

CAPÍTULO CUARTO

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

En el capítulo segundo del presente trabajo tratamos las generalidades de los derechos de autor (particularmente de los derechos de explotación), mientras que en el capítulo tercero demostramos que los derechos de explotación no son derechos humanos, aunque están estrechamente vinculados con un derecho humano: el derecho a la protección jurídico-autoral. Corresponde ahora analizar los dos grandes sistemas de restricciones a los derechos de explotación, así como el marco internacional aplicable, para poder estar en aptitud de someter a examen y crítica la actual situación de las restricciones a los derechos de explotación (y el impacto que esta puede tener en materia de derechos humanos).

I. LA NECESIDAD DE LIMITAR LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

Todos los derechos están sujetos a límites, pues de lo contrario, se daría pie a arbitrariedades.¹ Incluso, aquellos derechos a los que se les llaman “absolutos”,² son objeto de limitaciones. Si esto es cierto respecto de cualquier derecho subjetivo, también resulta verdadero en relación con los derechos de explotación;³ por lo que a continuación expondremos las gene-

¹ Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, vol. I, p. 422.

² Los derechos “absolutos” no reciben ese calificativo en virtud de que no puedan limitarse, sino más bien, como explica García Máynez, son aquellos que se contraponen a los derechos “relativos” (de acuerdo con la clasificación más importante de los derechos subjetivos). En este sentido, los derechos absolutos son los que se oponen *erga omnes*, mientras que los relativos sólo tienen como sujetos pasivos a determinadas personas (como es el caso de las partes en un convenio). *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 11a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 384.

³ Véase, de Oliveira Ascensão, José, “Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e

realidades de los límites a los derechos de explotación, así como apuntaremos algunas de sus particularidades y complicaciones propias.

Hay que comenzar recordando que, contrario a lo que sucede con los derechos industriales (principalmente patentes y marcas), las relaciones jurídicas en el mundo de los derechos de autor no son bipolares (titular del derecho-usuario),⁴ sino más complejas, pues existe una *triada de intereses* que llegan a ser contrapuestos en algunos momentos: los de los autores, los de las empresas explotadoras de obras y los del público destinatario.⁵

Precisamente, esa gama de intereses es lo que lleva a que los derechos de los autores (señaladamente, los derechos de explotación) sean objeto de ciertos límites que tienen como propósito no afectar en demasía los intereses del público y de los empresarios.⁶ Toda vez que los derechos de explotación son derechos exclusivos que permiten a su titular controlar los usos de la obra, existen circunstancias en las que se considera que el titular no debe tener tal control sobre ciertos elementos de las obras o respecto de determinadas utilidades de la misma.

En este sentido, nos explica lo siguiente la doctora Begoña Ribera:

El legislador es quien, por un lado, debe proteger a los autores y artistas reconociéndoles un derecho absoluto como recompensa de su esfuerzo creador y

a gestão dos direitos”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, p. 84.

⁴ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 6a. ed., Londres, Thomson, Sweet & Maxwell, 2007, p. 402.

⁵ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993, p. 219.

Cfr. también Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 39 y 40.

⁶ Sobre esta triada de intereses presentes en las limitaciones a los derechos de autor, Pierre Sirinelli explica: “Cada uno de los sistemas jurídicos existentes se ha elaborado buscando un equilibrio entre tres fines de carácter social. Primero la preocupación por asegurar al autor una recompensa o medios de subsistencia puesto que a él le pertenece lógicamente el derecho de ser propietario del producto de su trabajo y ello tanto más cuanto que en esta cuestión la obra lleva la huella de su personalidad...; Segundo, existe también el deseo de asegurar la protección de las inversiones realizadas, preocupación no tan fuerte como la anterior pero que existe y no se puede eludir. Por último, hay que tener en cuenta un tercer objetivo que es la defensa del interés público, preocupación que por otra parte cubre las realidades diferentes y en evolución pero que es necesario tener en cuenta y que es la proclamación actual de la satisfacción de las necesidades de los usuarios”. Sirinelli, Pierre, “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, estudio presentado en el taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 10.

de esta forma incentivar la creación de nuevas obras, pero, por otro lado, no puede ignorarse que el autor trabaja en el seno de una comunidad que ésta ha participado al menos de forma pasiva en la creación de la obra, de modo que es lógico que exija ciertos derechos respecto de ella... Así, el Estado también debe velar por los intereses de la colectividad y, en ese sentido, se encuentra habilitado para intervenir en la explotación de la obra. Por tanto, el derecho exclusivo del creador sobre el producto de su inteligencia encuentra sus límites en las necesidades de la sociedad.⁷

Por su parte, la jurista colombiana, Sofía Rodríguez, indica:

El derecho de autor no es un derecho absoluto. Al igual que los otros derechos, también está sometido a ciertos límites que garantizan prerrogativas no menos significativas, que impiden considerar al autor como el único protagonista en un ámbito en el que se encuentra aislado con una creación que le pertenece. El punto esencial de la creación radica precisamente en la posibilidad de compartirla y de que existan unos destinatarios capaces de disfrutarla.⁸

De ahí que Ginsburg y Ricketson afirmen que, incluso en los países con el más vigoroso de los compromisos hacia los derechos de los autores, se reconoce la necesidad de las restricciones y los límites a esos derechos.⁹ En igual sentido, Silke Von Lewinski indica que los derechos de autor no son y nunca han sido derechos ilimitados,¹⁰ mientras que López Maza nos dice que, desde el principio, los derechos de autor no sólo han tenido una dimensión individual, sino también una dimensión social, que lo lleva al titular a soportar ciertas limitaciones sobre sus derechos.¹¹

⁷ Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 238.

⁸ Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 61.

Cfr. también Villalba Díaz, Federico Andrés, "Limitaciones al derecho de autor en la Ley de Derecho de Autor argentina núm. 11.723", *Revista jurídica de propiedad intelectual*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, t. IV, 2011, pp. 94 y 95.

⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2006, vol. I, p. 756.

Respecto de esta cuestión en el Convenio de Berna, véase Ficsor, Mihály, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, Bogotá, trad. de Sofía Rodríguez Moreno, UNESCO, CERLALC, Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2008, p. 23.

¹⁰ Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 152.

¹¹ López Maza, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, Comares, 2009, p. 3.

Así las cosas, en un primer acercamiento de carácter provisional y en términos generales, puede entenderse que hay un *límite* a los derechos de explotación cuando el marco jurídico impone un *obstáculo* a la discrecionalidad en el control de las obras. Delgado Porras clasifica tales límites en: limitaciones impropias y propias.¹²

Las *limitaciones impropias* operan en las relaciones entre autores y empresarios, como sería el caso, por ejemplo, de la “presunción de cesión” de derechos de explotación.¹³ En nuestra LFDA, las presunciones de cesión que se establecen en favor de los empresarios se circunscriben a la obra por encargo, la obra creada bajo relación laboral (incluyendo la hipótesis particular de los programas de cómputo) y la producción audiovisual.¹⁴

En cambio, las *limitaciones propias* se refieren a la configuración que, en sí mismo, tiene el derecho de explotación, así como también hacen referencia a sus excepciones.¹⁵ De esta forma, y a su vez, las limitaciones propias pueden subdividirse en límites inherentes y en excepciones.¹⁶ Los *límites inherentes* se refieren al contenido mismo de los derechos de autor, siendo “límites que

En el mismo tenor, *cf.* la sentencia c-053-01 de la Corte Constitucional de Colombia, dictada el 24 de enero de 2001.

¹² Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, p. 40.

¹³ *Idem*; y Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 40 bis”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 3a. ed., Tecnos, 2007, pp. 692 y 693.

¹⁴ *Cf.*, principalmente, los artículos 83, 84 y 97 de la LFDA.

Esto ha sido claramente reconocido por el Pleno de la SCJN en su sentencia del 16 de abril de 2007 (contradicción de tesis 25/2005), al afirmar que: “la presunción legal de cesión, se trata simplemente de casos en donde la ley respectiva establece, salvo pacto en contrario, una presunción legal de titularidad de los derechos patrimoniales a favor de la persona que ha producido o comisionado la realización de una obra determinada, tal como podría ser el caso de los derechos sobre las obras audiovisuales reconocidos *a priori* en favor de los productores respectivos, o bien aquellas obras creadas al amparo de la figura de obra hecha por encargo o inclusive, en algunos otros casos, las obras producto de una relación laboral”. *Cf.* las pp. 28 y 29 de esa ejecutoria.

¹⁵ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 40, 45 y 46.

¹⁶ Bercovitz, Alberto, “Límites al derecho de autor” en VV.AA., *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama, Fundación Arte y Derecho, 2006, pp. 85 y 86.

Siendo más precisos, este autor menciona una tercera clase de límites: la forma de *ejercicio* del derecho (por ejemplo, la prohibición de uso abusivo sería un límite de este tipo). *Cf.* *Ibidem*, p. 86.

De hecho, como bien señala Hugenholtz, el uso abusivo del derecho (entre otras figuras), constituye un límite proveniente de fuera del sistema de derechos de autor. *Cf.* Hugenholtz, Bernt, “Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?”, Ponencia presentada en la conferencia IFLA, Imprimátur, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, p. 8.

resultan de la propia definición del derecho de autor”;¹⁷ es decir, nos dicen hasta dónde llegan los derechos de autor desde el inicio. Mientras que las llamadas *excepciones* son las que: “la propia legislación de Derecho de autor establece para permitir determinados actos realizados por los terceros que, si no estuvieran permitidas por la propia ley, constituirían una violación del derecho exclusivo del autor”.¹⁸

Sobre las clases de obstáculos (límites) que se imponen al control discrecional de las obras, y sobre las delimitaciones conceptuales (y de nomenclatura) sobre el particular, profundizamos en el apartado 2 del presente capítulo.

Hasta aquí ya hemos visto que existe un fenómeno jurídico consistente en establecer “límites” a los derechos de explotación, y que tal fenómeno tiene su antecedente inmediato en las complejas relaciones que suelen darse entre autores, empresarios y público. La pregunta que debemos formularnos ahora es: ¿qué justificaciones se han dado para establecer esos límites?

Como bien afirma Vigo,¹⁹ todo límite a un derecho subjetivo (en general) debe estar apoyado en razones o fundamentos que, en última instancia, remiten a consideraciones axiológicas. En este sentido y dentro de la materia que ahora nos ocupa, Guibault²⁰ indica que las justificaciones detrás de los límites a los derechos de explotación en general (y particularmente, detrás de lo que nosotros llamaremos “restricciones”) son cuatro: (a) protección de derechos fundamentales, (b) prácticas industriales y regulación de la competencia, (c) difusión del conocimiento, y (d) fallas del mercado. A continuación, abordaremos cada una de esas pretendidas justificaciones de las restricciones a los derechos de explotación.²¹

¹⁷ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 85 y 86.

Nos encontramos frente a aquellos límites que la doctrina civilista llama “naturales”, y son los que “derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica o social que a través de él se trata de realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esta naturaleza y la definición legal implica ya el establecimiento de sus linderos o confines”. Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

En el mismo sentido, *cf.* Rogel Vide, Carlos, “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 166.

¹⁸ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 86.

¹⁹ Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 254.

²⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 27 y 28.

²¹ Hugenholtz da una clasificación diferente, encontrando tres clases de restricciones a los derechos de explotación: (a) las que se basan en derechos fundamentales, (b) las que se basan en el interés público, y (c) las que se basan en fallas del mercado. *Cf.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, pp. 11-14.

1. *Protección de derechos humanos*

Bajo ciertas circunstancias se puede generar tensión entre los derechos de explotación y los derechos fundamentales o humanos del público usuario de obras,²² abarcando situaciones que involucran desde el derecho a la información,²³ hasta el derecho de acceso a la cultura²⁴ pasando por el derecho a la educación.²⁵ Dentro de este tipo de restricciones basadas en derechos humanos, podemos mencionar las relativas a noticias de actualidad, a la crítica, a fines académicos y de investigación, la parodia, etcétera.²⁶

En este sentido, Lepage afirma lo siguiente respecto de las restricciones que tienden a proteger derechos humanos: “En este supuesto, las limitaciones al derecho de autor son la garantía de una sociedad democrática. Son por lo tanto esenciales y deben preservarse, tanto en el mundo analógico como en el digital”.²⁷

Asimismo, *cf.* Gómez Madrigal, Laura Sofía, “Limitaciones a los derechos de autor”, en Solorio Pérez, Óscar Javier (coord.), *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, p. 134; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 35; y Vázquez López, Víctor, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, p. 296.

Dado que la clasificación de Guibault es más detallada y precisa, será la que seguiremos a continuación.

²² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 28; Morales Montes, Marco Antonio, “Análisis normativo de las limitaciones al derecho de autor bajo los principios del derecho de acceso a la información, libertad de expresión y la educación”, *De jure. Revista de investigación y análisis*, Universidad de Colima, tercera época, año 9, núm. 4, mayo 2010, p. 227; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2005, p. 31.

Nos referimos aquí a una colisión a nivel normativo, ya que en algunos casos lo que ordena una norma jurídica puede contradecirse con lo que señala otra norma.

²³ *Cfr.* Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 109 y ss.; y Beloso Martín, Nuria, “Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites”, en Javato Martín, Antonio María (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, Madrid, La Ley, 2011, p. 121.

²⁴ Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 177; Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 64; Beloso Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 23, p. 121.

²⁵ Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 137.

²⁶ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 12.

²⁷ Lepage, Anne, “Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2003, p. 4.

En igual sentido, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 36.

2. *Prácticas industriales y regulación de la competencia*

Durante años, según advierte Guibault, se han adoptado ciertos límites a los derechos de autor para reflejar o regular alguna práctica de la industria. Muchos de estos límites buscan facilitar la comercialización de obras (por ejemplo, la grabación efímera por organismos de radiodifusión), mientras que otros pretenden regular la competencia en algún sector (como las licencias obligatorias para la radiodifusión).²⁸

Se observa que, en estos casos nos encontramos, principalmente, ante razones de orden práctico,²⁹ lo cual no tiene nada de raro pues, como indica Sirinelli,³⁰ las restricciones a los derechos de autor pueden basarse tanto en razón de intereses de orden social como en fundamentos de orden práctico.³¹

3. *Difusión del conocimiento*

Con el fin de promover la difusión de información y conocimiento, se suelen establecer ciertas restricciones al derecho de explotación relativas a instituciones de educación, bibliotecas públicas y archivos.³² Sobre el particular, nos refiere Anne Lepage:

En esta categoría, las limitaciones al derecho de autor encuentran su justificación en las necesidades de la sociedad que se manifiestan a través de las bibliotecas, los museos, el sistema escolar, los archivos, etc... Determinados usos de las obras no están incluidos en el monopolio del titular de los derechos, debido a que la sociedad necesita poder acceder a las obras libre y gratuitamente.³³

²⁸ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 56.

²⁹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, p. 5.

³⁰ Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 25.

³¹ En igual sentido, encontramos que Caballero afirma lo siguiente: “De allí que la existencia de tales límites a los derechos patrimoniales de autor atiendan a razones prácticas derivadas de las nuevas tecnologías, así como a manifestaciones de interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, de la docencia, de la información y del entretenimiento, entre otras”. Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 19.

³² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 69.

Véase también Belder, Lucky, “Introduction: human rights as restrictions to intellectual property rights”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 176.

³³ Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 5.

4. *Fallas del mercado*

Esta justificación es una doctrina creada y aplicada, principalmente, en los EUA, a la luz del análisis económico del derecho surgido de la escuela de Chicago.³⁴ Cuando hay fallas en el mercado, se justifica limitar el control de las obras en ese mercado, según postula esta doctrina.

Posner y Landes nos explican la principal falla que suele presentarse en el mercado: los *costos de transacción*. Cuando los costos de celebrar un acuerdo voluntario entre el usuario de la obra y el titular del derecho de explotación son mayores a los posibles beneficios, no es redituable que las partes lleguen a acuerdo sobre el uso de la obra (el costo de la licencia es prohibitivo en relación con los beneficios).³⁵ En estos casos, la utilización de la obra se vuelve libre y gratuita ante la falla del mercado.

Otra falla de mercado que sirve para justificar las restricciones a los derechos de explotación es la *no rivalidad* de las obras. En efecto, un bien presenta esta característica de la no rivalidad, cuando su consumo por una persona no impide su consumo por otra (por ejemplo, una misma obra musical puede ser escuchada al mismo tiempo en diferentes lugares y por diversos individuos); al crear un poder de control sobre las obras, su acceso se vuelve más oneroso, lo que se traduce en una subutilización de las creaciones. Por lo tanto, mucha protección a las obras implica una afectación al bienestar de los consumidores y una disminución en la creación de nuevas obras. Así, según esta concepción, las restricciones a los derechos autorales son el resultado de un arbitraje legislativo entre el estímulo y recompensa por crear una obra, por un lado, y la disseminación de obras entre consumidores y nuevos autores, por el otro lado.³⁶

5. *Recapitulación y valoración*

De las justificaciones que se suelen dar a las restricciones a los derechos de explotación (y de los límites en general), podemos extraer algunas conclusiones provisionales. La primera es que esas justificaciones no necesaria-

³⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 78 y 79; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, 2a. ed., Ganada, Comares, 2003, pp. 402 y 403.

Dicha corriente de pensamiento económico derivó en la llamada doctrina neoclásica o maximalista de los derechos de autor, la cual analizamos *infra* en el número 1 del subcapítulo IV, del capítulo quinto de la presente investigación.

³⁵ Landes, William M., y Posner, Richard A., *The economic structure of intellectual property law*, EUA, Harvard University Press, 2003, pp. 115 y 116.

³⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 83.

mente se excluyen mutuamente, ya que, por ejemplo, las restricciones destinadas a la difusión del conocimiento pueden perfectamente reconducirse en términos de derechos humanos (derechos a la información, a la educación y a la cultura), por lo que la justificación relativa a la difusión del conocimiento es, al mismo tiempo, una justificación de protección a derechos humanos. Asimismo, podemos encontrar que algunas restricciones pueden encontrar sustento tanto en una justificación de derechos humanos como en una de falla del mercado, como es el caso de la copia privada, la cual puede ser fundamentada tanto a la luz del derecho a la cultura y del derecho a la intimidad, como a la luz de una falla de mercado (altos costos de transacción para obtener una licencia con el fin de hacer una copia privada).

Una segunda conclusión, es que no todas las justificaciones tienen la misma fuerza (e incluso tampoco la misma legitimidad) para restringir un derecho de autor.³⁷ En efecto, una justificación de derechos humanos tiene mayor contundencia para restringir el derecho de explotación que una mera práctica de mercado (que no necesariamente puede tener la fuerza suficiente para justificar la restricción a un derecho de autor, máxime cuando una restricción no justificada puede implicar una violación del derecho humano a la protección jurídico-autoral y, por lo tanto, no cumplir con el principio de proporcionalidad).³⁸ Lo mismo puede decirse respecto de la justificación basada en las fallas de mercado, pues una mera falla de este tipo no es, *per se*, razón suficiente para restringir un derecho de explotación, máxime cuando está de por medio el derecho humano a la protección jurídico-autoral. Así, podemos afirmar que hay justificaciones *débiles*.

Una tercera conclusión consiste en que no todas las justificaciones de las restricciones a los derechos de explotación son aplicables a todos los sistemas jurídicos. Particularmente, la justificación de las fallas del mercado no tiene mucha cabida en sistemas jurídicos como el mexicano. Efectivamente, como bien explica Guibault,³⁹ argumentos de este tipo rara vez son aplicables en los sistemas de *droit d'auteur*, a tal grado que los jueces y legisladores continentales nunca se han basado expresamente en argumentos de tal clase para interpretar, aplicar o modificar las reglas de los derechos de autor.

Por lo tanto, recapitulando estas conclusiones, se puede afirmar que la *justificación más importante* de las restricciones (y límites, en general) a los derechos de explotación, es la relativa a la protección de los derechos humanos. Lo anterior en virtud de que la justificación de las fallas de mercado no es aplicable a nuestro sistema (y en caso de que lo fuera, sería una justificación

³⁷ En este sentido, Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 1.

³⁸ Sobre esto ahondamos en el último capítulo de la presente investigación.

³⁹ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 78.

débil); la justificación de la difusión del conocimiento es, en realidad, una justificación que tiende a la protección de derechos humanos (o de valores constitucionales, si se quiere), de ahí su fuerza; y la justificación relativa a las prácticas industriales y regulación de la competencia es, en esencia, débil (sólo tendrá una mayor fuerza cuando exista detrás de la respectiva justificación un verdadero interés público de salvaguarda del sistema competitivo, y en tal caso, estaremos ante un argumento reconducible a la cuestión de los derechos humanos, en tanto la libre competencia es un valor constitucional).

