 1 y 2, El Colegio de México, 1986.

DA COSTA, Mario. *Ideología y propaganda en el cine del tercer Reich. Cuando el cine alemán se afilió al Nazismo*. Salamanca, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2014.

DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte. Edición especial, España, Editorial Bruguera, S.A., 1972

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*. 2ª Edición, México, IJ-UNAM, 2015.

--- *Introducción al derecho intelectual*. Porrúa-UNAM-IJ, México 2014.

DIETERLEN, Paulette. Comp. *Los derechos económicos y sociales, una mirada desde la filosofía*. México, UNAM- Instituto de Investigaciones filosóficas, 2010.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, 5ª reimpresión, España, Ariel Derecho, 2002

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, México, UNAM-IIJ, 1993

FEHER TRENSCHINNER, Eduardo Luis, *Hans Kelsen frente al régimen nazi y otros textos*, México, UNAM – Facultad de derecho, 2014

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, Trad. de Andrés Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. IV Tomos, Editorial Ariel, España 1994.

FREUD, Sigmund. *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Trad. Ramón Rey Ardid, Primera edición en “biblioteca de autor”, España, Alianza Editorial 2000.

GARZA BARBOSA, Roberto. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. 1ª reimpresión, Porrúa - Tecnológico de Monterrey, México 2015.

GEERTZ, Clifford. *La interpretación de las culturas*, Trad. Alberto L. Bixio, Editorial Gedisa, España, 2006.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela. *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1993.

GÓMEZ FRÖDE, Karina y DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. Coord. *Cine y derechos humanos*. México, Porrúa - Facultad de Derecho-UNAM., 2015.

GRAFTON, Anthony. *Falsarios y críticos. Creatividad e impostura en la tradición occidental*. Trad. Gonzalo G. Djembé. Barcelona, Editorial Crítica, S.I., 2001.

GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. España, Coedición Editorial Trotta – I IJ – UNAM, 2008.

GUHL, E. y KONER, W. *Los griegos, su vida y costumbres*. España, EDIMAT LIBROS, S.A., 2002.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El patrimonio*. 5ª edición, Porrúa, México 2004

HADAS, Moses. *Guía para la lectura de los clásicos griegos y latinos*. Trad. José Esteban Calderón, México, Fondo de Cultura Económica., 1987.

HEGEL, G.W.F. *Filosofía del derecho*, introducción de Carlos Marx, Trad. Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, quinta edición, Editorial Claridad, S.A., 1968.

--- *Principios de la filosofía del derecho*, Trad. Juan Luis Vermal, 1ª edición, Buenos Aires, Sudamericana, 2004

HEUER, Federico. *La industria cinematográfica mexicana*, México, edición del autor, 1964.

HIRSCHBERGER, Johannes. *Historia de la filosofía*, Tomos I y II, Trad. Luis Martínez Gómez. Barcelona, Editorial Herder, 1990.

HORKHEIMER Max y ADORNO, Theodor. *Dialéctica de la ilustración, fragmentos filosóficos*, Trad. Juan José Sánchez, 9ª edición, España, Editorial Trotta, 2009.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. I-IV, 8ª edición, México. Editorial Porrúa -UNAM, 1994.

JAEGER, Werner. *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, Trad. Joaquín Xirau, México, Segunda reimpresión, F.C.E., 1971.

JONES, Walter John. *La concepción nazi del derecho*. Colección: Temas internacionales, cuadernos de la editorial de la universidad de Oxford, Inglaterra, Oxford University Press, 1940.

KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Jorge Malem, España, Editorial Gedisa, 2001.

KATZ, Stanley N., Editor, *The oxford international encyclopedia of legal history*, Vol., 1-5, New York, Oxford University Press, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo. 7ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993.

--- *El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Trad. Eduardo García Maynez, Primera Edición, México, Colofón, S.A. 1994.

LARREA RICHERAND, Ernesto y LARREA SOLTERO, Ricardo, Cord. *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Editorial Porrúa – Escuela Libre de Derecho, 2012.

LEM, Stanislaw, *Ciberiada*, Trad. Jadwiga Maurizio, Barcelona, Editorial Bruguera, S.A., 1979.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, 2005.

LITWAK, Mark. *Deal making in the film & television industry*. Silman – James Press, Los Angeles, United States of America, 1994.

LOREDO HILL, Adolfo. *Nuevo Derecho Autoral Mexicano*. México, FCE, 2000.

MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978.

MARTÍNEZ, José Luis. Colección: *Panorama Cultural, el mundo antiguo II, Grecia*. México, Secretaría de Educación Pública, 1988.

MICHAUS ROMERO, Martín. Coord. *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*. Barra Mexicana de Abogados – Editorial Themis, México 1998

MOLES PLAZA, Ramón. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad de Internet*, España, Ariel Derecho, 2004.

MONTAIGNE, Michele De. *Ensayos*. Madrid, Club Internacional del libro. División coleccionable. 2000.

NICOL, Eduardo. *La vocación humana*. El Colegio de México, 1953.

NIETZSCHE, Federico. *El origen de la tragedia*. Trad. Eduardo Ovejero Mauri, Madrid, 10ª edición, Espasa Calpe, S.A., Austral, Ciencias y humanidades, 2007.

NOLAN, Joseph & NOLAN-HALEY, Jacqueline, *Black's law dictionary with pronunciations*, Centennial edition (1891-1991), U.S.A., West publishing Co., 1991.

OBÓN LEÓN, Juan Ramón. *Derecho de los artistas, intérpretes*, México, Editorial Trillas, 3ª edición, 1996.

--- *El autor y el impuesto*, México, SOGEM-Themis, 2002

--- *Anecdotario del derecho de autor*. México, Editorial Océano, 2012.

--- *Derecho de autor y cine*. México, UNAM-CUEC-AMPI, 2014.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel. Coord. *Ley Federal del Derecho de Autor, Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*. México, Porrúa – AMPPI, 2017.

--- Coord. *Génesis y evolución de la propiedad intelectual*, México, AMPPI – Procesos Editoriales Don José, 2018.

OTERO MUÑOZ, Ignacio y ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel. *Propiedad intelectual (Simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial, el caso México)*, Editorial Porrúa, 2011.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 27ª edición, Editorial Heliasta, 2000

OWEN, Lynette. *Comprar y vender derechos*. Trad. Victoria Schussheim, México, Librería, S.A. de C.V. – Fondo de Cultura Económica, 2007

PALAVICINI, Félix F. *Historia de la Constitución de 1917*, México D.F., Sin Editor, Tomos I y II, 1938.

PALMER, Alan. Coord. *Historia universal en sus momentos cruciales*, Vols. I-V, Madrid, Aguilar s.a. de ediciones, 1972.

PARETS GÓMEZ, Jesús. *Teoría y práctica del derecho de autor*, México, Editorial SISTA, 2011.

PAZ, Octavio. “El TLC ¿Siembra de tempestades?”. Arriola, Carlos. Comp. *Testimonios sobre el TLC*, México, Miguel Ángel Porrúa Editor, 1994.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho internacional privado, parte general*, 7ª edición, México, Oxford University Press, 2000.

PIEDRAS FERIA, Ernesto. *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*. Sociedad de Autores y Compositores de Música (SACM), Sociedad General de Escritores de México (SOGEM), Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CONACULTA), México 2004.

POSNER, Richard. *Law and literature*. Harvard University Press. Massachusetts 1998.

PRATT FAIRCHILD, Henry. *Diccionario de sociología*. Trad. T. Muñoz, México, F.C.E., 1992.

RANGEL MEDINA, David. *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*. UNAM – IJ, México 1991.

--- *Derecho Intelectual*, UNAM-McGraw Hill, México 1998.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Espasa – Calpe, 2006.

REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Traducción Ángeles Mateos. Editorial Tecnos, España. 1997.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La filosofía del derecho en el siglo XX)*, México D.F., Editora Nacional, 1974.

--- *Introducción al estudio del derecho*, México, 9ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1991.

ROGEL VIDE, Carlos. *Estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*. 41ª edición, México, Editorial Porrúa, 2008.

ROSE, Mark. *Authors and owners, the invention of copyright*. London, Harvard University Press, 1993

RUIZ MANERO, Juan y SCHMILL, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, I.I.J- UNAM, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. Trad. Ana María Soler. Editorial Taurus, Argentina, 1998

--- *La Política (Lógica y método en las ciencias sociales)*. Trad. Marcos Lara. 3ª edición, México, FCE., 2002.

SHEPPARD, Stephen. Edit. *Bouvier Law Dictionary, Compact edition*, Wolters Kluwer Law & Business, USA, 2011.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa – UNAM –IIJ, 1998.