Por tales razones, coincidimos con Senffleben cuando afirma que, básicamente, los límites a los derechos de autor descansan, sobre todo, en la defensa de las libertades y derechos fundamentales.⁴⁰

En virtud de lo anterior, en la presente investigación nos enfocaremos principalmente a la cuestión de los derechos humanos como justificación de las restricciones a los derechos de explotación, además de ser la más relevante al hacer análisis constitucional de la propiedad intelectual.

II. LA FIGURA DE LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

En forma provisional y para realizar un primer acercamiento al tema, en el apartado anterior definimos al *límite* de los derechos de explotación como todo *obstáculo* a la discrecionalidad en el control de las obras que tiene el titular de tales derechos. Como se pudo apreciar, estamos ante una noción muy amplia que abarca varias cosas, desde el alcance intrínseco del propio derecho de explotación hasta sus restricciones propiamente dichas. Corresponde ahora analizar las diversas figuras que han sido catalogadas como límites a los derechos de explotación, para poder ubicar dentro de ellas a las *restricciones* (y por tanto, diferenciar estas últimas respecto de los otros límites).

Dejando a un lado las llamadas limitaciones impropias (aquellas que el legislador establece para beneficiar a los empresarios o explotadores de obras), los límites más comunes a los derechos de explotación son los siguientes:

a) *Límites naturales o inherentes*. Como ya vimos, se refieren al contorno y alcance propio de los derechos de explotación, incluyendo cuestiones como

⁴⁰ Senffleben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 23.

De igual forma, Hugenholtz considera que las restricciones basadas en derechos fundamentales son las primeras y más importantes. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 11.

En el mismo sentido, Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 465.

Véase también Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 24, p. 64; y Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 296.

su duración, su objeto de tutela (no protección de las ideas, por ejemplo), el agotamiento de la facultad de distribución, etc. Aunque buena parte de la doctrina incluye a estas cuestiones como “límites a los derechos de autor” y, además, encuadran en nuestra definición amplia y temporal de “límite” (por ser ámbitos donde no se puede ejercer el poder discrecional derivado del derecho de explotación), estamos, más bien, frente al área o perímetro de protección que abarca el derecho de explotación, es decir, su alcance propio y extensión natural. Por tanto, estos límites inherentes nos informan hasta dónde llega ese derecho, o sea, cómo está configurado desde su nacimiento.⁴¹ De esta forma, tales límites se refieren a cuestiones que, *ab initio*, están fuera del ámbito de protección del *ius prohibendi* del derecho de explotación.

b) *Restricciones simples*. Se presentan en casos en que, a pesar de que cierto uso de una obra está incluido dentro del ámbito de protección del *ius prohibendi*, el sistema jurídico crea una “excepción” que faculta al público para realizar ese uso *sin pedir autorización y sin tener que pagar remuneración alguna*.⁴² A esta figura se le suele llamar “usos libres y gratuitos”, “excepciones”, “limitaciones”, “restricciones”, etcétera. A nuestro entender, lo más adecuado es utilizar la expresión “restricción”, como explicamos en el siguiente apartado.

Así por ejemplo, el artículo 27, fr. I, de la LFDA permite al titular del derecho de explotación, en principio, controlar todo acto de reproducción de una obra (lo que se traduce en una prohibición general oponible *erga omnes* de no reproducir la obra si no se tiene autorización del titular); sin embargo, el artículo 148, fr. IV, de la misma ley, limita, o mejor dicho, restringe ese derecho de explotación, pues al consentir la realización de copias privadas está *permitiendo* una conducta que el artículo 27 *prohibía*. De ahí que el derecho de explotación, en su configuración prima facie, es restringido por el legislador, por lo que tal derecho no puede ser usado para controlar la realización de copias privadas.

⁴¹ Bien expresa Sara Martín que los límites inherentes son la “demarkación” de la posición jurídica del titular, fijando hasta dónde llega ese poder (se trata de los *unechte Schranken* de la doctrina alemana). *Cfr.* Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2004, p. 57.

Asimismo, véase Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

⁴² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 21; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 222; Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 72; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Con acierto apunta Rogel Vide: “Los derechos de explotación de los autores están sometidos a límites que permiten cierto ejercicio, ciertos usos por los terceros, sin autorización de aquéllos, que no constituyen infracciones de los derechos de referencia”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 16, p. 171.

En este sentido, la figura en estudio nos es explicada por Alberto Bercovitz del siguiente modo: “La excepción al derecho exclusivo del autor consiste en todo caso en la disposición que permite a los terceros hacer un uso de la obra protegida sin la autorización del titular del derecho”.⁴³ Por su parte, Serrano Migallón indica: “Las limitaciones al derecho patrimonial de autor, son un conjunto de condiciones permisivas que eliminan el requerimiento de autorización al titular y de la remuneración por su uso”.⁴⁴ Hay una verdadera intromisión en el derecho de autor desde fuera de él.⁴⁵

Estas restricciones simples son las que más abundan en nuestra LFDA, y pueden encontrarse, principalmente, en el artículo 148 de esa ley.

Las restricciones más comunes en las leyes de la corriente del *droit d’auteur* son el derecho de cita, la copia privada, las reproducciones para la crítica y el análisis, las reproducciones con fines de investigación, las reproducciones para facilitar los procedimientos administrativos o judiciales, por sólo señalar algunas.⁴⁶ Estas (y otras) restricciones son analizadas más a fondo en el presente capítulo (infra apartado 8).

Desde luego, y sin que esto resulte sorprendente, lo más común es que los “titulares de derechos se han opuesto con frecuencia a las excepciones al derecho de autor, ...mientras que, por el contrario, los usuarios son en general partidarios de las excepciones”.⁴⁷

c) *Restricciones acompañadas de un derecho de remuneración (licencias legales)*. Se refieren a situaciones en la que se permite el uso libre de una obra (sin autorización), más no en forma gratuita, ya que suelen prever ciertos mecanismos para que el autor obtenga una remuneración equitativa.⁴⁸ A esta figura

⁴³ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 92.

⁴⁴ Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 164.

De igual forma, Baylos nos dice que se trata de “una serie de supuestos que, por diversas razones se encuentran excluidos de la facultad del autor de permitir o denegar su autorización para la explotación de la obra y en la que ésta se declara libre, sin necesidad de su consentimiento”. Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 587.

Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 57 y 58.

⁴⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 57 y 58.

⁴⁶ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 21.

⁴⁷ Sullivan, Judith, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 11 al 13 de septiembre de 2006, p. 118.

⁴⁸ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Cfr. también, Kur, Annette, “Of oceans, islands and inland water – how much room for exceptions and limitations under the three-step test?”, Max Planck Institute for Intellectual

comúnmente se le llama “licencia legal”, respecto de la cual Lipszyc nos brinda la siguiente definición:

Las licencias legales, también llamadas licencias estatutarias (siguiendo la denominación inglesa “*statutory license*”), son autorizaciones otorgadas por la ley para usar una obra protegida por el derecho de autor, de una manera determinada y en ciertas condiciones, *mediante el pago de una retribución* al titular del derecho de autor. La retribución es fijada por la norma legal, por la autoridad de aplicación de la ley o por autoridad judicial, según los casos.⁴⁹

Estamos ante una verdadera restricción al derecho de explotación, ya que un uso que en principio está cubierto por el *ius prohibendi*, queda autorizado al público por disposición legal (como también sucede en las restricciones simples). Sin embargo, y a diferencia de las restricciones simples, aquí el autor no queda en total desamparo, pues se le da la posibilidad de cobrar ciertas cantidades de dinero como consecuencia de este uso, lo cual se logra otorgándole un derecho de simple remuneración. Así, el creador no podrá controlar esos usos de la obra, pero sí cobrar determinados montos derivados de dicha utilización.

En términos llanos, lo que sucede es que se restringe el derecho de explotación, pero se concede un derecho de simple remuneración a cambio.^{50 51}

Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-04, Alemania, 2008, pp. 12 y 13.

⁴⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 240.

Una explicación sobre la figura de la “licencia legal” puede encontrarse en Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 152.

En cambio, Geiger considera que es más correcto hablar de “excepción con remuneración” o “derecho de remuneración”, que de “licencia legal”. *Cfr.* Geiger, Christophe, “The role of the three-step test in adaptation of copyright law to the information society”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, enero-marzo 2007, p. 10.

⁵⁰ En este sentido, Hugenholtz indica: “Sometimes, limitations take on the form of statutory or compulsory license schemes. The exclusive right, then, is replaced by a right to equitable remuneration”. Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, p. 3.

Esta idea es expresada por Villalba en otros términos, cuando indica que “el derecho exclusivo del autor queda limitado a un derecho de simple remuneración”. Villalba, Carlos A., “Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor”, Ponencia presentada en la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2004, p. 2.

⁵¹ Sobre el otorgamiento de derechos de remuneración como contrapartida a las restricciones de los derechos de explotación, *cf.* Delgado Porras, Antonio, “La categoría de los ‘derechos de autor a una remuneración equitativa’” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, p. 223.

En estas licencias legales se ha visto una tendencia de socialización del derecho de autor y de erosión de los derechos exclusivos de los creadores.⁵² Empero, dicha institución ha generado muchas críticas, como por ejemplo, que el monto de la remuneración fijado por las autoridades suele ser muy bajo, y que se deja al autor sin posibilidad de negociación para intentar obtener una retribución más alta.⁵³

Aparentemente, en nuestro país no existe, de momento, ninguna licencia legal en materia de derechos de autor.⁵⁴ El artículo 40 de la LFDA intentó regular el derecho de remuneración por copia privada, pero el resultado fue tan desafortunado que, al final, lo que contempla esa disposición no es nada cercano a una licencia legal. Asimismo, dada la poco clara redacción del artículo 149 de la misma ley, se ha llegado a argumentar que dicho numeral prevé diversas licencias legales. Sobre ambos casos profundizamos más adelante.

En el ámbito comparado, las licencias legales más comunes son la remuneración por copia privada, por inacción de herederos o derechohabientes, etcétera.⁵⁵

d) *Licencias obligatorias*. Son aquellas en donde la administración pública (o en algunos casos, otras entidades) se subroga en la voluntad del titular del derecho de explotación y concede, a cierta persona, una autorización para realizar un determinado uso de una obra protegida, teniendo esta última persona la obligación de pagar una retribución al titular del derecho de explotación. Sobre el particular, nos refiere Lipszyc:

Las licencias obligatorias, también llamadas licencias compulsorias siguiendo la denominación inglesa “*compulsory license*”), son aquellas que la autoridad competente o la sociedad de gestión de derechos de autor —según quien sea la encargada de ello— han de conceder obligatoriamente, sin perjuicio de la

Sin embargo, cabe destacar —como se vio en la letra D del número 3 del subcapítulo V del capítulo segundo de la presente investigación— que los derechos de remuneración no son siempre correlatos a una restricción del derecho de explotación, sino que también pueden presentarse como consecuencia de inexistencia de derecho de explotación (por ejemplo, por haberse agotado), por transferencia del derecho de explotación, etcétera. *Cfr. ibidem*, pp. 223 y 224.

⁵² Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 16 y 17; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23.

⁵³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23.

⁵⁴ Misma conclusión es expuesta por Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 135. Aunque sí encontramos una licencia de este tipo en materia de derechos conexos, concretamente en el caso de comunicación pública directa de fonogramas (artículo 133 LFDA).

⁵⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 241 y ss.

obligación de pago por parte del usuario de las tarifas vigentes (convenidas entre esta sociedad de gestión y las cámaras de los usuarios o en su defecto, fijadas por la autoridad competente).

Estas licencias se otorgan previa solicitud de concesión formal o, al menos, de una notificación al titular del derecho de autor o a la sociedad de gestión colectiva que lo representa.⁵⁶

A veces se suele confundir a las licencias obligatorias con las licencias legales, sin embargo se trata de figuras muy diferentes, pues en la licencia obligatoria encontramos que *se fuerza* al titular de derechos a contratar con el usuario (quien no tiene un derecho previo a usar la obra), mientras que en la licencia legal el usuario ya tiene, automáticamente y por disposición de la ley, esa autorización para usar la obra, quedando pendiente sólo el cubrir la remuneración por el uso.⁵⁷

El Convenio de Berna sólo permite dos clases de licencias obligatorias: una en materia de radiodifusión (artículo 11 bis.2) y otra en materia de reproducción mecánica de grabaciones de obras musicales (artículo 13.1). Asimismo, el Anexo del Convenio de Berna permite, únicamente a los países en vías de desarrollo, implementar licencias obligatorias de traducción (artículo II) y de reproducción (artículo III). De igual forma, la Convención Universal sobre Derecho de Autor contempla un régimen similar de licencias obligatorias para los países en desarrollo (artículos V bis, V Ter y V Quater), además de una licencia obligatoria para traducciones (artículo V.2).

En cuanto a México, por alguna extraña razón, nuestra ley llama “limitación por causa de utilidad pública” a las licencias obligatorias,⁵⁸ cuando, en realidad, también la mayor parte de las restricciones al derecho de explotación son “limitaciones por causa de utilidad pública”. La licencia obligatoria está regulada en la LFDA en los siguientes términos:

Artículo 147. Se considera de utilidad pública la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales. Cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá

⁵⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁵⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 23. De ahí que, acertadamente, esta autora afirme que la licencia obligatoria es una limitación que opera en la libertad del titular del derecho de explotación para elegir a su parte contratante (licenciatario).

Asimismo, véase Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

⁵⁸ *Cfr.* la denominación del capítulo I del título VI de la LFDA.

autorizar la publicación o traducción mencionada. Lo anterior será sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México.

e) *La gestión colectiva de derechos.* En primera instancia, puede sonar chocante que la gestión colectiva opere como un límite a los derechos de explotación, cuando su propósito fundamental es el pleno y eficiente ejercicio de esos derechos.⁵⁹ Sin embargo, cuando un autor decide someter sus derechos a la modalidad de gestión colectiva, pierde el control de los mismos y es una sociedad de gestión colectiva quien ahora los ejercerá,⁶⁰ y las sociedades de gestión no pueden ejercer esos derechos en forma tan discrecional, como si fueran los autores o titulares de los derechos, ya que la ley les pone una serie de límites, por ejemplo, la obligación de no negarse a contratar con un usuario que solicite una licencia,⁶¹ dar las mismas tarifas a todos los usuarios⁶² (lo que merma su capacidad de negociación), etcétera.

De hecho, las sociedades de gestión celebran licencias masivas, las cuales tienen efectos económicos muy similares a los que producen las licencias obligatorias.⁶³ Esto en virtud de que el usuario no puede recibir una negativa a contratar (como sí sería más factible si el control del derecho estuviera en manos del autor), y los montos de las licencias (regalías contractuales) no pueden ser fijados arbitrariamente, ni ser muy altos.

Así las cosas, es evidente que mientras en el régimen de gestión individual de derechos se tiene más control y discrecionalidad en el ejercicio de los derechos de explotación, cuando estos derechos son sometidos al régimen de gestión colectiva se produce un *límite*, en cuanto a ciertas decisiones sobre cómo ejercerlos. Esto se acentúa en algunos países en los que el ejercicio de determinados derechos (o de ciertas modalidades) es de gestión colectiva obligatoria.⁶⁴

⁵⁹ De hecho, el Glosario de la OMPI omite, en esta sede, mención a la gestión colectiva, y sólo señala como las principales delimitaciones del derecho de autor a tres: la libre utilización, las licencias obligatorias y las licencias voluntarias. Cfr. VV.AA., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 147.

⁶⁰ Por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 195 de la LFDA indica que: “cuando los socios hayan dado mandato a las sociedades de gestión colectiva, no podrán efectuar el cobro de las regalías por sí mismos, a menos que lo revoquen”.

⁶¹ Véase artículo 203, fr. VI, de la LFDA. Desde luego, obligaciones de este tipo también pueden desprenderse del régimen jurídico de defensa de la competencia.

⁶² Véase artículo 203, fr. V, de la LFDA.

⁶³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 26.

⁶⁴ Por ejemplo, el artículo 25 de la legislación autoral húngara, o los artículos 25.8 y 90.7 de la ley española.

Una vez analizada la clasificación de los límites (obstáculos) a los derechos de explotación, hemos de circunscribir el objeto de la presente investigación únicamente a las *restricciones* (simples o acompañadas de un derecho de remuneración), por lo que dejaremos fuera a los llamados límites inherentes, a las licencias obligatorias⁶⁵ y a la gestión colectiva.⁶⁶ Esto en virtud de que la esencia de las restricciones simples y las licencias legales es la misma: una *merma o menoscabo del derecho de explotación*. Eso es lo que tienen en común esas figuras, y lo que nos permite clasificarlas conjuntamente bajo el rubro de “restricciones”.

Así las cosas, estas restricciones se caracterizan porque permiten la realización de ciertos actos que, si no existieran tales restricciones, serían considerados como violaciones al derecho de explotación.⁶⁷ El que las restricciones sean gratuitas o remuneradas, es algo accesorio a su verdadera naturaleza jurídica, la cual consiste en una disminución al derecho de explotación *prima facie*.

Por tal razón, Villalba nos reitera que lo importante es la falta de autorización del titular del derecho de explotación, ya que: “las limitaciones —o excepciones— del derecho de autor operan como una suerte de válvula

De igual forma tenemos el artículo 9o. de la Directiva 93/83/EEC sobre los derechos de autor y derechos afines en materia de satélite y cable, de la Unión Europea. También como ejemplo, *cf.* el artículo 4o. de la Directiva 92/100/EEC sobre los derechos de alquiler y préstamo.

⁶⁵ Aunque en algunos aspectos las licencias obligatorias son similares a las licencias legales (como el pago de una remuneración), dejamos fuera del presente estudio a las primeras, por no ser propiamente límites al derecho subjetivo en sí, sino más bien a su *ejercicio*. En tal sentido, *cf.* Vela Treviño, Carlos A., “Concesión de licencias obligatorias en casos de abuso del derecho de autor en materia de bienes informacionales: explorando dos vías posibles para México” en Ojeda, Lucía, Roldán, José, y Santos, Luis, *Propiedad intelectual y competencia económica*, México, Porrúa, ITAM, ANADE, 2010, p. 204.

Esto se traduce en que mientras las licencias legales (dada su impersonalidad, generalidad y abstracción) surten efectos y beneficios *erga omnes*, las licencias obligatorias sólo benefician a la persona que la solicitó.

⁶⁶ Como explica Geiger, en la gestión colectiva el derecho de explotación, en sí mismo, sigue intacto, no es restringido o mermado, por lo que la gestión colectiva afecta, más bien, al ejercicio del derecho. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 10.

⁶⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 1.

Mientras que el jurista colombiano, Wilson Ríos, indica: “El derecho de autor parte del principio general y abstracto que establece que para que la utilización de toda obra... sea lícita, se debe contar con la autorización previa y expresa del autor o del titular de los respectivos derechos, pues de lo contrario dicha utilización puede ser catalogada como ilícita, a menos que esté amparada por lo que se ha denominado el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor”. Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2009, p. 109.

de seguridad al instituir determinados casos en los que se puede utilizar la obra sin autorización y sin pagar, o sin autorización pero abonando una remuneración”.⁶⁸ De igual forma, Alberto Bercovitz no encuentra problema alguno en conjuntar bajo una misma figura los usos no autorizados (pero lícitos), sean o no gratuitos, afirmando: “Pero en cualquier supuesto habrá que determinar si el uso que se permite sin autorización del titular del derecho de autor ha de ser gratuito o, por el contrario, si está sujeto a una compensación económica o remuneración”.⁶⁹

Por lo tanto, y a lo largo del presente trabajo, utilizaremos el género “restricción” para referirnos a todas esas disminuciones que sufre el derecho de explotación, incluyendo como sus especies a las “restricciones simples” (cuando el uso no debe remunerarse) y a las “restricciones acompañadas de un derecho de remuneración o licencias legales” (cuando el uso debe pagarse).

III. EL DEBATE TERMINOLÓGICO: ¿LÍMITES, LIMITACIONES, EXCEPCIONES O RESTRICCIONES?

En el apartado previo, dentro de los diversos límites a los derechos de autor, centramos nuestra atención en las restricciones al derecho de explotación (tanto simples como acompañadas de un derecho de remuneración), y vimos que no hay unanimidad sobre cómo denominar a esta institución jurídica.

Efectivamente, a la figura en estudio se le suele llamar de diversas maneras, siendo las expresiones más comunes: “excepciones”, “límites”, “limitaciones” y “restricciones”.⁷⁰ Los principales tratados en la materia son un buen ejemplo de esta falta de uniformidad terminológica, pues utilizan esas expresiones de manera anárquica y poco precisa. Por ejemplo, el ADPIC usa los términos “limitaciones y excepciones” (artículo 13), la Convención Universal sobre Derecho de Autor habla de “excepciones” en general (artículo IV bis.2 y V bis) y de “restringir” el derecho de traducción (artículo V.2), el TLCAN se refiere a “limitaciones o excepciones” (artículo 1705.5), el TODA utiliza las expresiones “limitaciones y excepciones” (artículo 10), etcétera.

⁶⁸ Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

⁶⁹ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 92.

⁷⁰ Aragón, Emilia, “Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones”, Ponencia presentada en el Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, OMPI, OEP, OEPM, Guatemala, 21 de octubre de 2004, p. 18; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 16; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 219; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 22.

Por su parte, nuestra LFDA habla de “límites” (artículo 24) y “limitaciones” (título VI, capítulo II); mientras que su reglamento también utiliza la expresión “limitaciones” (artículo 45 y, en general, el capítulo II del título V), aunque asimismo usa el vocablo “excepción” (artículo 44).

Normalmente se suelen emplear todas esas expresiones como sinónimos (así parece que sucede con el grueso de las legislaciones),⁷¹ aunque posiblemente el término más aceptado es “excepción”, sobre todo porque es el que utilizan instrumentos como la Directiva de la Sociedad de la Información europea, así como varias legislaciones internas.⁷²

No obstante lo anterior, hay quienes han realizado distingos de carácter doctrinal entre los diversos términos ya mencionados.⁷³ Por ejemplo, Ficsor utiliza la expresión “excepciones” para referirse a los usos libres y no remunerados de las obras (lo que nosotros llamamos “restricciones simples”), dado que su naturaleza es excepcional; en cambio, el término “límites” lo reserva para las licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias), dado que los derechos de autor se *limitan* a un mero derecho de remuneración.⁷⁴

Por su parte, Sara Martín Salamanca usa el vocablo “límite” para referirse a la demarcación del alcance del derecho de explotación (a los que en este capítulo llamamos “límites naturales o inherentes”), mientras que el término “limitación” lo identifica con la intervención o menoscabo al derecho de explotación (lo que nosotros llamamos “restricción simple”).⁷⁵

Garrote se inclina por el uso del vocablo “excepción” estableciendo que el derecho de explotación es una regla general y cualquier derogación a este es una excepción. Mientras que el término “límites” lo reserva, al igual que

⁷¹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 66.

Inclusive, esto queda de manifiesto en la definición que del término “limitación del derecho de autor” nos proporciona el *Glosario de la OMPI*: “Estas *limitaciones* (que a menudo se denominan ‘*excepciones*’) son disposiciones contenidas en las legislaciones de derechos de autor que *restringen* el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra” (énfasis añadido). *Cfr. op. cit.*, nota 59, p. 147.

⁷² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 16.

⁷³ Este fenómeno es destacado, entre otros, por Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 5 y 6; Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 56-58; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 27.

⁷⁴ Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 257.

Concuerda con esta postura, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 152.

Cfr. también Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 3; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 21; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 28.

⁷⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 41, pp. 57 y 58.

Martín Salamanca, para los linderos del alcance del derecho de explotación (límites naturales); considerando que otras expresiones, tales como “limitaciones”, “restricciones”, “actos autorizados” o “libre utilización”, son útiles pero menos exactas.⁷⁶

Independientemente de las tendencias doctrinarias o de los usos comunes de las expresiones indicadas, conviene detenernos un poco para fijar una postura e intentar aterrizar un poco este debate (al menos, para poder avanzar en la presente investigación).

De entrada, hay que aclarar que las expresiones “límites”, “limitaciones” y “restricciones” se predicán respecto de los *derechos subjetivos*, mientras que el vocablo “excepciones” se predica, más bien, respecto de *normas* (i.e. se “limita” el derecho X, porque la norma Y es un caso de “excepción”). Por lo tanto, la contraposición entre “excepciones”, por un lado, y “límites”, “limitaciones” y “restricciones”, por el otro lado, es más bien aparente o ficticia, pues se trata de cuestiones aplicables a distintos objetos. Veamos.

Excepción se refiere a un tipo particular de norma: una norma de excepción (la cual se contrapone a las normas generales);⁷⁷ en cambio, los *límites*, *limitaciones* y *restricciones* se refieren a una afectación a un derecho subjetivo, como veremos a continuación. Así las cosas, de momento dejaremos a un lado la expresión “excepción”, y nos centraremos en “límites”, “limitaciones” y “restricciones”.⁷⁸

En este sentido, la oposición entre “límite” y “limitación” es también aparente y meramente lingüística, pues “limitación” es la acción y efecto de limitar;⁷⁹ así, más que una diferencia conceptual entre “límite” y “limitación”, nos encontramos en realidad con palabras que se deben utilizar en forma diversa según el *contexto gramatical*.

⁷⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 385.

⁷⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 10.

Sobre la noción de “ley o norma excepcional”, *cf.* Guastini, Riccardo, “Analogía”, trad. de Marina Gascón, en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 5a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 103.

En este sentido, cabe recordar el artículo 11 del CCF, cuyo texto indica: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”.

⁷⁸ Es ilustrativa la postura de Alexy cuando distingue entre *cláusula restrictiva* (se refiere a la norma) y *restricción* (se refiere a la afectación a un derecho). *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 277.

⁷⁹ VV.AA., *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 1380. Y sólo en uso antiguo o anticuado, se hablaba de “limitación” como el lugar donde termina un territorio.

Por lo tanto, al hablar de un derecho en sí, resulta adecuado utilizar la expresión “límite”, *i.e.* “el límite del derecho subjetivo”; en cambio, “limitación” se utilizará cuando nos refiramos al *efecto* de limitar un derecho —“el titular X no puede realizar tal conducta, dada la limitación a su derecho”— o al *acto* mismo de imponer el límite —“el legislador hizo una limitación de los derechos de propiedad”—.

Así las cosas, el verdadero *quid* del asunto es optar entre la expresión “límite” y la expresión “restricción”, lo cual no es otra cosa más que tomar partido entre la teoría externa o la teoría interna en materia de restricciones a los derechos subjetivos.⁸⁰ En este sentido, Borowski nos recuerda que el debate sobre las restricciones a los derechos subjetivos se ha dado, principalmente, en el ámbito del *derecho civil*, existiendo tanto una teoría interna como una teoría externa sobre el particular.⁸¹

De acuerdo con la *teoría externa* de las restricciones tenemos: (1) un derecho *prima facie*, (2) una restricción a ese derecho, y (3) como resultado se obtiene un derecho definitivo o restringido.⁸² Por lo tanto, afirma Alexy: “Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*”.⁸³

De esta forma, la teoría externa nos posibilita la reconstrucción de la colisión entre objetos normativos, particularmente entre derechos y bienes colectivos.⁸⁴

Por su parte, la *teoría interna* establece que, desde el inicio, sólo existe una cosa: un derecho con un contenido determinado. De ahí que se hable de límites “inmanentes” a los derechos, y que esta teoría sea conocida como la “teoría de los derechos no limitables” (el derecho tiene definido su alcance de antemano, por lo que su restricción es imposible e innecesaria).⁸⁵ Así, en la teoría interna, el “concepto de *restricción es sustituido por el de límite*. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho deber ser o no limitado sino acerca de cuál es su contenido”⁸⁶ (énfasis añadido).

⁸⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 269.

⁸¹ Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 66.

⁸² *Ibidem*, pp. 66 y 67; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 19, p. 253.

⁸³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 268.

⁸⁴ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 81, p. 68.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 68 y 69; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 19, p. 253.

⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, p. 269.

Por lo tanto, la expresión “límite” es la adecuada a la luz de la teoría interna, mientras que el vocablo “restricción” es el correcto si nos adherimos a la teoría externa. A continuación nos pronunciamos por la teoría que más nos convence.

En la *historia del derecho civil* se puede apreciar la pugna entre las teorías externa e interna, pues el derecho romano se aproximó más a la externa al contemplar el binomio derecho *prima facie* y restricción, mientras que el derecho germánico clásico se inclinó por la teoría externa.⁸⁷ Corresponde ahora aterrizar, en sede de derechos de explotación, el debate general sobre las restricciones a los derechos subjetivos, es decir, responderemos a la cuestión de cuál teoría es la más adecuada en esta materia ¿la interna o la externa?

A nuestro entender, *la teoría adecuada es la externa*, pues no sólo es la que mejor explica el fenómeno, sino también la que lo hace más coherente. Para demostrar este punto, haremos una argumentación con base a la LFDA y otra con base al derecho internacional.

En la LFDA podemos encontrar el derecho de explotación en forma no restringida o *prima facie* en su artículo 27; particularmente, en la fr. I de esa disposición veremos la facultad de reproducción *prima facie*, pues el titular del derecho puede autorizar o prohibir *todo* acto de reproducción de su obra. Empero, la fr. III del artículo 148 de la misma ley contempla una restricción a ese derecho, pues permite la realización de reproducciones parciales de la obra con fines de crítica e investigación.

El binomio que predica la teoría externa es muy visible en la LFDA, pues mientras en el artículo 27, fr. I, encontramos el derecho *prima facie*, en el artículo 148, fr. III, encontramos la cláusula restrictiva de la que se desprende una restricción al derecho. El resultado es un derecho restringido, por virtud del cual su titular no podrá controlar la reproducción parcial de la obra con fines de crítica e investigación. Así, algo que en principio estaba protegido por el derecho subjetivo, por virtud de la restricción ya no lo está. Nos encontramos ante un derecho disminuido o reducido.⁸⁸

Por cuanto hace al derecho internacional, es más evidente la dualidad entre el derecho *prima facie* y sus restricciones, pues para los estados parte de diversos tratados resulta obligatorio regular el derecho *prima facie* de explotación, más no sucede lo mismo con las restricciones a ese derecho, pues tales restricciones suelen ser facultativas. Pongamos como ejemplo el artículo 9o. del Convenio de Berna, en cuyo primer párrafo se concede a los autores el

⁸⁷ Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 81, pp. 70 y 71.

⁸⁸ Claramente indica Borowski: “La restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho. Algo que es del contenido del derecho antes de su restricción deja de serlo luego de dicha restricción”. *Ibidem*, p. 69.

llamado derecho de reproducción, pero en su segundo párrafo reserva a las legislaciones internas la *posibilidad* de restringir ese derecho de reproducción. Por lo tanto, mientras hay una armonización internacional respecto al derecho *prima facie*, no existe tal en lo concerniente a sus restricciones.

La consecuencia de esto es que, en todos los países de la Unión de Berna (y de la OMC), el derecho de reproducción está regulado en los más amplios términos (derecho *prima facie*), mientras que cada país impone las más diversas y variadas restricciones a ese derecho. Así, habrá estados que sólo establezcan unas pocas restricciones y otros que contemplen más; de manera que la cantidad y el contenido de las restricciones a los derechos de explotación varían significativamente de país en país.⁸⁹ Por ende, a pesar de haber uniformidad en cuanto al derecho *prima facie*, no la hay respecto de sus restricciones.

Lo anterior nos demuestra que el derecho de explotación no puede concebirse como un derecho perfectamente delimitado desde su origen, sino más bien lo contrario: que a pesar de existir un mismo derecho de explotación en forma *prima facie*, tal derecho será objeto de diversas restricciones en diferentes países.

Por lo tanto, consideramos adecuada la teoría externa, y por consiguiente, más acertado el vocablo “restricción”, mismo que utilizaremos a lo largo de la presente investigación.

Una vez hecha esta aclaración terminológica, pasaremos al siguiente apartado con el fin de estudiar las dos grandes concepciones existentes respecto de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

IV. SISTEMAS ABIERTO Y CERRADO DE RESTRICCIONES

A nivel comparativo, existen dos grandes tendencias o sistemas de regulación de las restricciones a los derechos de explotación: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos.⁹⁰

⁸⁹ Como bien afirma Hugenholtz, si comparamos las restricciones reguladas en las diversas legislaciones internas, encontraremos una amplia variedad, desde el uso de obras por organizaciones agrícolas con fines no lucrativos (EUA) hasta la utilización de música en festejos matrimoniales (India), siendo que hay países que establecen largas listas de restricciones, mientras otros países sólo establecen una o ninguna restricción. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 16, pp. 2 y 3.

Inclusive, la Directiva de la Sociedad de la Información establece más de 20 restricciones, pero sólo una es obligatoria y las demás optativas. *Cfr.* Aragón, Emilia, *op. cit.*, nota 70, p. 19.

⁹⁰ Buydens, Mireille, Dusollier, Séverine, y Pouillet, Yves, “Copyright and access to information in the digital environment”, estudio preparado para el Tercer Congreso UNESCO

En los países de tradición jurídica continental, las restricciones a los derechos de explotación se fijan en listados cerrados y se definen en forma estricta, al grado que deben interpretarse restrictivamente y no se pueden aplicar mediante analogía.⁹¹ Como bien afirma Lipszyc, en estos países los derechos de explotación “no conocen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones son específicas, a diferencia de los derechos, que son reconocidos con carácter genérico”.⁹²

En cambio, el sistema abierto lo encontramos presente en los países del *common law*, principalmente en los EUA. En efecto, en el sistema del *copyright* los derechos se definen de manera limitada y están sujetos a defensas abiertas como el *fair use*, el *fair dealing* (en menor medida) o la *public policy*, que dejan a los jueces cierto espacio para resolver sobre si, algunos usos inconscientes de obras, resultan o no violatorios de derechos.⁹³

En este tenor, indica Colombet lo siguiente respecto de la legislación de EUA:

sobre los Retos Éticos, Legales y Sociales de las Infoéticas del Ciberespacio, París, 17 de julio de 2000, p. 10; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 5; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 22; Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 227; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 19; Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 297.

⁹¹ Aragón, Emilia, *op. cit.*, nota 70, p. 19; Delgado Porras, Antonio, “Contraposición entre los sistemas de protección del derecho de autor y del *copyright*” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 361 (quien habla de “limitaciones tasadas”); Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 35; Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2010, p. 7; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 19.

⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 51.

⁹³ Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 293; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. de Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO, CINDOC, 1997, p. 66; Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 86-88; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 44; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 474, 475, 481 y 482; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 5; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 19; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 35; Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 227.

El *Glosario de la OMPI* se pronuncia en términos semejantes. Véase *op. cit.*, nota 59, pp. 112 y 114.

La técnica legislativa usada en este caso parece menos precisa que en los demás países, pero ofrece una mayor flexibilidad por la apreciación que hace el juez acerca de la licitud de la reproducción o de su carácter prohibido. La Ley inglesa emplea también la noción de uso honrado de la obra si la reproducción se hiciese con un propósito de investigación o de estudio privado (artículo 29-1), lo que constituye también una fórmula flexible cuya aplicación descansa sobre el justo criterio judicial.⁹⁴

Empero, y a pesar de ubicarse en el sistema abierto, en la *Copyright Act* de EUA vamos a encontrar restricciones muy concretas y específicas que operan sin perjuicio de la cláusula general de *fair use*. Incluso, en el caso del Reino Unido esto es más acentuado, ya que existen mayores restricciones en lo particular⁹⁵ (como veremos más adelante).

Finalmente, hay que señalar que el sistema abierto presenta como ventaja su flexibilidad, pero la desventaja que se le suele imputar, es su falta de previsibilidad y de seguridad jurídica.⁹⁶ En cambio, la ventaja de los sistemas cerrados es su mayor previsibilidad, pero tienen como inconveniente su poca capacidad de adaptación.⁹⁷ Como veremos en este capítulo y en el siguiente, se debate actualmente sobre la pertinencia de que las legislaciones de *droit d'auteur* se acerquen más a un sistema abierto de restricciones.

Pasemos ahora a revisar cómo se fue consolidando el sistema cerrado de restricciones en los países que siguen la tradición jurídica europea continental.

V. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS PAÍSES NEORROMANISTAS

No pretendemos en el presente apartado realizar una historia general de las restricciones al derecho de explotación, sino sólo hacer algunas notas

⁹⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 68 y 69.

⁹⁵ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 4.

De hecho, esta situación en el Reino Unido ha llevado a algunas personas —como Lepage— a considerar que tal país pertenece al sistema cerrado, afirmándose que: “El *fair dealing* se aproxima así al espíritu del *fair use* estadounidense, con la diferencia de que no constituye una limitación en sí misma al monopolio del autor, puesto que su aplicación está condicionada a una lista de excepciones expresamente definidas”. Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 7.

⁹⁶ Senfleben, Martin, “Fair use in the Netherlands – a renaissance”, *Tijdschrift voor auteurs, media en informatierecht (AMI)*, Países Bajos, vol. 33, núm. 1, 2009, p. 2; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 9 y 20; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 23; Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 228; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, pp. 20 y 21.

⁹⁷ Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 9 y 10; Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 228; y Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

que nos permitan ver cómo fue evolucionando esta figura en los países de la familia jurídica neorromanista, para entender el estado de la cuestión — sobre todo en México— cuando en el Convenio de Berna se incorporó la regla de los tres pasos y cómo se consolidó una doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación (temas también estudiados en el presente capítulo).

José de Oliveira Ascensão, destacado jurista portugués, nos refiere que siempre existió conciencia de los límites a los derechos de autor.⁹⁸ Ya desde 1876, la entonces vigente ley autoral alemana contemplaba la posibilidad de hacer una copia de una obra de arte, siempre que no estuviera destinada a un uso de carácter comercial,⁹⁹ lo que posiblemente es el antecedente legislativo más remoto de la copia privada. De igual forma, la ley autoral holandesa de 1912 permitía copiar obras para usos personales (artículo 16).¹⁰⁰

Poco a poco, durante la primera mitad del siglo XX, los legisladores fueron incorporando a sus leyes casos en los que consideraban conveniente restringir los derechos de los autores en beneficio del público en general. Por ejemplo, la ley de derechos de autor de Austria de 1936, estableció como usos libres de las obras, los relativos al interés de la justicia y la administración (artículo 41), las reproducciones para uso personal en número limitado (artículo 42), compilaciones con fines didácticos (artículo 45), etcétera.¹⁰¹

Por su parte, la legislación italiana de 1941 estableció, entre otras, las siguientes restricciones: reproducción de artículos de actualidad publicados en revistas o diarios —siempre que la reproducción no se prohibiera expresamente— (artículo 65); discursos pronunciados en público (artículo 66); reproducciones para uso personal hechas a mano o en fotocopidora, siempre que no sean idóneas para su venta al público (artículo 68); resumen, cita y reproducción de fragmentos con fines críticos o didácticos (artículo 69); las antologías para uso escolar mediante el pago de una remuneración equitativa al autor (artículo 70), etcétera.¹⁰² Otro ejemplo lo encontramos en la ley autoral argentina de 1933, cuyo artículo 27 permite la información periodística sobre discursos políticos y literarios y sobre conferencias acerca

⁹⁸ De Oliveira Ascensão, José, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 91.

⁹⁹ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, “No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law”, *Berkeley technology law journal*, California, vol. 22, núm. 3, 2007, p. 1065.

¹⁰⁰ *Idem*; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 49 y 50.

¹⁰¹ Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, t. II, pp. 132 y 133.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 134 y 135.

de temas intelectuales; mientras que el artículo 10 de esta legislación se refiere al derecho de cita.¹⁰³

Desde 1957 se introdujo en la legislación francesa una disposición que permite la realización de copias de obras reservadas para el uso privado de la persona que las realizó (lo que implica que no pueden ser realizadas por un tercero a cambio de una remuneración), siempre que no se destinen a un uso colectivo o lucrativo (artículo 41).¹⁰⁴

En México, los códigos civiles que regularon los derechos de autor no se ocuparon de regular las restricciones, sino que, en el mejor de los casos, sólo señalaron algunos supuestos de no protección, la duración de los derechos y la figura de la licencia obligatoria. Fue la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948 la que introdujo ciertas restricciones a los derechos de explotación, como por ejemplo, el uso incidental o inevitable de obras en relación con acontecimiento de actualidad (artículo 3.a); obras visibles desde lugares públicos (artículo 3.b); y el uso de breves fragmentos con fines didácticos o científicos, crestomatías o con fines de crítica literaria o investigación científica (artículo 3.c).

Asimismo, nuestra Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956 contempló como restricciones el uso de artículos de actualidad cuya reproducción no se hubiese prohibido expresamente (artículo 7o.); el empleo incidental o inevitable de obras relativas a acontecimientos de actualidad (artículo 15.a); obras visibles desde lugares públicos (artículo 15.b); la utilización de breves fragmentos con fines didácticos o científicos, crestomatías o con fines de crítica literaria o investigación científica (artículo 15.c); la copia manuscrita, fotostática, a máquina, fotográfica, en micropelícula o dibujada para uso exclusivo de quien la haga y sin fines de lucro (artículo 15.d); etcétera. Esta ley, ampliando las disposiciones de su predecesora, contempló un capítulo IV al que intituló “De la limitación al derecho de autor”, el cual no contenía propiamente restricciones al derecho de explotación, sino más bien lo relativo a las licencias obligatorias. En la versión reformada de esa ley (año 1963) se conservaron prácticamente las mismas restricciones.