SMIERS, Joost y VAN SCHIJNDEL, Marieke. *Imagine no copyright*. Trad. Roc Filella Escola. Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2008.

SPENGLER, Oswald. *El hombre y la técnica y otros ensayos*. Trad. Manuel García Morente, Colección Austral No. 721, Madrid, Espasa Calpe, 1967.

STALLMAN, Richard, Colectivo Wu Ming, RENDUELES, César. *Et. Al. Versus, round 10, contra el copyright*, Trad. Julián Etienne y Pablo Duarte, México, Tumbona Ediciones, S.C. – Fondo Nacional para la Cultura y las Artes, 2008.

STEINER, George. *Los logócratas*. Trad. María Cándor, México, FCE-Ediciones Siruela, 2007.

STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph. Comp. *Historia de la filosofía política*. Trad. Leticia García Urriza, México, F.C.E., 1992.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. Investigación y redacción Gerardo Dehesa Dávila. 5ª edición, México, S.C.J.N., Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009.

TÉLLEZ VALDES, Julio. *Derecho Informático*. 3ª edición, Mc Graw Hill. México 2006.

TORRES BODET, Jaime. *El desierto internacional*, Editorial Porrúa, S.A., México 1973.

TOULMIN, Stephen Edelston, *The uses of argument*, Updated ed. United States of America, Cambridge University Press, 2003.

WOODMANSEE, Martha y JASZI, Paul. *The construction of authorship, textual appropriation in law and literature, USA*, Duke University Press, 1994.

ZAGREVELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 5ª edición, Editorial Trotta, España 2003.

ZAID, Gabriel (Introducción). ASIAIN, Aurelio (Selección de textos), *Legítima defensa, de la exención autoral que hacen numerosos autores mexicanos con buenas razones y ejemplos desde los tiempos prehispánicos*, México, Editorial Vuelta, 1993

ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Constituyente (1856 – 1857)*, Estudio preliminar a cargo de Antonio Martínez Báez, Primera edición, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1956.

HEMEROGRAFÍA.

ATRIA, Fernando, "La ironía del positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2004

BARROSO MONTERO, Susana. "Los derechos de autor cinematográfico" en *Estudios Cinematográficos*, CUEC-UNAM, año 2, número 6, junio – agosto 1996,.

CABALLERO Leal, José Luis. "Apuntes sobre los derechos de autor en cinematografía". *Revista de Estudios Cinematográficos*, CUEC – UNAM, Núm. 26, marzo 2005.

CUÉLLAR, Margarito. *El Plagio como una de las bellas artes*. Revista Milenio Semanal, México, número 607, 8 junio de 2009.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. "Precisiones terminológicas (en los derechos de autor)". *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año III, Núm. 9, México 2003.

--- *Derechos de los autores, artistas e inventores*. Colección nuestros derechos, IIJ-UNAM-INEHRM-SEP, México 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4019/1.pdf>

--- "La ponderación en Robert Alexy", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Facultad de Derecho – UNAM, Vol. 4, núm. 7, 2008

FERNÁNDEZ VIOLANTE, MARCELA. "El escritor de cine en México, de acuerdo con la legislación autoral y laboral." *En Revista Mexicana del Derecho de Autor*, nueva época., Año III, Número 7, enero – marzo de 2003.

HIMANEN, Pekka. *La ética del hacher y el espíritu de la era de la información*. en: <http://eprints.rclis.org/12851/1/pekka.pdf>

LI, Ling. "The sky is high and the emperor is far away: the enforcement of intellectual property law in China". en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003.

MARIN LÓPEZ, Juan José. "Los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA". *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año V, Núm. 18, México 2005.

MORENO CRUZ, Rodolfo. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XI, núm. 120, septiembre – diciembre de 2007

OTERO MUÑOZ, Ignacio. "Don Quijote y el derecho de autor cabalgan juntos" *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Año V, número 17, 2005

PONCE, Roberto. *Cobros abusivos de la SOMEXFON a regalías*. *Revista Proceso*, núm. 1709, 2 de agosto de 2009.

PRIETO DE PEDRO, Jesús. "Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados". *Revista Pensar Iberoamérica*, número 1, junio-septiembre de 2002, en: <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=1996632>

RAMÍREZ AZNAR, Gabriel. *Miguel Contreras Torres*, Colección Cineastas de México 9, Universidad de Guadalajara, 1994.

RAMOS, Samuel, "Arte y realidad", *Revista letras de México*, número 15, 15 de marzo de 1940, Vol. II.