Así las cosas, comparando las leyes de diversos países del mundo, podemos ver que, para mediados de la década de los sesenta, las restricciones más comunes al derecho de explotación eran: el derecho de cita, el uso incidental de obras para reportar acontecimientos de actualidad, la reproducción de artículos de prensa sobre eventos de actualidad, uso en libros de texto, el fotocopiado en bibliotecas, el uso personal con fines de estudio, la reproducción

¹⁰³ Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 353; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 101, pp. 136-138.

¹⁰⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 50.

de obras ubicadas permanente en lugares públicos, el uso para publicitar la venta o exhibición de obras, las reproducciones con fines parlamentarios, judiciales y administrativos, entre otros.¹⁰⁵ Sin embargo, también se observa que cada país fue incorporando diversas restricciones, según su propia ideología e idiosoncracia, por lo que no había una línea clara a seguir.¹⁰⁶

En lo que se refiere al ámbito internacional, en 1967 se incluye la llamada *regla de los tres pasos* en el Convenio de Berna, misma que tendrá considerable impacto en la manera en que los estados regulan las restricciones al derecho de explotación, y sobre la cual profundizamos en el siguiente apartado. Esto en virtud de que, hasta antes de esa fecha, los tratados eran muy laxos en materia de restricciones, ya que otorgaban una amplia libertad en la materia a los estados parte.¹⁰⁷

Sin embargo, resulta interesante que la Convención Universal del Derecho de Autor, luego de su revisión de París en 1971, no adoptara una formulación similar al Convenio de Berna en cuanto a las restricciones al derecho de explotación, sino que en su artículo IV bis.2 optó por una fórmula aparentemente más flexible:

Artículo IV bis

1) [...].

2) No obstante, cada Estado contratante podrá establecer en su legislación nacional excepciones a los derechos mencionados en el párrafo 1) del presente artículo, siempre que no sean contrarias al espíritu ni a las disposiciones de la presente Convención. Sin embargo, los Estados que eventualmente ejerzan esa facultad deberán conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de esas excepciones.

Dicho lo anterior, a continuación estudiaremos la solución que plasmó el Convenio de Berna sobre esta materia.

VI. LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN EL CONVENIO DE BERNA Y EN OTROS TRATADOS

Al hablar de las restricciones a los derechos de explotación, es insoslayable tocar el tema de la fórmula de los tres pasos,¹⁰⁸ dado que se ha converti-

¹⁰⁵ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 81.

¹⁰⁶ Okediji, Ruth, "Toward an international fair use doctrine", *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 39, núm. 1, 2000, p. 99.

¹⁰⁷ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91.

¹⁰⁸ También llamada prueba de los tres pasos, de las tres etapas, de las tres fases o de los tres criterios, aunque su denominación más común es *regla de los tres pasos*.

do en un criterio universalmente aceptado para saber qué restricciones son admisibles y cuáles no. “La regla de los tres pasos constituye sin duda el más importante principio en el tema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, no solo porque define su alcance y contenido, sino porque además orienta la tarea de los legisladores a la hora de regular la materia”.¹⁰⁹

A pesar de que la aparición de la regla de los tres pasos fue tardía en la evolución del derecho autoral, tal figura creció considerablemente en unas pocas décadas, tanto en su ámbito de aplicación, como en el número de países que se comprometieron a cumplirla; fenómeno veremos a continuación.

1. Surgimiento de la fórmula de los tres pasos

Cuando se toca el tópico de las restricciones al derecho de explotación en el Convenio de Berna, algunos creen que tal tema no fue abordado por dicho tratado sino hasta la inclusión de la regla de los tres pasos en 1967. Sin embargo, tal afirmación es fácilmente desvirtuable, pues desde su texto original de 1886, el Convenio de Berna contempla restricciones muy puntuales.¹¹⁰

En efecto, desde el texto de 1886, el Convenio de Berna mencionaba el uso libre de obras para fines de enseñanza (artículo 8o. texto original, artículo 10.2 texto vigente) y alusiones a los artículos de actualidad (artículo 7o. texto original, artículo 10 bis.2 texto actual), a las que se le sumaron las restricciones relativas a las conferencias y alocuciones (artículo 2o. bis. 2 texto actual), reseñas de acontecimientos de actualidad (artículo 10 bis.2 texto vigente), y el derecho de cita (artículo 10.1 texto actual).¹¹¹ De todas esas restricciones, sólo la relativa al derecho de cita debe protegerse de *iure conventionis*, las demás son optativas para los países miembros.

¹⁰⁹ Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 8, p. 71.

En igual sentido, Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 32.

¹¹⁰ De hecho, este tratado contiene un catálogo relativamente nutrido respecto de las diversas restricciones que pueden adoptar los estados. *Cfr.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 13.

¹¹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 265, 271 y 272; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 691 a 695; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 100; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 70; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 151 y 152.

Lo relativo a las noticias del día (artículo 2.8), los textos oficiales (artículo 2.4), los discursos políticos y debates judiciales (artículo 2 bis.1), no son propiamente restricciones al derecho de explotación, sino más bien hipótesis de no protección, es decir, casos en que por política pública no se protegen cierto tipo de creaciones (discursos políticos o textos oficiales) o casos donde se establece que la mera información no está protegida (noticias del día). En pocas palabras: cuestiones excluidas *a priori* de la cobertura del derecho de explotación (límites inherentes, les hemos llamado en el presente capítulo).

Sin embargo, además de esas restricciones concretas, el Convenio de Berna formuló una prueba general sobre la posibilidad de establecer restricciones a nivel legislativo. Esto se hizo en 1967 con la regla de los tres pasos, aunque se suele reconocer que la llamada *doctrina de las reservas menores* fue la precursora inmediata de esa regla tripartita. Veamos en qué consiste esa doctrina.

Durante la revisión de Bruselas (1948) del Convenio de Berna, se puso en la mesa de discusión el agregar a ese tratado diversas modalidades del derecho exclusivo de comunicación pública, lo que generó un intenso debate, dado que si bien es cierto que la mayoría de los países miembros ya concedían a los autores la facultad de comunicación pública (o, al menos, sus principales modalidades), también preveían un variado catálogo de casos en donde se podía comunicar públicamente obras sin necesidad de adquirir autorización (ceremonias religiosas, conciertos de bandas militares, eventos con fines de caridad, conciertos públicos en ciertos festivales, etcétera); por lo tanto, se tenía que reconciliar el propósito de regular convencionalmente la comunicación pública y, al mismo tiempo, mantener las restricciones ya previstas en las legislaciones internas de los países miembros. Esto, a su vez, se traducía en la imposibilidad de listar exhaustivamente en el Convenio de Berna todas y cada una de las restricciones contempladas por sus miembros, como tampoco se consideraba admisible incorporar una cláusula general que permitiera todo tipo de restricciones, pues se temía que una disposición de esta clase pudiera incitar a algunos países a incorporar en sus leyes restricciones que no habían previsto antes.¹¹²

Ante este dilema, en el reporte general de la conferencia de Bruselas (1948) se incluyó una *declaración concertada* sobre las “reservas menores”.¹¹³ De acuerdo con dicha declaración, existía la posibilidad de que los países miembros introdujeran “reservas menores” o “medidas excepcionales” en su legislación interna respecto de los —entonces— artículos 11, 11 bis, 11 Ter, 13 y 14 del Convenio de Berna, para admitir excepciones limitadas para el uso de obras en ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades educativas de niños y adultos.¹¹⁴

¹¹² Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 45; y Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 672.

¹¹³ No se trata de lo que en derecho internacional se entiende por reserva, propiamente dicha. En este sentido, el artículo 2.d de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica que por “reserva” se entiende “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

¹¹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 289.

Se ha discutido si las reservas menores sólo aplican en esos tres casos mencionados expresamente en el reporte general, o también a otro tipo de restricciones. En opinión de Ficsor,

De acuerdo con Ficsor, las declaraciones concertadas son fuentes suplementarias y legítimas de interpretación del Convenio de Berna, y dada la manera en que se propusieron, discutieron y adoptaron, forman parte indispensable de ese tratado sobre la posibilidad de realizar restricciones a la facultad de comunicación pública; interpretación que se refuerza con el principio de buena fe. Desde luego, al no ser propiamente una reserva, los países que quieran regular ese tipo de restricciones no tienen que hacer una reserva formal al Convenio de Berna.¹¹⁵

Como observa Senfleben, existe cierta conexión entre la doctrina de las reservas menores y la regla de los tres pasos, que sería adoptada después por el Convenio de Berna. En efecto, en ambos supuestos podemos ver la intención de los estados miembros de que la posibilidad de restringir los derechos de los autores sólo opere en “ciertos casos especiales”; asimismo, durante la conferencia de Bruselas, los países nórdicos insistieron en que, para que una restricción fuera válida, no debería existir fin de lucro, lo que nos recuerda el segundo criterio de la fórmula de los tres pasos: que no se afecte la explotación normal de la obra.¹¹⁶ Así, se puede observar que la esencia de la doctrina de las reservas menores era permitir únicamente restricciones en forma muy limitativa, por lo que dicha doctrina se basa en el llamado principio *de minimis*.^{117 118}

Ahora bien, una vez explicada la doctrina de las reservas menores como antecedente, entremos de lleno al surgimiento de la regla de los tres pasos.

Un aspecto curioso del Convenio de Berna es que, hasta antes de la revisión de Estocolmo (1967), no contenía disposición alguna que hiciera

no se trata de una lista exhaustiva, pero desde luego nos ilustra sobre el carácter menor que deben revestir las utilidades de las obras. *Ibidem*, p. 295.

Sobre las reservas menores en la conferencia de Bruselas, *cf.* también Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 830-833.

¹¹⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 291.

¹¹⁶ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 46.

Asimismo, véase Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 17.

¹¹⁷ Hugenholz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., “Contours of an international instrument on limitations and exceptions”, en Netanel, Neil Weinstock (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 481; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 294; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 47; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 169.

¹¹⁸ Se trata del “principio según el cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas, sintetizado en la máxima *de minimis lex non regit*”. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223. A esta máxima también se le conoce como *de minimis non curat lex*.

Cfr. también Inesi, Andrew, “A theory of *de minimis* and a proposal for its application in copyright”, *Berkeley technology law journal*, vol. 21, núm. 2, 2006, pp. 947 y ss.; y Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 91, p. 23.

referencia expresa al derecho de reproducción,¹¹⁹ mismo que, como vimos en el capítulo segundo de la presente investigación, fue el primer y más importante derecho de autor desde un punto de vista histórico. Esto llevó a que muchos argumentaran que la facultad de reproducción estaba *implícita* en el Convenio de Berna.¹²⁰

De cualquier forma, durante los trabajos preparatorios para la conferencia de Estocolmo, se estableció como uno de los principales propósitos de esa reunión diplomática el incluir el derecho de reproducción en el Convenio de Berna. Empero, eso llevaba al —ya insoslayable— tema de las restricciones a ese mismo derecho. Si no se encontraba una fórmula satisfactoria sobre las restricciones a la facultad de reproducción, difícilmente se lograría incorporar tal facultad al texto convencional.¹²¹

En 1964 se integró un grupo de estudio por BIRPI y el gobierno de Suecia para realizar los trabajos preparatorios para la conferencia de Estocolmo, el cual encontró una situación muy diferente a aquella que derivó en la doctrina de las reservas menores, pues mientras las restricciones nacionales al derecho de comunicación pública eran pocas y compartían una naturaleza *de minimis*, las restricciones al derecho de reproducción existentes en la legislación de los países miembros en 1964, eran tan diversas y numerosas que no podían conjuntarse en un grupo homogéneo. Por lo tanto, se llegó a la conclusión de que era necesario redactar una disposición que cumpliera tanto con el propósito de salvaguardar el derecho de reproducción ante el riesgo de que los países miembros le impusieran toda clase (y cantidad) de

¹¹⁹ Masouyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 61; Ricketson, Sam, “WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, p. 20; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 87; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 3; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 249; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 658; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 69.

¹²⁰ Por ejemplo, Lipszyc considera que el derecho de reproducción estaba implícito en las disposiciones sobre traducción y adaptación (artículos 8o. y 12), y en las que establecían restricciones al derecho de reproducción (artículos 10 y 10 bis). *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 658.

En contra, Ricketson considera que del Convenio de Berna no podía desprenderse la obligación de proteger el derecho de reproducción. *Cfr.* Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119 p. 20.

López Maza coincide con Ricketson, aunque narra que eso no trajo consecuencias prácticas, dado que el derecho de reproducción tenía reconocimiento universal en las legislaciones internas. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 69.

¹²¹ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 47; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91; Sun, Haochen, “Overcoming the Achilles Heel of copyright law”, *Northwestern journal of technology and intellectual property*, Northwestern University, vol. 5, núm. 2, primavera 2007, p. 271.

restricciones, pero que, al mismo tiempo, dejara un margen de libertad a los estados para satisfacer necesidades sociales y culturales.¹²²

Ante tal problemática, el grupo de estudio elaboró un reporte en 1964, en el que incluyó un borrador sobre la disposición relativa a las restricciones al derecho de reproducción, en la cual se dejaba a las legislaciones internas el limitar el reconocimiento y ejercicio del derecho de reproducción, para *propósitos específicos* y bajo la condición de que esos propósitos *no competirían* económicamente con las obras. Aquí encontramos ya el embrión de la fórmula de los tres pasos, pues el requisito de “propósitos específicos” está relacionado con el de “ciertos casos especiales” de la regla tripartita (como ejemplos, el grupo de trabajo mencionó los usos privados, la necesidad de textos para compositores y los intereses de los invidentes); mientras que el requerimiento de “no competencia” vislumbraba el de “no afectación de la normal explotación” de la obra en la regla de los tres pasos.¹²³

Podemos observar que el grupo de estudio se decantó por establecer un criterio general y abstracto sobre las restricciones al derecho de reproducción, dejando de lado la posibilidad de que el Convenio de Berna estableciera un listado de restricciones concretas. De hecho, esta última opción fue rechazada expresamente por el grupo de estudio, pues le generaba temor que los estados miembros copiaran literalmente en sus leyes ese listado convencional, aboliendo los derechos de reproducción que ya se habían otorgado a los autores en algunos países.¹²⁴

En 1965 se forma un comité de expertos gubernamentales, el cual se pronunció a favor de la propuesta del grupo de estudio consistente en regular el derecho de reproducción en el Convenio de Berna. Aunque tuvo algunas observaciones respecto de las restricciones, el comité consideró necesario mencionar los legítimos intereses de los autores e incorporar ejemplos de restricciones concretas. De tal forma, que el comité redactó el siguiente borrador de artículo 9o.:¹²⁵

Se reserva a la legislación de los países de la Unión el permitir la reproducción de tales obras:

- (a) para el uso privado;
- (b) con fines judiciales o administrativos;

¹²² Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 281; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 760; Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 48.

¹²³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 281; y Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, pp. 48 y 49.

¹²⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; y Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 49.

¹²⁵ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 672; Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 50; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 272.

(c) en ciertos casos particulares donde la reproducción no sea contraria a los legítimos intereses del autor y no entre en conflicto con la explotación normal de la obra.¹²⁶

Dicho borrador del comité de expertos se incluyó en el programa de la conferencia de Estocolmo,¹²⁷ en donde generó polémica, pues muchos países querían una fórmula más restrictiva. Por ejemplo, Italia propuso cambiar la expresión “uso privado” por “uso personal”, mientras que Francia prefería la frase “uso individual o familiar”. En cambio, países como la India y Rumania propugnaban por un texto más flexible.

El Reino Unido sugirió desechar los incisos (a) y (b), y toda vez que era prácticamente imposible llegar a un acuerdo sobre un posible listado de restricciones que se incorporaran al Convenio de Berna, el debate comenzó a centrarse en el inciso (c). Así, por ejemplo, Israel criticó la incertidumbre que generaba la redacción, mientras que Alemania propuso incluir la mención de que los autores tenían derecho a obtener una remuneración equitativa.¹²⁸ Por su parte, la delegación de los Países Bajos apuntó que la redacción del texto propuesto era muy “británica”, por lo que no sería de fácil comprensión para jueces de países que siguen la corriente continental.¹²⁹

Al final, el grupo de trabajo sobre las restricciones al derecho de reproducción sugirió al Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo, adoptar la propuesta del Reino Unido con ligeras variaciones.¹³⁰ Por consiguiente, el texto fue aprobado como artículo 9.2 del Convenio de Berna de la siguiente forma:

Artículo 9.1)

[...].

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

¹²⁶ La traducción del inglés es nuestra.

¹²⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; y Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 762.

¹²⁸ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 216; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 673; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 282; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 762; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 50 y 51; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 272.

¹²⁹ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 114.

¹³⁰ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 283; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 5; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 762 y 763; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 72; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 51; Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 273; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

Dicho texto no fue modificado en la revisión de París (1971), por lo que es la disposición vigente hasta ahora, además de que, como se verá más adelante, ha sido retomada en otros tratados sobre la materia. Incluso, autores como Ricketson¹³¹ consideran que a la regla de los tres pasos se le ha llegado a considerar casi como un “texto sagrado”.

La explicación que dio el Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo sobre el artículo 9.2 del Convenio de Berna y, en particular, para el orden de cada uno de los elementos, fue la siguiente:

Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la normal explotación de la obra, la reproducción no es permitida de ninguna manera. Si se considera que esa reproducción no entra en conflicto con la normal explotación de la obra, el siguiente paso sería determinar si perjudica irrazonablemente los legítimos intereses del autor. Sólo si no es ese el caso es posible introducir en ciertos casos especiales una licencia obligatoria o permitir el uso sin necesidad de pago. Un ejemplo práctico sería el fotocopiado para diversos propósitos. Si consiste en producir un gran número de copias, no estará permitido, porque entra en conflicto con la normal explotación de la obra. Si implica más bien un amplio número de copias para su uso en actividades industriales, puede no perjudicar irrazonablemente los intereses legítimos del autor, con tal de que, de conformidad con la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. Si se hace un número pequeño de copias, el fotocopiado estará permitido sin necesidad de pago, particularmente para usos individuales o científicos.¹³²

De dicha explicación y de su devenir histórico, hay un punto muy importante a destacar respecto de la regla de los tres pasos: *aunque su propósito es encontrar un equilibrio entre intereses encontrados, desde sus orígenes enfatizó la prioridad de proteger los intereses económicos del autor.*¹³³

Por otro lado, como bien indica Ficsor, el artículo 9.2 no establece propiamente ninguna restricción al derecho de reproducción, sino que, más bien, determina las reglas para permitir las restricciones al derecho de autor.¹³⁴ O

¹³¹ Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 20.

¹³² La traducción del inglés es nuestra.

¹³³ Sun, Haochen, *op. cit.*, nota 121, p. 274.

¹³⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 280.

En este sentido, Juan José Marín indica que “el test de las tres fases es como mucho un test para controlar la aplicación, la interpretación o quizá, aún antes, la propia existencia de limitaciones y excepciones”. Marín López, Juan José, “El test de las tres etapas y la comunicación pública”, *Revista de Internet, derecho y política*, Universidad Abierta de Cataluña, núm. 1, 2005, p. 24.

En términos similares, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

como se suele decir: la regla de los tres pasos es un “límite a los límites”.¹³⁵

Son varias las observaciones y críticas que deben hacerse al citado artículo 9.2, pero por cuestiones de método las formularemos *infra* en el apartado 6.6 de este capítulo, al valorar la regla de los tres pasos.

Hecho este breve apunte histórico, pasemos ahora a ver cómo se integra y opera esta fórmula de los tres pasos.

2. Contenido de la regla de los tres pasos

La regla de los tres pasos se caracteriza por un dualismo particular, pues, por un lado, procura ser lo suficientemente amplia para cubrir, por lo menos, las restricciones más razonables que ya existían en las leyes internas de los países miembros antes de la Conferencia de Estocolmo de 1967; pero, por otro lado, también buscaba ser lo suficientemente restrictiva para que la situación de los autores no empeorara.¹³⁶

Existe prácticamente unanimidad en la doctrina, en interpretar el artículo 9.2 del Convenio de Berna en el sentido de que establece una prueba o examen integrado por tres criterios, pruebas o pasos, mismos que son:¹³⁷

¹³⁵ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 482; y Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 5.

¹³⁶ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 82.

Cfr. también Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, “Análise sistêmica do sistema nacional de proteção dos direitos autorais: aplicação da doutrina da interpretação consistente e do teste dos três passos para a avaliação das limitações aos direitos autorais”, en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, 2a. ed., Brasil, Juruá, 2008, vol. II, p. 155; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 216; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 759.

¹³⁷ Antequera Parilli, Ricardo, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (Los ‘usos honrados’, el ‘fair use’ y el ‘ius usus innocui’). El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra”, *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor*, Buenos Aires, junio 2006, p. 7; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 516; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 295 y 296; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 136; Griffiths, Jonathan, “The ‘three-step test’ in European copyright law – problems and solutions”, Research paper no. 31/2009, Londres, Queen Mary University of London, 2009, p. 1; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *Harmonizing European copyright law. The challenges of better lawmaking*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009, p. 96; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 46 y 47; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 25; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 34; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 42, p. 79; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 72; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 125; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 3; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

1. Que se trate de determinados casos especiales;
2. Que no se atente contra la explotación normal de la obra, y
3. Que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.¹³⁸

Asimismo, un sector mayoritario de la doctrina coincide en que tales criterios son acumulativos, de forma que sólo serán permitidas restricciones al derecho de explotación que aprueben los tres criterios o pasos, haciéndose un examen progresivo que debe iniciar por el primer paso y concluir con el tercero.¹³⁹ Dicha línea de interpretación encuentra su origen en la explicación que dio el Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo sobre el artículo 9.2 del Convenio de Berna, la cual ya fue reproducida en el apartado previo.

Inclusive, Senfleben indica que el primer paso es la regla básica, mientras que los pasos dos y tres son sólo condiciones que deben aplicarse a la regla básica. Así, la fórmula de los tres pasos estaría integrada por una regla básica (paso uno) y dos condiciones (pasos dos y tres).¹⁴⁰

¹³⁸ Empero, Senfleben explica que algunos comentaristas del Convenio de Berna hablan sólo de dos condiciones, ignorando o dando poca importancia al primer paso. *Cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 126.

Un ejemplo de esta postura lo podemos encontrar en la clásica obra de Delia Lipszyc, en la que se afirma que el artículo 9.2 del Convenio de Berna “establece dos condiciones acumulativas: la reproducción no debe atentar contra la explotación normal de la obra y tampoco debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 695.

De la misma manera, encontramos a Masouyé, quien indica que el artículo 9.2 citado “contiene dos exigencias que se acumulan: se requiere a la vez que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra y no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. *Cfr.* Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63.

En igual sentido, véase Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93.

¹³⁹ Ginsburg, Jane C., “Toward supranational copyright law? The WTO panel decision and the ‘three-step test’ for copyright exceptions”, papel de trabajo núm. 181 de la Escuela de Derecho de Columbia, para su publicación en la *Revue internationale du droit d’auteur*, enero 2001, p. 12; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, pp. 694 y 695; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 126; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 47; Mazziotti, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlín, Springer, 2008, p. 81; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 125; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 3; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

Casas Vallés explica que la denominación misma de la regla “hace casi inevitable entender la prueba como una escalera cuyos peldaños han de ascenderse de forma sucesiva y de manera completa. Ésa es la lectura ortodoxa, sin perjuicio de eventuales variantes en cuanto al tamaño relativo o la configuración de los peldaños”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670.

¹⁴⁰ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 125-127.

Sin embargo, hay que destacar la existencia de un sector minoritario que propone interpretaciones o lecturas diversas al artículo 9.2, incluyendo lo que se suele llamar la “regla de los tres pasos inversa”. Estas posturas las tratamos en el capítulo quinto de la presente investigación, a donde remitimos al lector para más información.

Pasemos ahora a ver el impresionante fenómeno de la expansión que ha tenido esta regla de los tres pasos.

3. *Su adopción en los tratados de comercio internacional y en el TODA. Su ampliación a todas las facultades del derecho de explotación*

Prevista originalmente en términos muy limitados (sólo estaba en el Convenio de Berna y únicamente era aplicable a la facultad de reproducción), la regla de los tres pasos tomó nuevos bríos (y mayor impacto) en los tratados de comercio internacional relacionados con la propiedad intelectual y en el TODA.¹⁴¹

En efecto, en el ADPIC (1994) se regularon los derechos de autor, y particularmente, en su artículo 13 se adoptó la fórmula de los tres pasos en los siguientes términos: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

En esta disposición encontramos dos diferencias substanciales respecto del artículo 9.2 del Convenio de Berna. La primera es que mientras la regla de los tres pasos sólo es aplicable al llamado derecho de reproducción en el Convenio de Berna, en el ADPIC extiende su aplicabilidad a toda facultad del derecho de explotación y no sólo a la reproducción.¹⁴² La segunda diferencia es que, en el tercer paso, el Convenio de Berna se refiere a los “intereses legítimos *del autor*”, mientras que el ADPIC habla de “los intereses

¹⁴¹ En palabras de Casas, se trata de una progresión exitosa pero inesperada, posiblemente fruto más de un accidente que de un designio. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 671.

¹⁴² Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 2004, p. 53; Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, *op. cit.*, nota 136, p. 156; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 217; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 675; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 3, p. 88; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 302 y 517; Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2009, p. 119; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 294; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 20; Lepage, Anne, *op. cit.*, nota 27, p. 9; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 81; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 73.

legítimos *del titular de los derechos*".¹⁴³ Esto nos demuestra algo de lo que ya hablamos en el capítulo previo de esta investigación: que el ADPIC no refleja a cabalidad la visión humanista de los derechos de autor (que sí encontramos en otros ordenamientos, como el Convenio de Berna, el PIDESC o la mayor parte de las legislaciones nacionales en la materia).¹⁴⁴

Otro aspecto interesante del ADPIC, es que la expansión de la regla de los tres pasos llegó también a otras figuras del derecho intelectual, como sucedió con las patentes y los diseños industriales. En efecto, el artículo 30 del ADPIC (mismo que establece las restricciones a las patentes)¹⁴⁵ es casi una copia al carbón del artículo 13 del mismo convenio, con la única diferencia de que al final le agrega la siguiente mención: "teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros". Lo mismo aconteció en el artículo 26.2 del ADPIC, respecto a las restricciones a la protección de los diseños industriales. En cambio, en relación con las marcas, el ADPIC no adopta la regla de los tres pasos, sino una formulación aparentemente más flexible.¹⁴⁶ Asimismo,

¹⁴³ Véase Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 8; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 20.

De acuerdo con Ficsor, esto no hace mayor diferencia, pues el Convenio de Berna no sólo aplica a los derechos de los autores, sino a los derechos de otros titulares. Para sustentar tal afirmación, dicho jurista invoca el artículo 2.6 de tal tratado, disposición que habla de la protección a los derechohabientes del autor. *Cf.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 302. Esta opinión es compartida por López Maza (*op. cit.*, nota 11, p. 74).

Sin embargo, si el Convenio de Berna habla de los "intereses del autor", y esos intereses son tanto morales como económicos, no es difícil concluir que para el tercer paso deben tomarse en cuenta los intereses no pecuniarios del autor. En cambio, si el ADPIC se refiere a los "intereses del titular" y el autor ya transmitió su derecho de explotación, es más difícil traer a colación los intereses morales, dado que los titulares derivados sólo adquieren el derecho de explotación (intereses económicos), no el derecho moral (intereses no económicos). En este sentido, véase Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 675.

Sobre la incidencia de los derechos morales en la regla de los tres pasos, véase *infra* la letra C, del número 4, del presente capítulo.

¹⁴⁴ En éste sentido, Senfleben indica que: "the term 'right holder' reflects the general orientation of the TRIPs Agreement. The protection of copyright is subjected to the primary objective to foster international trade. Accordingly, the Agreement is not concerned with the person of the author, as creator of literary and artistic works. First and foremost, it simply focuses on those instances allowing a work to enter the market and take part in international trade". Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 224.

¹⁴⁵ Tal artículo dispone lo siguiente: "Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros".

¹⁴⁶ El artículo 17 del ADPIC indica: "Los Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros".

en materia de derechos conexos el ADPIC remite a las restricciones de la Convención de Roma y no adopta la prueba de los tres pasos.¹⁴⁷

Con evidente influencia del ADPIC,¹⁴⁸ el TLCAN también incorporó la regla de los tres pasos en su capítulo de propiedad intelectual, como se puede observar en su artículo 1705.5: “Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”.

De igual forma, y siguiendo el modelo del ADPIC, el TLCAN incorpora la regla de los tres pasos en materia de patentes, como se desprende de su artículo 1709.6, y en materia de diseños industriales, como se aprecia en su artículo 1713.4. En cambio, y a diferencia del ADPIC, el TLCAN sí aplicó la regla de los tres pasos a los derechos conexos del productor de fonogramas, como se puede observar en su artículo 1706.3.¹⁴⁹ Disposiciones como las ya citadas, se replican en el resto de los tratados de libre comercio de los que México es parte, así como en el borrador del ALCA.¹⁵⁰

Sin embargo, la ampliación de la fórmula de los tres pasos a todas las facultades del derecho de explotación de autor (y no sólo a la de reproducción) no fue un fenómeno privativo de los tratados de comercio internacional, pues así sucedió también con el TODA (1996), como se puede constatar en su artículo 10:

¹⁴⁷ El artículo 14.6 del ADPIC establece que: “En relación con los derechos conferidos por los anteriores párrafos 1 a 3 —que son los que establecen la protección a los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión—, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones, y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma”.

Erróneamente, Correa señala que el ADPIC hace aplicable la regla de los tres pasos a los derechos conexos. *Cfr.* Correa, Carlos, *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 69.

¹⁴⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 35.

¹⁴⁹ “Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal del fonograma ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”.

¹⁵⁰ *Cfr.* Mier y Concha Segura, Jorge, “Comentarios a raíz del segundo borrador del capítulo de derecho de propiedad intelectual en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)” en Witker, Jorge (coord.), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 128.

Artículo 10 Limitaciones y excepciones

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Empero, la redacción del TODA se acerca más a la teleología de la materia autoral al referirse a los intereses del *autor*, y no a los del *titular de derechos* (como hace el ADPIC). Asimismo, paralelamente al TODA, diversos estados suscribieron el TOIEF, cuyo artículo 16.2 hace aplicable la fórmula de los tres pasos a los derechos conexos.¹⁵¹

Por todo lo anterior, Daniel Gervais considera que la regla de los tres pasos se ha convertido en la piedra angular para las restricciones de casi todos los derechos de propiedad intelectual previstos a nivel internacional.¹⁵² Dicho fenómeno es criticado por De Oliveira, pues estima que se trata de una regla que fue creada sólo para la facultad de reproducción, y que ha sido adoptada sin mayor reflexión en otros ámbitos.¹⁵³

En fin cabe destacar que la regla de los tres pasos también ha sido adoptada en el derecho comunitario, tanto por la Unión Europea,¹⁵⁴ como por la Comunidad Andina.¹⁵⁵

¹⁵¹ “Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

Cfr. De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 93; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 73; y Vázquez López, Víctor, *op. cit.*, nota 21, p. 300.

¹⁵² Gervais, Daniel J., “Towards a new core international copyright norm: the reverse three step test”, *Marquette intellectual property law review*, vol. 9, núm. 1, 2005, p. 13.

¹⁵³ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 94.

¹⁵⁴ Concretamente, en las directivas de *software* (artículo 6.3), de bases de datos (artículos 6.3, 7.5 y 8.2 —estos dos últimos artículos aplican la regla, ya no a los derechos de autor, sino a otro derecho muy particular, que es el derecho *sui generis* sobre las bases de datos—), y la de la sociedad de la información (artículo 5o.5).

¹⁵⁵ Decisión 351 (artículo 21).

A continuación diseccionaremos la referida regla, paso por paso, para ver cómo ha sido interpretada.

4. *Análisis de cada uno de los tres criterios*

En los apartados precedentes ya vimos cómo está integrada la regla o fórmula de los tres pasos; ahora veremos cuál es el alcance de cada uno de los tres criterios que la conforman.

Lo anterior no es nada fácil, pues, como se ha reconocido, cada criterio presenta sus propios problemas de interpretación.¹⁵⁶ En efecto, prácticamente todos los vocablos clave de la fórmula de los tres pasos están afectados de *ambigüedad semántica*,¹⁵⁷ pues palabras como “casos”, “especiales”, “explotación”, “normal”, “injustificado”, “intereses” o “legítimos” admiten diversos sentidos. Desde luego, esta problemática se encuentra también presente en los textos en francés y en inglés del Convenio de Berna,¹⁵⁸ así como en el ADPIC y el TODA.¹⁵⁹

Como consecuencia, no hay unanimidad sobre la correcta interpretación de la regla de los tres pasos. Más bien acontece lo contrario, ya que debido al excesivo número de expresiones ambiguas, se han generado los más diversos y variados resultados interpretativos.

Las interpretaciones realizadas a la regla de los tres pasos han sido predominantemente académicas (y por ende, especulativas en cierta medida),¹⁶⁰

¹⁵⁶ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 763; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; y De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 99.

¹⁵⁷ La ambigüedad semántica es una propiedad presente en vocablos cuyo significado admita una pluralidad de respuestas. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “Problemas de interpretación”, en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Miguel Carbonell, 5a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 63.

¹⁵⁸ Aunque originalmente el texto auténtico del Convenio de Berna era únicamente el francés, en la actualidad el texto en inglés también ha llegado a ser auténtico, como se desprende de su artículo 37.1.a, aunque en caso de discrepancia en la interpretación de ambos textos, hace fe el francés (artículo 37.1.c de dicho tratado).

¹⁵⁹ El artículo 24.1 del TODA establece: “El presente Tratado se firmará en un solo ejemplar original en español, árabe, chino, francés, inglés y ruso, considerándose igualmente auténticos todos los textos”.

Por su parte, el Acuerdo de Marrakech constitutivo de la OMC concluye señalando que fue firmado el 15 de abril de 1994 en un solo ejemplar en inglés, francés y español, siendo auténtico cada texto. Y toda vez que el ADPIC es el Anexo 1 C de ese tratado, podemos concluir con Senfleben, que la misma regla aplica para la determinación de los textos auténticos del ADPIC. *Cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 113 y 114.

¹⁶⁰ En este sentido, Tamayo y Salmorán explica que: “la interpretación no orgánica no se traduce en materiales jurídicos, entonces la significación, producto de esa interpretación,

pues en los foros internacionales no se han generado muchas oportunidades para pronunciamientos sobre el particular. De hecho, como refieren Hugenholtz y Okediji,¹⁶¹ el organismo competente para interpretar el Convenio del Berna y el TODA es la Corte Internacional de Justicia, tribunal al que nunca se le ha planteado algún asunto con base a esos tratados.¹⁶² Caso excepcional es el del panel de la OMC promovido por la Unión Europea en contra de los EUA,¹⁶³ la cual constituye la primera interpretación orgánica a nivel internacional; razón por la que esta decisión se ha convertido en una referencia obligada acerca de la interpretación de la regla de los tres pasos.¹⁶⁴

En dicho caso se sometió a examen, ante el órgano de solución de controversias de la OMC,¹⁶⁵ la reforma que en 1998 hicieron los EUA para

no es parte de la experiencia jurídica, es decir, no es derecho (éste se agota con los materiales que constituyen la experiencia jurídica). La interpretación no orgánica es sólo significación (cognición, descripción, valoración, etcétera) del derecho”. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, reimp. de la 2a. ed., Themis, 2003, p. 328.

Empero, esto encuentra matices en el derecho internacional, ya que el artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que dicho tribunal puede resolver controversias aplicando como medio auxiliar “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, lo que ha llevado a considerar determinada doctrina como fuente del derecho internacional. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 50.

Asimismo, nuestro poder judicial de la federación cada vez le está dando más peso a la doctrina, pero sin llegar a considerarla fuente del derecho, propiamente dicha.

¹⁶¹ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 486.

¹⁶² En el mismo tenor, Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 674.

¹⁶³ Caso *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, reporte de 15 de junio de 2000, documento WT/DS160/R. En adelante citaremos esta resolución como “Informe del Grupo Especial de la OMC”.

¹⁶⁴ En este sentido, véase Gaubiac, Yves, “Las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, junio 2003, pp. 1 y 2.

¹⁶⁵ El artículo 64.1 del ADPIC establece que para la solución de controversias, resulta aplicable el mecanismo previsto en los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994.

Por su parte, el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias* (Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech) establece un organismo de solución de controversias que tiene diversas funciones (por ejemplo, hacer consultas, buenos oficios, conciliación, mediación, etcétera), entre ellas, formar grupos especiales (paneles) a petición de la parte demandante. Estos grupos especiales conducirán un procedimiento en donde emitirán un reporte o informe que se envía al organismo de solución de diferencias para su adopción, a no ser que una parte apele ese informe o el organismo de solución de controversias decida, por consenso, no adoptar el informe (véase principalmente, los artículos 2o., 6o., 7o., 11, 12 y 16 del citado entendimiento).

Para más detalles sobre el mecanismo de solución de controversias en la OMC, *cf.* Bhalla, Raj, y Kennedy, Kevin, *World trade law*, EUA, Lexis law publishing, 1998, pp. 26 y ss.; y

introducir, en su *Copyright Act*, ciertas restricciones para la comunicación pública de obras musicales, consistentes básicamente en: (a) la comunicación de una transmisión pública recibida en un solo aparato de aquellos que comúnmente se utilizan en el hogar, a menos que se cobre directamente por acceder a esa transmisión o se realice una retransmisión (es lo que se suele llamar la “excepción casera”);¹⁶⁶ y (b) la comunicación que un pequeño establecimiento haga de una transmisión de obras musicales no dramáticas y obras audiovisuales, bajo ciertas condiciones (a esta se le conoce como la “excepción empresarial”).¹⁶⁷

En este sentido, el 15 de abril de 1999 la Unión Europea solicitó la integración de un panel, pues, a su entender, el artículo 110.5 de la *Copyright Act* de EUA constituía una violación al ADPIC (concretamente, a su artículo 9.1 en relación con los artículos 11.1 y 11 bis.1 del Convenio de Berna). Por su parte, los EUA se defendieron alegando que su legislación era plenamente compatible con las obligaciones derivadas del ADPIC, y en particular, que el referido artículo 110.5 cumple con el artículo 13 del ADPIC (regla de los tres pasos).¹⁶⁸ Al final, el Grupo Especial de la OMC resolvió que la excepción casera sí cumplía con la prueba de los tres pasos, más no así la excepción empresarial.¹⁶⁹

González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, 2a. ed., Porrúa, 2008, pp. 547 y ss. Y para mayores especificaciones en el ámbito del ADPIC, *cf.* Mota, Sue Ann, “TRIPS: Ten years of disputes at the WTO”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. IX, núm. 3, verano 2005, pp. 462 y ss.

¹⁶⁶ Esta restricción se incorporó a la ley como consecuencia del caso *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, resuelto por la Suprema Corte de EUA en 1975, en el que se dijo que el dueño de un pequeño restaurante no debía pagar por la música que sonaba en su local a través de un radio con cuatro bocinas. El argumento es que el tamaño del local no era lo suficientemente grande para justificar la suscripción de licencias musicales (véase cómo la justificación de esta restricción es una falla de mercado).

Como dato adicional, destaca que nuestra LFDA contempla una restricción similar en su artículo 150; pero dados los términos de su redacción, es más bien una restricción al derecho de regalías por comunicación pública, y no tanto, al derecho de explotación.

¹⁶⁷ Para ambos casos, *cf.* el artículo 110.5 de la *Copyright Act* de EUA.

¹⁶⁸ Informe del Grupo Especial de la OMC, pp. 1, 6 y 7.

Cfr. también Brennan, David J., *Retransmission and US compliance with TRIPS*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003, p. 79; Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, pp. 3-5; Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 164, pp. 3-5; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 142, pp. 86 a 88; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 34 y 35; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 73 y 74.

¹⁶⁹ Lapter, Alain J., “The WTO’s dispute resolution mechanism: does the United States take it seriously? A TRIPS Analysis”, *Chicago-Kent journal of intellectual property*, Chicago, vol. 4, núm. 2, primavera 2005, p. 218; Brennan, David J., *op. cit.*, nota 168, pp. 79 y 88; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, pp. 677 y 678; Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 164, p. 16.