RÍOS AGUILAR, Agustín. "Los memes: si, los que usas en redes sociales, están protegidos", *Revista Foro Jurídico*, marzo 2016

SALINAS DE GORTARI, Carlos." TLC, ayer, hoy y mañana", en *Revista Enfoque*, México D.F., Periódico Reforma, 15 de diciembre de 2002.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Ernesto. "Explotación ilegal de cine mexicano en los Estados Unidos". *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año II, Núm. 5, México 2002.

--- "Cine y plagio". *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año IV, Núm. 13, México 2004.

--- "Must carry & must offer versus copyright" *El búho, Gaceta electrónica de la Facultad de Derecho de la UNAM*, No. 9, 3 de abril de 2014. En: https://issuu.com/derechoded/docs/el_buho_no._9/28

SCHMIDT, Luis. "Multimedia: creación de naturaleza jurídica multifacética." *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Nueva época, Año VI, Número 24, 2006

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.

URTIAGA ESCOBAR, Reynaldo. "Derechos de Autor y copyright: ¿contraposición o simbiosis?" *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año III, Núm. 5, México 2002.

FUENTES DE INTERNET:

Carvajal, Víctor. "LA VERSIÓN NAZI DE "EL ACORAZADO POTEMKIN":
Cine Crucial. <http://cinecrucial.blogspot.mx/2013/04/la-version-nazi-de-el-acorazado-potemkin.html>

DIEZ, Álvaro. "To sample or not to Sample: That is the question",
<https://www.clubbingpain.com/especiales/2014/04/to-sample-or-not-to-sample-that-is-the-question.html> Fecha de publicación: 14/04/2014

DURÁN, Antonio J., "Científicos en guerra: Newton, Leibniz y el cálculo infinitesimal", *El país*, sección Ciencia, Madrid, 15 de agosto de 2017,
https://elpais.com/elpais/2017/07/31/ciencia/1501499450_270522.html

FICSOR, Mihály. "*Munich Declaration*" on the three-step test – respectable objective; wrong way to try to achieve it, 2012, disponible en
http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=15

GOLDSTEIN, Paul. *Goldstein on copyright, 2017 supplement.*,
<https://books.google.com.mx/books?id=KaXXAr1ywaMC&pg=PP1&hl=es&pg=SA1-PA7#v=onepage&q&f=true>

GONZÁLEZ, María. *Apple y Samsung firman la pipa de la paz: fin de juicios de patentes fuera de los Estados Unidos*. En <http://www.xataka.com/moviles/apple-y-samsung-firman-la-paz-fin-de-juicios-de-patentes-fuera-de-estados-unidos>

LONGLEY, Dennis; SHAIN, Michael. Et. Al., *Dictionary of Information Technology* (2 ed.), Macmillan Press, 2012,
http://en.wikipedia.org/wiki/Information_technology.

MOORE, Adam & HIMMA, Ken, "Intellectual Property", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), <<http://plc.ato.stanford.edu/archives/win2014/entries/intellectual-property/>>.

PISUKE, Heiki "El papel de la propiedad intelectual (derecho de autor) y los desafíos futuros para los creadores, la industria, los legisladores y la sociedad en general; la situación de los antiguos países comunistas" *Foro sobre creatividad e*

invenciones – un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI – Oficina nacional de patentes y registros de Finlandia, Helsinki, 5 a 7 de octubre de 2000.

TOUSSAINT, Florance. *Libertad de imprenta en el siglo XIX, dos casos emblemáticos: la ley Lares y la ley Zarco*, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2289/40.pdf>

CONFERENCIAS, SEMINARIOS Y TESIS PROFESIONALES CONSULTADAS:

BAHENA MENDOZA, Michell. *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en la obra musical*, Tesina para obtener el grado de especialista en derecho intelectual, UNAM, México, 2019.

BRAGA DE SIQUEIRA NAVA, María Rita, La “regla de los tres pasos” como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*, Tesis para obtener el grado de doctor en derecho, UNAM, México, 2010.

OBÓN LEÓN, Ramón. *Los derechos de autor en México*, México, Tesis para obtener el grado de licenciado en Derecho, 1973.