Por lo tanto, para intentar desentrañar el sentido de cada uno de los requisitos de la regla de los tres pasos, a continuación estudiaremos cada uno de los criterios establecidos en ese *test*, indicando las principales interpretaciones doctrinales, así como la del Grupo Especial de la OMC, a lo que añadiremos observaciones y comentarios propios.¹⁷⁰

A. Primer paso

Como ya vimos, el primer paso o prueba consiste que la restricción al derecho de explotación aplique a “determinados casos especiales” (Convenio de Berna) o “ciertos casos especiales” (TODA). La doctrina, con el fin de hacer un análisis escalonado de este primer paso, ha considerado preponderante que las palabras clave de este paso son: “determinados” (*certain* en inglés, *certain* en francés) y “especiales” (*special* en inglés, *spéciaux* en francés). Dicho sector de la academia suele entender las expresiones “determinados”, “*certain*” y “*certain*” en el sentido de que las restricciones al derecho de explotación deben ser precisas y estar fijadas limitativamente, es decir, que deben estar circunscritas.¹⁷¹ En opinión de Ricketson, esta interpretación parece ser consistente con el propósito del Convenio de Berna: proteger los derechos de los autores sobre sus obras.¹⁷²

Empero, hay quienes estiman que la expresión “determinados” no impone un requisito adicional al de que los casos sean “especiales”. En este sentido, Senfleben argumenta que la expresión “determinados casos especiales” simplemente significa “algunos casos especiales”, sustentando tal afirmación en que, en la conferencia de Estocolmo, la palabra “determinados” (y sus correlativas en otros idiomas) se insertó en el Convenio de Berna porque sus redactores tenían en mente las diversas restricciones al derecho de reproducción que en esa época existían en las leyes nacionales.¹⁷³

Por tal motivo, Senfleben critica posturas como las de Ficsor, Reinbothe y Von Lewinski, en las que se considera que el primer paso implica

¹⁷⁰ La regla de los tres pasos ha llegado, eventualmente, a ser interpretada por tribunales nacionales, pero además de que dicha interpretación no es la definitiva desde un punto de vista internacional, los resultados interpretativos han sido muy variados y diferentes. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 486.

Asimismo, véase *infra* el número 5 del presente subcapítulo, en relación a la recepción de la regla de los tres pasos en el derecho interno de algunos países.

¹⁷¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 516; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 34; Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 21; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 161.

¹⁷² Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22.

¹⁷³ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 134.

que los usos permitidos de las obras deben ser específicos, es decir, precisos y determinados restrictivamente, pues esa es una interpretación muy propia de la familia de países romanistas, excluyendo los sistemas abiertos adoptados en los países de *common law* (los cuales automáticamente incumplirían el primer paso de la regla de los tres pasos).¹⁷⁴

De esta forma, el autor en glosa concluye que las restricciones *no necesitan estar definidas en forma precisa y limitativa*, sino que lo que debe suceder es que las restricciones estén previstas de tal forma que pueda preverse si cierto uso de una obra está sujeto o no al control del autor; lo cual puede lograrse no sólo a través de la legislación, sino también por determinación de los tribunales.¹⁷⁵

Por su parte, el Grupo Especial de la OMC adopta la postura de la doctrina predominante y hace un estudio escalonado del primer paso, para analizar primero el alcance de la expresión “determinados”, para luego hacer lo correspondiente con el término “especiales”. Respecto del primer vocablo a examen, el panel hace un análisis del significado de la palabra “*certain*” en el *Diccionario Oxford del Inglés*,¹⁷⁶ concluyendo que, bajo el primer paso de la regla de los tres pasos, un límite al derecho en la legislación nacional debe estar *claramente definido*, sin que eso implique que existe necesidad de identificar expresamente todas y cada una de las posibles situaciones a las que aplicará dicho límite.¹⁷⁷

En otro orden de ideas, la segunda palabra clave de este primer paso, es “especiales”. La *especialidad* de un caso puede abordarse desde un enfoque cuantitativo o desde uno cualitativo. Desde el punto de vista *cuantitativo*, un caso será especial cuando la restricción afecta a una sola persona, cosa o circunstancia, o tiene una aplicación, objeto o intención de carácter individual, particular o limitada; es decir, “especial” sería algo que significara una pequeña parte del total. En cambio, desde un punto de vista *cualitativo*, la

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 135.

En esta tónica explica Casas Vallés: “Resultaría paradójico que una fórmula de origen británico e ideada para eludir los listados acabara con el *fair deal* o, al menos, con el más abierto *fair use*”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 698.

Paradoja que también se puede sacar a colación de la inserción de la regla de los tres pasos en el TLCAN; inserción impulsada principalmente por los EUA.

¹⁷⁵ Senfileben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 137.

Sin embargo, esta interpretación encuentra como obstáculo —no necesariamente insalvable— que el artículo 9.2 del Convenio de Berna “reserva a las *legislaciones* de los países” la posibilidad de restringir la facultad de reproducción, por lo que, en principio, podría concluirse que sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación, y no así los jueces.

¹⁷⁶ Dicho significado es: “known and particularised, but explicitly identified”, “determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact”.

¹⁷⁷ Informe del Grupo Especial de la OMC, p. 32.

expresión “especial” se refiere a la situación de que algo pueda separarse de otras cosas de su especie por algunas cualidades o características distintivas, lo que significa que se debe dar a una restricción al derecho de explotación una justificación lo suficientemente fuerte.¹⁷⁸

En la doctrina, destacan las posturas que adoptan el criterio cualitativo. Uno de los autores más representativos de esta postura era Ricketson, quien en su obra *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*¹⁷⁹ consideró que la expresión “determinados casos especiales” significa que debe existir algún “propósito especial” o justificación subyacente a las restricciones que regulen los países, por lo que no basta cualquier propósito, sino que ese propósito debe ser “especial”. Esto implica que la restricción al derecho debe estar justificada por una *clara razón de políticas públicas* o por alguna otra circunstancia excepcional. Esta conclusión es aceptada expresamente por Ficsor,¹⁸⁰ por Reinbothe¹⁸¹ y por Von Lewinski.¹⁸²

Sin embargo, el propio Ricketson se retractaría de su opinión; esto como consecuencia de las observaciones de la profesora Jane Ginsburg. De acuerdo con dicha académica de la Universidad de Columbia, la historia de la redacción del artículo 9.2 del Convenio de Berna demuestra que la expresión “determinados casos especiales” no tiene un contenido normativo, dado que el término “normal explotación” (relativo al segundo paso de la regla) se incluyó con el propósito de dar cabida a las restricciones al derecho de reproducción que ya existían a nivel nacional en 1967, y no resulta claro que todas esas restricciones preexistentes tuvieran un fundamento en políticas públicas. Si se toma en cuenta que la regla de los tres pasos establece un análisis jerárquico en donde se debe de superar el primer paso para poder entrar a los siguientes dos, y si además se considera que los redactores del artículo 9.2 postulaban que las restricciones entonces existentes a nivel nacional eran compatibles con la “normal explotación” de la obra (segundo paso), se colige que esas restricciones eran ya consideradas “casos especiales” (primer paso), aunque no todas tengan una justificación de po-

¹⁷⁸ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 137; y Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 699.

¹⁷⁹ La Haya, Kluwer Law, 1987, p. 482; citado por Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22; por Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 764; por Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 284; y por Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 135.

¹⁸⁰ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 284 y 516.

¹⁸¹ Reinbothe, Jörg, y Von Lewinski, Silke, *The WIPO treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty – Commentary and legal analysis*, Reino Unido, Butterworths, 2002, p. 124; citados por Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 765; y por Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 135.

¹⁸² *Idem*; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 161 y 162.

líticas públicas. De ahí que la expresión “casos especiales” abarque tanto restricciones meritorias como otras no tanto, siempre y cuando todas sean suficientemente limitadas.¹⁸³

En este sentido, Ricketson reconoce que su opinión previa respecto a que el requisito de estar ante “casos especiales” equivalía a una justificación de políticas públicas, era aislada y destacaba sólo por el silencio de la mayoría de los comentaristas al Convenio de Berna (aunque tuvo, como ya vimos, cierta acogida entre los más prestigiados comentaristas del TODA). Y luego de analizar los argumentos de Ginsburg, Ricketson considera que no hay muchas razones para mantener su postura previa, pues los trabajos preparatorios de la revisión de Estocolmo demuestran que no todas las restricciones previstas a nivel nacional antes de la formulación del artículo 9.2 del Convenio de Berna se caracterizan por tener una clara justificación de políticas públicas (y pone como ejemplo el listado incluido por el Grupo de Estudio en 1964, que abarca restricciones tales como el “uso privado”, el “uso efímero” y el “texto de las canciones”), sino que más bien se buscó una fórmula que abarcara restricciones justificadas tanto por políticas públicas como por otras causas. De esta manera, Ricketson ahora considera que la expresión “determinados casos especiales” significa que las restricciones deben ser *finitas y limitadas en cuanto a su alcance*.¹⁸⁴

Por su parte, Senfleben adopta el criterio cualitativo, basándose en Fisor, Reinbothe, Von Lewinski, y principalmente, en las ideas originales de Ricketson. A decir de Senfleben, dado el contexto del Convenio de Berna y del TODA, lo que se busca con las restricciones al derecho de explotación es encontrar un equilibrio entre los intereses de los autores y otros importantes valores en la sociedad, lo que nos demuestra qué clase de justificaciones son las que están detrás de las mencionadas restricciones.¹⁸⁵

¹⁸³ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, pp. 11 y 12.

¹⁸⁴ *Cfr.* Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 22; y Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 765-767.

La ventaja de este criterio es que permite continuar con el análisis de una restricción y evita que ciertas restricciones tradicionales no aprueben el primer paso. En tales casos, la salvación de esas restricciones depende de que estén acompañadas de una remuneración económica, cuestión que tradicionalmente entra en juego hasta el tercer paso. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 700.

¹⁸⁵ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 144-149.

Asimismo, Hugenholtz y Okediji indican que la sola presencia de un propósito especial o específico que justifique la restricción, es más que suficiente para aprobar el primer paso. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 487.

En igual sentido, véase Gervais, Daniel J., *op. cit.*, nota 152, pp. 15 y 16; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 54.

Creemos que no hay mayor discusión en qué tipo de valores y principios deben fundamentar las restricciones al derecho de explotación, el problema es determinar en qué paso o etapa de la regla de los tres pasos debe hacerse la valoración de esas justificaciones, pues como vimos, Ginsburg y Ricketson estiman que debe hacerse en el segundo y tercer pasos¹⁸⁶ (y por lo tanto, darle otro alcance a la expresión “casos especiales”), mientras que Senftleben considera que debe hacerse en el primer paso.¹⁸⁷

Por lo que hace al Grupo Especial de la OMC, también recurre al *Diccionario Oxford* para desentrañar el significado del vocablo “*special*”,¹⁸⁸ lo cual lo lleva a concluir que se requiere más que una clara definición de la restricción al derecho, sino que también debe ser limitada en su campo de aplicación o excepcional en cuanto a su alcance, es decir, la restricción debe ser *reducida*, tanto desde un punto de vista *cuantitativo* como desde un punto de vista *cualitativo*. Además, el panel expresamente indica que el término “determinados casos especiales” no es equivalente a “propósito especial”, rechazando así el pensamiento previo de Ricketson, al cual le reconoce estatus de fuente del derecho internacional (en términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) pero se aparta de esa fuente invocando que debe existir cautela cuando se interpreta un término creado en el contexto del derecho de reproducción para ser aplicado al contexto de otros derechos exclusivos. Asimismo, el Grupo Especial invoca precedentes de la OMC en donde se rechaza valorar los propósitos u objetivos buscados por la legislación nacional (es decir, se evita evaluar las políticas públicas de los estados miembros de la OMC).¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 766 y 767.

¹⁸⁷ De conformidad con este jurista —y como explicamos más adelante *infra* en la letra C del número 4 del subcapítulo VI— el tercer paso de la regla de los tres pasos se refiere al principio de proporcionalidad, en donde se ponderarán los intereses legítimos del autor. ¿Y contra qué se ponderarán esos intereses? Senftleben responde afirmando que contra los intereses contrapuestos de acceso a las obras, es decir, contra “determinados casos especiales” que deben estar debidamente justificados a la luz de las políticas públicas. De ahí que concluya la importancia de hacer un escrutinio de la justificación de esos casos en el primer paso, para poder estar en aptitud de realizar la ponderación del tercer paso. *Cfr.* Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 153.

¹⁸⁸ Que es: “having and individual or limited application or purpose”, “containing details; precise, specific”, “exceptional in quality or degree; unusual; out of the ordinary” o “distinctive in some way”.

¹⁸⁹ Informe del Grupo Especial de la OMC, pp. 32 y 33.

Respecto del caso concreto que se sometió a consideración del panel, este concluyó que la *excepción empresarial* no podía considerarse un determinado caso especial en términos del artículo 13 del ADPIC, dado que el porcentaje de establecimientos que se beneficiaban de esa restricción son una amplia mayoría en EUA, por lo que no hay forma de considerar que

La determinación del Grupo Especial de la OMC ha sido muy criticada. Por ejemplo, Senftleben advierte las inconsistencias en el razonamiento del panel, pues aunque ese órgano colegiado inicia su análisis diciendo que se deben tomar en cuenta aspectos cuantitativos y cualitativos, inmediatamente olvida esa premisa y el resto de su motivación la basa exclusivamente en aspectos cuantitativos. De acuerdo con el autor en glosa, el rechazo para examinar las políticas públicas que hizo el Grupo Especial es entendible, dado que se trató de un foro en materia de comercio internacional, pero esto se tradujo en un sacrificio del criterio cualitativo en pos de la soberanía de los estados.¹⁹⁰

A mayor abundamiento, si bien los porcentajes manejados por el panel son tan amplios que parecen convincentes en relación a que la restricción ampara la mayoría de los usos cubiertos por el derecho respectivo, Senftleben advierte que el punto de partida del Grupo Especial es el inciso (iii) del artículo 11 bis.1 del Convenio de Berna, el cual sólo contempla una modalidad muy menor de la facultad de comunicación pública (comunicación por bocinas de obras radiodifundidas), por lo que, a lo mejor, un análisis cuantitativo de los usos amparados por la restricción juzgada no hubiera sido tan contundente si se tomaba como parámetro la facultad general de comunicación pública y no sólo la modalidad de comunicación por bocinas de obras radiodifundidas.¹⁹¹⁻¹⁹² Y luego de afirmar que, en la mayoría de los casos, no es fácil medir cuantitativamente el alcance de ciertos usos de una obra, Senftleben concluye:

A mere quantitative inquiry is manifestly unsuitable. In cases where a limitation serves socially valuable ends, the first criterion would be blinded to the crucial importance of the limitation and the legitimacy of the underlying public policy considerations. Instead, the limitation probably not survive the quantitative scrutiny and be rendered incapable of fulfilling the first criterion.¹⁹³

una ley que concede una exención a la mayor parte de usuarios pueda considerarse un caso especial (*ibidem*, p. 37). En cambio, con relación a la *excepción casera*, el panel estimó que sí aprobaba el primer paso, dado que los establecimientos que pueden beneficiarse de ellas son una minoría (*ibidem*, pp. 41 y 42).

¹⁹⁰ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 140.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 142.

¹⁹² Debemos recordar que en el Convenio de Berna no regula las diversas facultades del derecho de explotación en forma sistemática y armónica, pues su incorporación fue progresiva y fragmentada como fruto de las negociaciones de diversas conferencias diplomáticas. Por lo tanto, las diferentes modalidades de la facultad de comunicación pública se encuentran dispersas en varios numerales de ese tratado. En cambio, en el artículo 8o. del TODA sí se contempla una facultad general de comunicación pública, la cual abarca todas las modalidades de esta forma de explotación.

¹⁹³ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 144.

Como se puede observar, no hay consenso sobre cuál es el estándar fijado por el primer paso,¹⁹⁴ pues algunos lo interpretan como la necesidad de una clara definición y limitación del alcance de la restricción al derecho de explotación, mientras que otros estiman que basta sólo encontrar una justificación válida para restringir el derecho. La segunda interpretación es más flexible, pues abre la puerta a mayor número de restricciones al derecho de explotación (incluso, podría decirse que es de corte neoconstitucionalista); mientras que la primera interpretación es más estricta, cerrando la puerta a algunas restricciones al derecho de explotación, pero está basada en un sólido argumento de carácter histórico.

B. Segundo paso

El segundo criterio de la regla de los tres pasos, consistente en que “no se atente contra la explotación normal de la obra”, genera opiniones muy encontradas, pues para algunos es el paso más importante,¹⁹⁵ y para otros es el más polémico.¹⁹⁶ Y es que el segundo paso nos pone en la mesa el tema de los aspectos económicos del derecho de explotación, los que toman aquí una posición central. La pregunta —nada fácil de responder— se refiere a cuándo la explotación de una obra es “normal” y, por ende, no puede ser afectada por una restricción al derecho de explotación.

Ficsor indica que el vocablo “normal” es un adjetivo que indica que algo es *ordinario, usual, típico, regular*, etcétera. Lo cual puede ser entendido de dos formas diferentes: (1) como una referencia a una conclusión *empírica* sobre lo que es común en cierto contexto o en una determinada comunidad, o (2) como la referencia a algunos estándares *normativos*.¹⁹⁷

El enfoque empírico ha sido criticado por Paul Goldstein dado su carácter circular. En efecto, un autor normalmente explotará sus obras úni-

¹⁹⁴ Coincide en esta opinión, Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 16.

¹⁹⁵ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 767.

De hecho, este es un punto de amplio debate, como nos refiere Casas: “Para algunos, el primer paso es el más importante, como pensaban quienes concibieron la prueba. Para otros, en cambio, el centro de gravedad debe situarse en el segundo. Y, como sabemos, no faltan quienes consideran que, a todo trance, debe llegarse al tercero”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 697.

¹⁹⁶ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 6; y Peukert, Alexander, “A bipolar copyright system for the digital network environment”, en Strowel, Alain (coord.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 164.

¹⁹⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 284.

En el mismo sentido, *cf.* Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 23; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 168; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

camente en los mercados respecto de los que se le han otorgado derechos para controlarlos. De esta forma, por mera definición, los mercados donde el legislador ha concedido la libre explotación de la obra (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación) no se encontrarían dentro del ámbito de la normal explotación de la obra.¹⁹⁸

Para resolver la paradoja que presenta el enfoque empírico (y así romper el círculo), se ha propuesto tomar como punto de partida los mercados de explotación de la obra *antes* de que el sistema jurídico introduzca la restricción al derecho de explotación. Sin embargo, como establece Senftleben, esto no resuelve el problema de fondo. En efecto, un análisis histórico sólo nos mostraría cuál era el mercado normal en un momento dado (por ejemplo, hace 50 años), pero poco nos dice sobre si una restricción introducida hace varias décadas afecta la explotación normal de la obra el día de hoy.¹⁹⁹

Es decir, el segundo paso sólo serviría para impedir la inclusión de restricciones al momento en que el mercado es relevante, pero dejaría abierta la puerta a que se introdujeran restricciones que no afectan mercados relevantes en ese momento, pero que podrían adquirir relevancia en el futuro. Y así se produciría una extraña situación: una restricción no se consideraría jurídicamente como atentatoria contra la normal explotación de la obra, incluso en el caso de que afecte al principal mercado de una obra, por el mero hecho de que la legislación plasmó la restricción antes de que el mercado en cuestión adquiriera relevancia económica.

Ante estos y otros problemas que plantea el enfoque empírico, buena parte de la doctrina se inclina por una visión *normativa* del segundo paso.²⁰⁰

La visión normativa encuentra su punto de partida en la historia de la redacción del artículo 9.2 del Convenio de Berna. El reporte formulado por el Grupo de Estudio de 1964 señaló que, en principio, debían estar reservadas a los autores *todas* las formas de explotación de obras que tuvieran o fuera probable que adquirieran una importancia económica o práctica *considerable*; y, finalmente, en el texto que propusieron para el Convenio de Berna se señá-

¹⁹⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 295.

En este sentido, explica Senftleben: “Uses which are exempted by virtue of a limitation do not form part of an author’s normal mode of exploiting a work. Naturally, authors are not expected to exploit their work in areas which are placed beyond their control by a copyright limitation. Their normal way of deriving economic value from creative works is strongly influenced by the limits set to exclusive rights”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 172.

¹⁹⁹ Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 172 y 173.

²⁰⁰ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 15; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, p. 7; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 285; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 60; Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 119, p. 23; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 176; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

laba que la obra podía reproducirse para propósitos específicos, siempre que tales propósitos no entraran en competencia con las obras.²⁰¹

De esta manera, la referencia tanto a las formas de explotación actuales, como a las potenciales, le añade un elemento dinámico a la visión normativa del segundo paso que no está presente en la visión empírica (que se enfoca, más bien, a los mercados presentes que ya controla el autor). Por lo tanto, bajo esta perspectiva, si una restricción al derecho de explotación ampara un uso que al momento de establecerse la restricción no es tan relevante, pero que posteriormente adquiere importancia, se concluiría que afecta la normal explotación de la obra, y por ende, tal restricción debería reformarse o abolirse.²⁰²

Tomando en consideración lo ya dicho sobre la visión normativa, Ficsor concluye que una restricción entra en conflicto con la normal explotación de la obra si cubre cualquier forma de explotación que ha tenido o es posible que adquiere una importancia tan considerable, que quienes hacen uso de esa restricción pueden entrar en competencia económica con el ejercicio del derecho del autor sobre la obra, es decir, se entra en conflicto con la normal explotación de la obra cuando se menoscaba tal explotación en el mercado.²⁰³

Si bien la conclusión básica de Ficsor es compartida por buena parte de la doctrina,²⁰⁴ se suele matizar para no dejarla tan abierta. En este sentido, Mazziotti nos recuerda que en los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, quedó documentado que no se buscaba reservar a los autores todos y cada uno de los posibles segmentos del mercado, sino sólo los de *considerable importancia* (no sólo económica, sino también práctica).²⁰⁵

Por tal razón, Senfleben rechaza la visión neoliberal que sólo admite restricciones al derecho de explotación donde existen fallas de mercado (y por ende, donde el titular de derecho no puede fácticamente conceder licencias), de manera que, desde su punto de vista, no todo segmento del mercado puede considerarse dentro del concepto “normal explotación”, por lo que para determinar cuáles son los segmentos que tienen importancia considerable, debe tenerse una visión de toda la comercialización de la obra.²⁰⁶

²⁰¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 284 y 285; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 55; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 177 y 178.

²⁰² Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 178; y Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 702.

²⁰³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 285 y 516.

²⁰⁴ Por ejemplo, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 162.

²⁰⁵ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 84.

²⁰⁶ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 183.

De igual forma, López Maza no acepta la postura neoclásica, afirmando: “Si los titulares de derechos pudieran utilizar el conjunto entero de formas de explotación digital, el segundo

Lo que lleva a dicho académico a concluir que la prohibición de entrar en conflicto con la normal explotación de la obra sólo protege el *núcleo* de carácter económico del derecho de explotación, o sea, los usos que impliquen las *mayores fuentes* de regalías contractuales; de forma que si se afecta una fuente menor de regalías, no hay un menoscabo substancial al mercado de la obra y, por ende, no hay conflicto con su normal explotación.²⁰⁷

Esto nos genera la siguiente pregunta: ¿cómo distinguir entre lo que está incluido en el núcleo económico del derecho de explotación y lo que está fuera? Senfleben contesta diciendo que ese análisis lo debemos de hacer partiendo de toda la comercialización de la obra en su conjunto, y no de los mercados particulares que se desprenden de cada derecho de explotación reconocidos por los tratados internacionales (pues como ya se vio, su regulación es asistemática por razones históricas). Por lo tanto, se debe contrastar el porcentaje de impacto que un segmento de mercado tiene en la totalidad de la explotación de la obra. De esta forma, Senfleben concluye que una restricción al derecho de explotación sólo entra en conflicto con la normal explotación de la obra si hay una afectación substancial a la comercialización total de la obra, privando al autor de una fuente mayor de ingresos.²⁰⁸

Dicha conclusión es aceptable cuando una sola persona (por ejemplo, el autor) es el titular de todas y cada una de las facultades del derecho de explotación, ya que en ese caso se tiene, *prima facie*, el control de explotación total de la obra en todos los mercados. Sin embargo, dadas las reglas y costumbres de contratación en materia autoral que permiten transmitir por separado cada modalidad de cada facultad del derecho de explotación,²⁰⁹ no es nada raro que, respecto de una misma obra, hayan varios titulares (tantos como mercados o formas de explotación puedan existir). En este sentido, y por poner un ejemplo, una persona pudo haber adquirido en exclusiva la posibilidad de explotar una obra para sistemas de televisión restringida por cable (o al revés, el autor pudo haber cedido todas las modalidades a otra persona menos esa); y supongamos que se establece una restricción que afecta substancialmente dicho mercado, puede suceder que tal mercado sea poco significativo dentro de la totalidad del espectro de comercialización de

paso de la regla sería insuperable por casi todas las limitaciones". López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 59.

²⁰⁷ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 188.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 193.

²⁰⁹ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 31, pp. 26 y 29; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 105; Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, pp. 120 y 147; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 277.

la obra (y por lo tanto, no atenta contra la normal explotación de la obra desde el punto de vista de *Senftleben*), empero, sí afecta la normal explotación de ese segmento de mercado y, en particular de ese titular.²¹⁰

Esto nos trae a colación un punto del que poco se ha hablado hasta ahora en sede de restricciones al derecho de explotación: *la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias de cada caso concreto*. Lo que en un contexto puede ser muy razonable (medir la afectación a la normal explotación de la obra con base a la totalidad del mercado), en otro contexto diferente puede ser muy injusto y afectar a fondo los intereses de los autores. Se puede alegar que, en el ejemplo que damos, los sujetos debían saber de antemano que la explotación de la obra sistemas de televisión restringida por cable no era un mercado significativo y no estaba dentro de ese “núcleo económico del derecho de explotación”, por lo que debían de tomar en cuenta esa situación (y riesgo) antes de celebrar los respectivos contratos. Esto nos mete de lleno sobre los métodos adecuados para restringir los derechos de explotación y los factores que se deben tomar en cuenta, tema sobre el que profundizamos en el capítulo último de la presente investigación.

De cualquier forma, queda claro que al determinar el núcleo económico del derecho de explotación, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

En otro orden de ideas, al momento de analizar el segundo paso de la regla tripartita, Geiger encuentra un peligro en la referencia a las futuras formas de explotación, pues cada vez que una innovación técnica permita el control de usos que antes no podían controlarse, se crearían nuevas posibilidades de explotación que paralizarían la posibilidad de establecer restricciones al derecho de explotación; inclusive, podría llegarse a la desaparición misma de las restricciones. Por lo que dicho investigador propone adoptar, no sólo un enfoque normativo, sino una noción muy restringida de “normal explotación de la obra”, para evitar la aniquilación de los poderes discrecionales de legisladores y jueces.²¹¹

Por tal razón, Casas Vallés indica con acierto: “No basta pues saber cuál es o puede ser la explotación normal. Hay que preguntarse también cuál debería ser, cuando estén en juego intereses o derechos como la libertad de información y opinión, la investigación o el acceso a la cultura”.²¹²

²¹⁰ O quizás pudiera pensarse que si bien esta cuestión es irrelevante al hacer el análisis del segundo paso, no puede soslayarse en el tercer paso, al estudiarse a la afectación de los intereses del autor o del titular del derecho.

²¹¹ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 49, pp. 6 y 7.

²¹² Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 703.

En cuanto a la postura del Grupo Especial de la OMC, otra vez se vale del diccionario para definir la palabra “normal”, lo que lo lleva a determinar que la expresión tiene dos connotaciones: una empírica (lo que es regular, usual, típico u ordinario) y otra normativa (lo relacionado a un tipo o estándar). Y apoyado en el artículo 31 de la Convención de Viena, el panel considera que no debe decidir cuál de los dos enfoques es el más relevante, sino que trata de hacer una interpretación armónica que tome ambas connotaciones.²¹³

En dicho tenor, afirma el panel que si por explotación “normal” entendemos el uso completo de todos los derechos de explotación, la cláusula de excepción del artículo 13 del ADPIC carecería de significado; por lo que, de entrada, explotación “normal” es algo *menos* que el uso completo del derecho de explotación.²¹⁴

Luego, el Grupo Especial determina que la normal explotación de la obra presupone la posibilidad de ejercer *por separado* cada uno de los derechos de explotación conferidos por los tratados internacionales.²¹⁵ Y sobre este particular, el panel reconoce la posibilidad de ceder por separado los derechos y de que, si para justificar la interferencia a un derecho con base a que otro derecho (perteneciente a diverso titular) genera más ingresos, se produciría el absurdo de que a unos titulares se les privaría de sus ganancias por el hecho de que otros titulares tienen derechos más lucrativos.²¹⁶

Posteriormente, el panel se remite a los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, y concluye que, para medir el aspecto normativo de la expresión “explotación normal”, no sólo se deben tomar en cuenta las formas de explotación que actualmente generan ingresos considerables, sino también aquellas que con cierto grado de posibilidad o plausibilidad puedan adquirir considerable importancia económica o práctica.²¹⁷

De manera que el Grupo Especial concluye que una restricción alcanza a entrar en conflicto con la explotación normal de la obra, si los usos permitidos generan competencia económica en las formas en que los titulares de derechos normalmente extraen valor pecuniario de su derecho

²¹³ Informe del Grupo Especial, p. 43.

²¹⁴ *Idem*.

De hecho, posteriormente el panel establece que no todo uso de una obra que genere una ganancia económica, necesariamente entra en conflicto con la normal explotación de la obra, pues de ser tal el caso, difícilmente una restricción aprobaría el segundo paso de la regla de los tres pasos. *Ibidem*, p. 47.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 44.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 46.

sobre la obra y, por consiguiente, se les priva de ganancias económicas significativas.²¹⁸

En resumidas cuentas, podemos observar que tampoco hay acuerdo en qué constituye una afectación a la normal explotación de la obra,²¹⁹ ni mucho menos a los parámetros que se deben tomar en cuenta al evaluar el segundo paso de la regla en estudio.

C. Tercer paso

El tercer y último elemento de la regla de los tres pasos, consistente en que “no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (o del “titular”, en algunos tratados). Existe un sector destacado de la doctrina que entiende este paso como una ponderación (*balancing*),²²⁰ e incluso hay quienes expresamente se refieren al principio de proporcionalidad²²¹ o razonabilidad.²²² Sin embargo, no hay consenso sobre cómo realizar dicha ponderación y acerca de los elementos relevantes a tomar en cuenta.

Por ejemplo, para Ficsor el adjetivo clave es “legítimos”, el cual puede ser entendido en dos formas diversas: (1) como “interés jurídico”, es decir, el interés del titular de derechos de disfrutar del ejercicio del derecho de explotación en los más amplios términos; o (2) como aquellos intereses que son justificables por estar apoyados en normas sociales o en políticas públicas relevantes. El jurista en glosa, apoyándose en los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo, se decanta por la primera opción,²²³ y con-

²¹⁸ *Ibidem*, p. 47.

Aplicando dichos criterios al caso concreto que tenía resolver, el Grupo Especial determinó, respecto de la excepción empresarial, que sí entraba en conflicto con la normal explotación de la obra, pues la mayor parte de establecimientos de alimentos y bebidas, y cerca de la mitad de las tiendas minoristas, se beneficiaban de dicha restricción, y dichos establecimientos constituyen una fuente potencial de grandes regalías. *Ibidem*, p. 53.

Y en cuanto a la excepción casera, el panel resolvió que no existía conflicto, dado que se aplica a casos en los que los establecimientos son tan menores, que preferirían dejar de tocar música que pagar una licencia. *Ibidem*, p. 55.

²¹⁹ En igual sentido, Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 16.

²²⁰ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 287; Gervais, Daniel J., *op. cit.*, nota 152, p. 17; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 774; Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 16; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 160 y 163.

²²¹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 776; y Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 226.

El principio de proporcionalidad es explicado a fondo en el apartado 5 del primer capítulo de la presente investigación.

²²² López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 61.

²²³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 286-288.

cluye que la restricción no afecta injustificadamente los intereses del autor cuando no va “más allá de cierto nivel de perjuicio” (lo que debe ser justificado con base a políticas públicas sólidas).²²⁴

Además, y adhiriéndose totalmente al reporte del Comité Principal I de la conferencia de Estocolmo, Ficsor estima que el perjuicio injustificado a los intereses del autor puede evitarse mediante la introducción de un derecho de remuneración. Empero no todas las licencias legales estarían permitidas, pues tales remuneraciones sólo serían relevantes al evaluar el tercer paso, pero no para determinar si se afecta la normal explotación de la obra (segundo paso).²²⁵

Por su parte, Ginsburg y Ricketson consideran que los “intereses legítimos” de los autores abarcan tanto los pecuniarios como los no económicos, pero ambos deben tener alguna justificación subyacente.²²⁶ Asimismo, y con base en los trabajos de la conferencia de Estocolmo, estos juristas encuentran que cualquier restricción al derecho de reproducción afecta, invariablemente, los intereses del autor, por lo que se puso el requisito de que el perjuicio a esos intereses no fuera “injustificado”.²²⁷ De igual forma, y con base a los trabajos preparatorios de la citada conferencia diplomática, los autores en glosa suscriben el criterio de que el perjuicio puede ser justificado si existe una licencia no voluntaria (aunque esto no curaría el no cumplir con el segundo paso).²²⁸

A mayor abundamiento, Ginsburg y Ricketson estiman que la palabra “injustificado” se refiere a algo que no es proporcionado o no está dentro de los límites de la razón, por lo que se exige una proporcionalidad en la afectación de los intereses de los autores, por ejemplo, que el uso permitido se realice sólo bajo ciertas circunstancias o conforme a determinados linea-

²²⁴ *Ibidem*, p. 516.

²²⁵ *Ibidem*, p. 288.

En el mismo tenor, Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 704 (quien advierte que, de lo contrario, se degradarían fácilmente los derechos de explotación); Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 196, p. 164; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, pp. 163 y 164 (quien, además, apunta que los derechos de remuneración son más débiles que los derechos de explotación, por no permitir controlar el uso de la obra).

²²⁶ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 774.

²²⁷ *Idem*.

No parece existir controversia alguna en cuanto a que la regla de los tres pasos permite afectar los intereses de los autores, pues si se interpreta el tercer paso a *contrario sensu*, se verá que sólo son válidos los perjuicios que sean justificados o razonables. *Cfr.* Mazzioti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 84.

Cfr. también Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 139, p. 15; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 63; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 163.

²²⁸ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, pp. 775 y 776.

mientos, que se respete la paternidad de la obra o se pague una remuneración por el uso.²²⁹

En cambio, Senfleben entiende el tercer paso como una prueba de proporcionalidad que está integrada por dos momentos: (1) en un primer momento se deben dilucidar cuáles son los intereses de los autores que pueden calificarse como legítimos, y (2) luego debe determinarse si esos intereses se afectan en forma injustificada. Lo que se buscaría es encontrar un equilibrio entre las preocupaciones de los autores y del público, lo que implica que cada uno de esos lados deben avanzar hacia el centro, por lo que los autores no pueden esgrimir todo tipo de consideraciones (sólo se toman en cuenta sus intereses legítimos), mientras que los usuarios sólo pueden beneficiarse de restricciones que estén dentro de parámetros justificados.²³⁰

Así, de acuerdo con Senfleben, en un primer momento habría que ver qué intereses de los autores alcanzan el rango de “legítimos”. Este jurista rechaza la postura positivista de Ficsor de considerar que “intereses legítimos” se traduce en el “interés jurídico” del autor, pues eso derrumba el propósito del tercer paso, el cual simplemente hubiera mejor hablado de los “derechos del autor” en lugar de los “intereses legítimos del autor”; sino que, más bien, considera que los intereses legítimos son aquellos que pueden justificarse con base a normas sociales o políticas públicas relevantes (lo que incluye también los intereses no económicos de los autores).²³¹ En este sentido, Senfleben se apoya en el subprincipio de *idoneidad* del principio de proporcionalidad,²³² para concluir que sólo son legítimos los intereses de los autores que sirvan (que sean idóneos) para promover los fines que justifican la protección de los derechos de autor (expresión personal, vivir de la explotación de obras, etcétera), pues de lo contrario, se estaría afectando desproporcionadamente al dominio público.²³³

Por lo que hace al segundo momento (evitar el perjuicio injustificado), Senfleben indica que no sólo debe existir una política pública que justifique

²²⁹ *Ibidem*, p. 776.

²³⁰ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 226 y 227.

²³¹ *Ibidem*, p. 230.

Este autor concluye que los intereses no económicos, protegidos por los derechos morales, deben tomarse en cuenta al hacer el análisis de tercer paso en sede del Convenio de Berna, dado que se habla de los intereses legítimos “del autor”. En cambio, el enfoque debe ser diferente en ADPIC, dado que este tratado excluye de tajo a los derechos morales, y sólo toma en cuenta los intereses del “titular de derechos”. Véase, *ibidem*, pp. 222-226.

²³² La máxima parcial de idoneidad se refiere a los fines legítimos que deben buscarse por una afectación a una norma jurídica formulada como un principio. *Cfr.* la letra A, del número 2, del subcapítulo V, del capítulo primero.

²³³ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 230 y 231.

la restricción al derecho de explotación, sino que además debe ser proporcionada en el sentido de que los intereses del autor no se afecten injustificadamente. Para lo cual, este jurista invoca el subprincipio de *necesidad*,²³⁴ de manera que los legisladores deben optar por restringir el derecho de explotación en la menor medida de lo posible (alternativa menos dañina).²³⁵

Una vez revisada la doctrina más destacada, veamos lo resuelto por el Grupo Especial de la OMC. De acuerdo con este panel, primero se deben definir los “intereses” de los titulares que entran en juego y qué características son las que los hacen “legítimos”; posteriormente se debe interpretar el término “perjuicio” y determinar qué nivel de este debe considerarse “injustificado”.²³⁶

De acuerdo con el Grupo Especial la noción de “intereses” no se limita a ventajas o detrimentos de tipo económico actuales o potenciales. En cuanto al término “legítimo”, si bien se puede identificar con “licitud” desde un punto de vista positivista, el panel señala que también puede considerarse una alusión a que la protección de los intereses sea justificada a la luz de los propósitos subyacentes en la tutela de los derechos de explotación. Asimismo, el panel determina que “perjuicio” significa daño, afectación o lesión; mientras que “injustificado” es, a decir del Grupo Especial, un criterio un poco más estricto que el de “justificado”, significando este último proporcionado, dentro de los límites de la razón, etcétera.²³⁷

Posteriormente el panel se enfoca a determinar qué grado de perjuicio puede considerarse como injustificado, y determina que, desde su punto de vista (al cual reconoce como incompleto y conservador), los intereses legítimos deben observarse a la luz del valor económico de los derechos de explotación, para lo que hay que ver el valor de su ejercicio (a través del licenciamiento).²³⁸ Y concluye el Grupo Especial de la siguiente manera: “In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exceptions or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner”.²³⁹

²³⁴ El subprincipio de necesidad implica encontrar la solución que menos afecte el derecho, de entre todas aquellas que sean idóneas. *Cf.* la letra B, del número 2, del subcapítulo V, del capítulo primero del presente libro.

²³⁵ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 235 y 236.

²³⁶ Informe del Grupo Especial, p. 56.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

²³⁸ *Ibidem*, p. 57.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

En el caso particular que debía resolver el Grupo Especial, este determinó que la excepción empresarial no cumplía con el tercer paso porque los EUA no demostraron que esa

La pregunta obligada es ¿y cuándo la pérdida de ganancias debe considerarse injustificada? El Grupo Especial de la OMC está incurriendo en una petición de principio,²⁴⁰ pues da un argumento circular: un perjuicio a los intereses de los autores es *injustificado* si pierde dinero en forma *injustificada*. Este razonamiento no puede ser más endeble y carente de lógica; al final, parece estarnos enviando de regreso al segundo paso, para evaluar qué tanto se está afectando la explotación normal de la obra.

En fin, podemos apreciar que tampoco hay unanimidad sobre cómo interpretar este tercer paso.

Como se observa, la regla de los tres pasos es, hoy por hoy, un parámetro indeterminado, capaz de arrojar resultados imprevisibles, dado el poco acuerdo que existe sobre su interpretación. Más adelante abundaremos sobre las críticas a la fórmula de los tres pasos, pero primero observemos cómo ha comenzado a plasmarse en normas de derecho interno (lo que nos reitera que esta prueba genera resultados imprevisibles).

5. La incorporación de la prueba de los tres pasos en las legislaciones internas

Se ha planteado la cuestión de quién es el destinatario de la regla de los tres pasos: ¿los legisladores o los jueces?²⁴¹ Si se considera que los legisladores son los destinatarios, la consecuencia sería que el órgano productor de leyes debe cumplir tal regla al normar las restricciones al derecho de explotación, pero no sería necesario que, a su vez, plasmara la regla de los tres pasos en la legislación interna.

En cambio, si se considera a los jueces como destinatarios de la regla, se tendría que partir de la hipótesis de que el legislador plasmó la fórmula de los tres pasos en la ley doméstica o, en su caso, de la hipótesis de que los jueces pueden aplicar directamente la regla de los tres pasos sin intermediación legislativa. Cualquiera que sea el caso, estaríamos ante el fenómeno de la incorporación de la regla de los tres pasos al derecho interno.

excepción no generaba un perjuicio injustificado (*sic*) a los legítimos intereses del titular de derechos (*ibidem*, p. 65); en cambio, el resultado fue diferente tratándose de la excepción case-ra, señalando el panel que los establecimientos amparados por esa excepción nunca han sido una fuente de ingresos significativa para las sociedades de gestión colectiva (*ibidem*, p. 67).

²⁴⁰ La petición de principio es una falacia que consiste en emplear la conclusión del argumento como una de sus premisas. *Cfr.* Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de Jorge F. Malem Seña, 11a. reimp., Barcelona, Ariel, 2006, p. 132.

²⁴¹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 298; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 689; Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 3; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 280; Xalabarder, Raquel, "Fair use in Spain. The EUCD aftermath", Texto de la ponencia en el Congreso ATRIP de Buenos Aires, 2007, p. 7.