PRIETO DE PEDRO, Jesús. *Legislación e industrias culturales en la Unión Europea* (Documento Provisional). Conferencia dictada durante el Seminario de Industrias Culturales organizado por la Unidad de Asuntos Culturales de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Sociedad General de Escritores de México (SOGEM). México, abril de 2004.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Ernesto. *Régimen legal de la obra cinematográfica en México*. Tesis profesional para obtener el grado de licenciado en derecho. México, 2000.

CURSOS EN LÍNEA:

Exploring Copyright. International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC). Curso en línea, abril – mayo de 2017, en <https://www.futurelearn.com/courses/exploring-copyright/1/todo/8600>.

FILMOGRAFÍA:

“El gran Calavera”, Dir. Luis Buñuel, Guion. Luis y Janet Alcoriza, basada en la novela del mismo nombre de Adolfo Torrado Estrada, Fotografía B/N. Ezequiel Carrasco, Música. Manuel Esperón, Intérpretes: Fernando Soler, Rosario Granados, Andrés Soler, Productor: Ultramar Films, 87 minutos, País. México, 1949.

“Hugo”, Dir. Martin Scorsese, Guion: John Logan & Brian Selznick, Fotografía: Robert Richardson, música: Howard Shore, Intérpretes: Ben Kingsley, Sacha Baron Cohen, Chloë Grace Moretz, Productores: Paramount Pictures, GK Films, Color, País, Estados Unidos de América. 2011.

“La dictadura perfecta”, Dir. Luis Estrada, guion: Luis Estrada, Jaime Sampietro, Vicente Leñero. Fotografía color: Norman Christianson, Música: Santiago Ojeda, Intérpretes: Demián Alcázar, Pedro Armendáriz Jr., Delia Casanova, Productores: Instituto Mexicano de Cinematografía (IMCINE), Alta Vista Films, Bandidos Films, 123 min., País: México .1999.

“La sombra del caudillo”, Dir. Julio Bracho, guion: Julio Bracho y Jesús Cárdenas, basada en la novela de Martín Luis Guzmán, Fotografía B/N. Agustín Jiménez, Música. Raúl Lavista, Intérpretes. Tito Junco, Roberto Cañedo, Tito Novaro, Productor. Sección de Técnicos y Manuales del Sindicato de Trabajadores de la Producción Cinematográfica de la República Mexicana a cargo de Rogelio González Chávez (STPC de la RM), 126 min., País: México, 1960.

“Nosotros los Nobles”, Dir. Gary Alazraki, Guion. Gary Alazraki, Adrián Zurita y Patricio Saiz, basada a su vez en la película “El gran Calavera”, de Luis Buñuel, Fotografía B/N. José Casillas, Música. Benjamín Shwartz, Intérpretes. Gozalo Vega,

Luis Gerardo Méndez, Karla Souza, Productores. Carlos Alazraki, Gary Alazraky, Pantalión Films, 108 min, País. México, 2013.

“Per qualche dollaro in più” (Por un puñado de dólares) Dirección: Sergio Leone. Guion: Sergio Leone y Luciano Vincenzoni. Fotografía color: Massimo Dallamano (Technicolor). Música: Ennio Morricone. 130 min. Intérpretes: Clint Eastwood, Gian Maria Volonté, Lee Van Cliff y Klaus Kinski. Producción: Alberto Grimaldi para Regia Films y Constantin Films Italia/España/Alemania.1964.

“The artist” (El artista), Dir. Michel Hazanavicius, Guion: Michel Hazanavicius, Fotografía B/N: Guillaume Schiffman, música: Ludovic Bource, Intérpretes: Jean Dujardin, Bérénice Bejo, John Goodman, James Cromwell, Productor: Studio 37, La Petite Reine & France 3 Cinéma, B/N & Color, Países: Francia, Bélgica y Estados Unidos de América 2011.

“RiP! - A Remix Manifesto” (*Kultura remixu*). Dir. Brett Gaylor. Guion. Brett Gaylor y Cynthia Knight. Fotografía Color: Brett Gaylor. Música. Talk Girl. Intérprete Cory Doctorow. Productor. Eye Steel Film, National Film Board of Canada (NFB), SODEC. Color. 87 min. País: Canadá. 2009

“Yojimbo”, Dir. Akira Kurosawa. Guion: Akira Kurosawa y Ryuzu Kikushima. Fotografía B/N: Kazuo Miyagawa. Música: Masuro Sató. 120 min. Intérpretes:Toshiro Mifune, Seizaburo Kawazu, Eijiro Tono e Izuzu Yamada. Producción: Toho Films Co. Ltd., Japón 1961