Si bien es cierto que la regla de los tres pasos en los acuerdos internacionales (Berna, TODA, ADPIC, etcétera) está dirigida primariamente a los legisladores internos,²⁴² resulta que en tiempos recientes se ha presentado el fenómeno de la incorporación de la regla de los tres pasos al derecho interno.

Esto ha sido muy visible en la Unión Europea, pues varios legisladores han plasmado dicha regla al transponer la Directiva de la Sociedad de la Información.²⁴³ Así, entre los países que han plasmado la regla de los tres pasos en su legislación interna, encontramos a España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Portugal, etcétera.²⁴⁴ A guisa de ejemplo de este fenómeno, podemos mencionar el artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual española, cuyo texto es el siguiente: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

Como se aprecia, al incorporarse al texto legal español, dicha prueba se convierte en una *regla de dos pasos*, ya que no se hace mención alguna del requisito relativo a “determinados casos especiales”.²⁴⁵ Sobre tal cuestión,

²⁴² Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 241, p. 7; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 160.

En este sentido, Cornish y Llewelyn consideran que la prueba de los tres pasos está destinada a las legislaturas nacionales, y no establece criterios que deban ser considerados en los litigios entre particulares; es decir, estos juristas estiman que los jueces no pueden utilizar tal regla como una herramienta para criticar el alcance de la legislación. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

En el mismo sentido, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 298.

Por el contrario, Antequera Parilli opina que la referida regla “no solamente va dirigida a los legisladores, sino también a las autoridades al momento de aplicar las limitaciones previstas en la ley”. Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor como un derecho privado de interés público”, en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Bogotá, Temis, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 419.

²⁴³ Con relación al artículo 5.5 de dicha directiva, no hay acuerdo entre los estados miembros de la Unión Europea, sobre si dicha norma va dirigida a los legisladores (como opinan Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia, etcétera) o si debe transponerse mediante una reforma que la plasme en el texto legal. *Cfr.* Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 4.

Sobre el particular, Casas Vallés explica que no es obligatorio para los países comunitarios incluir la regla de los tres pasos en sus leyes nacionales, aunque siempre debe ser usada como criterio interpretativo por jueces internos. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 685.

Asimismo, *vid.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 11.

²⁴⁴ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 4, y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 46.

²⁴⁵ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 24; Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 241, p. 6.

nos ilustra López Maza: “La exclusión en el artículo 40bis del requisito de los ‘casos específicos’ podría deberse a que éste obliga al propio legislador y no al juez, aunque éste deberá, a la hora de interpretar una limitación, hacer uso de esa norma”.²⁴⁶

Además, destaca que en la ley española se altera el orden de los pasos,²⁴⁷ iniciándose por el tercer paso y concluyéndose por el segundo. Esto nos demuestra que se empieza a superar la ortodoxia en la aplicación de la regla de los tres pasos, que propone un análisis escalonado y en el estricto orden que señalan los acuerdos internacionales.²⁴⁸ Asimismo, el hecho de que el referido artículo 40 bis establezca una *regla de interpretación*, nos hace evidente que se trata de una norma dirigida a los juzgadores.²⁴⁹

Por lo tanto, explica Ribera Blanes lo siguiente a propósito de la situación de la regla de los tres pasos en la legislación hispana:

En consecuencia, estas dos condiciones no sólo se imponen al legislador a la hora de formular nuevos límites que afecten el derecho de reproducción, sino también al intérprete del derecho, que deberá juzgar si la aplicación el límite legal atenta contra alguna de las dos premisas establecidas en el art. 40 bis TRLPI y en función de esto llevar a cabo una actividad correctora de la generosidad legislativa.²⁵⁰

En el mismo sentido, López Maza explica que, cuando un juez interpreta una restricción, debe hacerlo de forma que el resultado interpretativo no atente contra la normal explotación de la obra, ni cause perjuicio a los

²⁴⁶ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 100.

²⁴⁷ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 670; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 100.

²⁴⁸ Véase *supra* la nota al pie 139 del presente capítulo.

²⁴⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en O’Callaghan, Xavier (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 340; y Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 134, p. 27.

²⁵⁰ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 240.

De igual forma, López Maza considera que la regla de los tres pasos no sólo es una norma para la adopción de restricciones, sino también para su interpretación y aplicación. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 6.

Por su parte, Germán Bercovitz estima que el referido artículo 40 Bis, introduce en España una cláusula abierta, tipo *fair use*. Véase Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 109.

En contra, Casas Vallés considera que “estaría fuera de lugar hacer de la prueba un límite en sí mismo, capaz de funcionar al margen de la tipificación establecida; por grande que pueda ser la tentación en algunos casos”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 690.

intereses legítimos de los titulares; esto, no con el propósito de ampliar la respectiva restricción, sino de evitar aplicaciones desviadas.²⁵¹

Así, se establece un sistema defendido por una doble barrera: 1) la descripción legislativa de los casos concretos de uso lícito no autorizado, y 2) luego el análisis de esos criterios con base a la, ahora, regla de los dos pasos.²⁵² El juzgador parece, así, ejercer una función de control sobre el legislador. De ahí que Griffiths, explique:

The “test” has also recently come to play a significant role in domestic copyright laws, not only through its role as a restriction on legislative freedom, but also as a result of the transposition of its terms, either directly or indirectly, into national laws themselves. Where the “test” has been incorporated in national law, courts have been obliged to test the compatibility of existing legislative exceptions with the “three-step test” in particular concrete circumstances. In European courts, in particular, national judges have increasingly been required to apply the “test” in this manner.²⁵³

No obstante, Casas Vallés estima que los jueces no pueden valerse de la regla de los tres pasos para eliminar las restricciones formuladas por el legislador, ni para abiertamente enmendar la ley.²⁵⁴ En este tenor, la regla de los tres pasos es proclive a ser utilizada como un candado que sirva para favorecer lecturas limitativas de cada restricción.²⁵⁵

Sin embargo, ya en el plano empírico, particularmente en la aplicación de la regla de los tres pasos por jueces nacionales europeos, ha quedado de manifiesto que cada quien interpreta esa regla de un modo diferente. Así, en casos resueltos en países como Francia, Bélgica o los Países Bajos, se ha hecho una interpretación muy estricta de la regla (en la misma tónica que el Panel de la OMC), y se le ha utilizado como un instrumento para limitar las restricciones a los derechos de explotación. Pero también existen judicaturas como la de Alemania, España y Suiza, que han interpretado en forma muy

²⁵¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 51.

En términos similares, *cf.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 86.

²⁵² Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 241, p. 7.

²⁵³ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 2.

²⁵⁴ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 690.

Sin embargo, en la jurisprudencia holandesa ya se han presentado varios casos en donde los tribunales se niegan, siquiera, a analizar las restricciones previstas en la ley, al haber comprobado previamente que las mismas no cumplen con la regla de los tres pasos. *Cfr.* Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 96, p. 3.

²⁵⁵ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 685.

flexible y liberal la regla de los tres pasos, llegando a resultados cercanos al *fair use* estadounidense.²⁵⁶

En otro orden de ideas, hay que señalar que la incorporación de la regla de los tres pasos a leyes internas no es un fenómeno exclusivo de la Europa comunitaria, como nos demuestra la legislación China.

Efectivamente, si bien es cierto que la Ley de Derecho de Autor de la República Popular de China (particularmente su artículo 22) no hace referencia a la fórmula de los tres pasos, el Reglamento para la Implementación de la Ley de Derecho de Autor de ese país, en su artículo 21, claramente señala que al usar una obra al amparo de una restricción permitida en la ley, no debe afectarse la explotación normal de dicha obra, ni tampoco causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular de derechos.²⁵⁷ De nueva cuenta se aprecia que esta regla se reduce a sólo dos pasos, cuando se incluye en el derecho interno.

Otro ejemplo lo encontramos en Australia, cuya *Copyright Act* también incorpora la regla de los tres pasos, como se puede apreciar en su artículo 200AB.1:

200 AB. Use of works and other subject-matter for certain purposes

(1) The copyright in a work or other subject-matter is not infringed by a use of the work or other subject-matter if all the following conditions exist:

- (a) the circumstances of the use (including those described in paragraphs (b), (c) and (d)) amount to a *special case*;
- (b) the use is covered by subsection (2), (3) or (4);²⁵⁸
- (c) the use *does not conflict with a normal exploitation* of the work or other subject-matter;
- (d) the use *does not unreasonably prejudice the legitimate interests* of the owner of the copyright (énfasis añadido).²⁵⁹

Sin embargo, debido a que las restricciones citadas sólo aplican en esos sectores no comerciales, para ciertos usos concretos, cuando no aplique ninguna licencia legal, y apruebe además la regla de los tres pasos, hay quienes

²⁵⁶ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, pp. 4-10; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 33 y 34.

²⁵⁷ Cfr. Ganca, Peter, "Copyright" en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, p. 246.

²⁵⁸ Estos incisos se refieren a ciertos usos por parte de bibliotecas y archivos, instituciones educativas, y personas con capacidades diferentes.

²⁵⁹ Además, el inciso 7 de este artículo, indica que las expresiones "conflicto con la normal explotación", "caso especial" y "perjuicio injustificado a los legítimos intereses", tienen el mismo significado que les atribuye el artículo 13 del ADPIC.

consideran que el artículo 200AB de la ley australiana contiene, más bien, una regla de *nueve pasos*.²⁶⁰

En el ámbito latinoamericano tenemos casos muy interesantes. Por ejemplo, aunque la legislación autoral de Perú no tiene formulada la regla de los tres pasos, el INDECOPI ha utilizado tal regla como un criterio adicional para la aplicación de las restricciones formuladas por el legislador, afirmando que para que una conducta esté amparada por una restricción:

...no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación en la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho. Esto es lo que se conoce como la regla de los tres pasos o condiciones.²⁶¹

Aquí, por vía jurisprudencial, el derecho peruano está incluyendo una regla de dos pasos para la interpretación de las restricciones al derecho de explotación previstas en la ley.

Por el contrario, la Ley 9.610 de Brasil (sobre *direitos autorais*), en su artículo 46, fr. VIII, plasma expresamente la regla pero reduciéndola sólo a los dos últimos pasos (aunque únicamente está referida a una especie de derecho de cita en obras plásticas). De conformidad con la doctrina brasileña,²⁶² se trata de una norma dirigida al intérprete/aplicador de la ley.

Nuestro país es un caso particular, pues el legislador nacional incorpora la regla de los tres pasos en la LFDA, pero lo hace en forma parcial. De hecho, únicamente incorpora uno solo de los tres pasos (aunque se podría argumentar que en realidad incorpora dos). En efecto, el primer párrafo del artículo 148 de nuestra legislación autoral establece que las obras “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:” (énfasis añadido), lo que es una clara incorporación del segundo paso.

Se puede alegar que la frase “sólo en los siguientes casos”, implica la incorporación del primer paso (ciertos casos especiales); sin embargo, no creemos que tal interpretación sea plausible, pues, por un lado, no hay acuerdo sobre si el primer paso implica que las restricciones deben regularse taxati-

²⁶⁰ Weatherall, Kimberlee, “Of copyright bureaucracies and incoherence: stepping back from Australia’s recent copyright reforms”, *Melbourne University law review*, Australia, vol. 31, 2007, p. 31.

²⁶¹ Resolución 371-2001/TPI-INDECOPI de 11 de abril de 2001, dictada por la Sala de Propiedad Intelectual en el expediente 770/1999-ODA.

²⁶² Basso, Maristela, y Rodrigues Junior, Edson Beas, *op. cit.*, nota 136, p. 156.

vamente en ley,²⁶³ y en segundo lugar, el listado legal estaría señalando los casos especiales, lo que, hipotéticamente, sería cumplir con el primer paso, sin necesidad de introducir la exigencia de ese primer paso en la ley interna.

De cualquier forma, es evidente que la regulación mexicana es deficiente, tanto en el caso de que se considere que sólo contempla un paso, como si se estima que únicamente contempla dos (máxime que, si se quiere hacer una fórmula de sólo dos pasos —como sucede en Europa—, lo lógico es que se contemplen los pasos segundo y tercero). En ambos casos falta el tercer paso, el cual, a nuestro entender, es el de mayor importancia.²⁶⁴ De nueva cuenta, la mala confección de nuestra ley salta a la vista.

Con esto concluimos el estudio de la regla de los tres pasos, por lo que en el siguiente apartado la sometemos a examen y exponemos nuestras principales conclusiones sobre esta figura jurídica.

6. Conclusiones provisionales acerca de la regla de los tres pasos

Con lo dicho en los apartados previos, se puede observar una generalización en cuanto al ámbito de aplicación de la regla de los tres pasos, pues concebida originalmente para la facultad de reproducción, se ha ido extendiendo, no sólo a otras facultades del derecho de explotación, sino a otros ámbitos fuera del derecho autoral, como es el derecho de las creaciones industriales. Sin embargo, hay que cuestionar si eso es adecuado y, sobre todo, si la regla de los tres pasos es o no una solución idónea.

Ya vimos que en la doctrina no hay un consenso sobre la interpretación de cada uno de los criterios de la fórmula de los tres pasos. Es imposible, por el momento, encontrar una interpretación definitiva o estable; incluso, el criterio de los comentaristas más connotados del Convenio de Berna, como es el caso de Ricketson, ha venido modificándose como reacción a nuevas posturas doctrinales.

Además, destaca que la mayor parte de las interpretaciones doctrinarias se basan principalmente en un argumento psicológico,²⁶⁵ pues le dan una total preponderancia a los *trabajos preparatorios* de la conferencia de Estocolmo, privilegiando la voluntad de los redactores, personas de carne y hueso

²⁶³ Cfr. *supra* la letra A, del número 4, subcapítulo VI, del presente capítulo.

²⁶⁴ Cfr. la letra C, del número 5, subcapítulo VI, del capítulo quinto de este trabajo.

²⁶⁵ “El argumento psicológico sería aquél por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, el concreto legislador que históricamente la redactó”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 177.

(el “legislador histórico”), lo que es una postura hermenéutica que ha sido muy criticada en la teoría del derecho,²⁶⁶ y que también es criticable en sede de derechos de autor.²⁶⁷

De hecho, la excesiva importancia que la doctrina ha dado a los trabajos preparatorios de la conferencia de Estocolmo no se corresponde con las reglas de interpretación de los tratados que establece la Convención de Viena. En efecto, como explica Brownlie, la voluntad de los estados suscriptores de un tratado debe interpretarse *como se expresó en su texto*, postura suscrita por la Corte Internacional de Justicia, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y adoptada expresamente por la Convención de Viena.²⁶⁸

En consecuencia con esta postura hermenéutica, en su artículo 31, la Convención de Viena establece una *regla general* de interpretación, mientras que en su artículo 32 indica los *medios suplementarios* de interpretación.

La *regla general* es que el tratado debe interpretarse de buena fe, de acuerdo al significado ordinario que tengan los términos del tratado de conformidad a

²⁶⁶ Una glosa de las principales razones a favor y en contra de la interpretación psicológica puede encontrarse en *ibidem*, pp. 191-193.

Inclusive, el propio Ezquiaga Ganuzas nos indica que atender a la voluntad del legislador histórico se le considera como “un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y de respeto a la voluntad del legislador”, contraponiéndose al método histórico evolutivo, que atiende más a la adaptación del derecho a los cambios que se presentan en la vida social. *Ibidem*, pp. 354 y 355.

En este sentido, Wróblewski ve en la apelación a la voluntad de la persona que creó la norma una ideología estática en donde el sentido de la norma no cambia, agregando que: “Hoy en día casi nadie toma esa ‘voluntad’ al pie de la letra, pero la terminología persiste y se manifiesta en la jurisprudencia actual”. *Cfr.* Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 1a. reimp., Fontamara, 2003, pp. 166 y 167.

Por lo que hace a la doctrina mexicana, Sánchez Gil explica que, actualmente, prevalecen las teorías “objetivistas” de la interpretación jurídica por sobre las “subjetivistas”, de ahí que el objeto de la interpretación sea el *texto normativo*, lo que impide un subjetivismo desbocado y da precisión y estabilidad al derecho. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2008, pp. 8 y 9.

²⁶⁷ En su valoración al Informe del Grupo Especial de la OMC, Gaubiac critica que esa resolución haya echado mano de los trabajos contenidos en las actas del Convenio de Berna “y no del texto propiamente dicho de este instrumento internacional”. Gaubiac, Yves, *op. cit.*, nota 164, p. 16.

²⁶⁸ Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 632.

En el mismo sentido, *cfr.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Interpretación de los tratados en el derecho internacional”, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 142 y 143; y Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 121.

su contexto y a la luz de su propósito y objetivo, para lo cual se puede recurrir no sólo al texto mismo del tratado, sino también su preámbulo y anexos, así como cualquier acuerdo celebrado por todas las partes en relación al tratado, y cualquier instrumento relacionado con el tratado realizado por una o varias partes, pero aceptado por todas; además de cualquier acuerdo subsecuente sobre la interpretación o aplicación del tratado, cualquier práctica ulterior en la que conste un acuerdo sobre la interpretación del tratado, y toda norma pertinente de derecho internacional que se aplique a las relaciones entre las partes.

Por su parte, la regla *suplementaria* del artículo 32 permite acudir a los trabajos preparatorios, *pero sólo para confirmar* la interpretación derivada de aplicar la regla del artículo 31, o cuando la aplicación de dicha regla deja el significado ambiguo u obscuro, o lleva a un resultado evidentemente absurdo o irrazonable.²⁶⁹

Así las cosas, vemos que la mayor parte de la doctrina que ha interpretado la regla de los tres pasos, ante la ambigüedad semántica de su texto, ha brincado inmediatamente a una fuente *suplementaria* de interpretación (trabajos preparatorios), sin haber agotado la mayor parte de los extremos indicados en la regla general de interpretación del artículo 31 del Convenio de Viena, es decir, obviando fuentes *primarias* de interpretación; error metodológico que se traduce en privilegiar la voluntad del legislador histórico por sobre el texto en que está expresada la norma.²⁷⁰

Además, como bien apunta Aust, los trabajos preparatorios son, por su propia naturaleza, menos auténticos que otros elementos de interpretación, y en muchos casos son incompletos y engañosos.²⁷¹ Por tal razón, explica

²⁶⁹ Como mero dato, mientras que en la versión en español de la Convención de Viena la palabra “*unreasonable*” se tradujo como “irrazonable”; en el contexto del Convenio de Berna, “*unreasonable*” se tradujo como “injustificado”.

²⁷⁰ En este sentido, los trabajos preparatorios de los tratados, Sánchez Gil nos advierte que “deben usarse con reservas porque las intenciones manifestadas en ellos no son definitivas y además pueden resultar confusas y poco concluyentes, por lo que la jurisdicción internacional lo ha usado sólo cuando le es indispensable”. Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 266, p. 185.

En igual tenor, Senfileben indica que: “Recourse to supplementary sources may only serve as a means to aid an interpretation governed by the principles set forth in article 31... Hence, the use of supplementary material to determine the meaning of the text is subordinate to the primary goal of treaty interpretation, as defined in article 31”. Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 103.

Y es que esta cuestión es evidente, pues los trabajos preparatorios no son reflejo de la voluntad de los contratantes. Incluso, en la revisión de Estocolmo del Convenio de Berna, como vimos, los trabajos preparatorios reflejan las posturas del grupo de trabajo creado al efecto, y que luego fueron enviadas al Comité Principal.

²⁷¹ Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, 2a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 244.

Gutiérrez Baylón que el uso hermenéutico de los trabajos preparatorios debe ser subsidiario y cauteloso.²⁷²

De esta manera, antes de acudir a los trabajos preparatorios (fuente suplementaria según el artículo 32 de la Convención de Viena), la doctrina bien podría haber acudido al expediente de las normas pertinentes de derecho internacional aplicables (según dispone el artículo 31 Convención de Viena), como pudieran ser el artículo 27 DUDH y el artículo 15 del PIDESC,²⁷³ normas internacionales que se refieren a la misma cuestión que la regla de los tres pasos: la protección de los intereses de los autores y su relación con los intereses de los usuarios de obras.²⁷⁴ Por tanto, puede concluirse que las interpretaciones no orgánicas de la fórmula de los tres pasos no han sido del todo satisfactorias, ni son definitivas, pues se encuentran en continua revisión y reformulación.

Por su parte, la interpretación que hizo el Grupo Especial de la OMC, tampoco puede considerarse como una interpretación definitiva de la regla de los tres pasos. Esto debido a que los paneles de la OMC no son tribunales, y el marco en el que operan es el del comercio internacional, no el de los derechos de autor; además de que dichos paneles son proclives a ser insensibles respecto de los argumentos basados en derechos humanos o en intereses públicos no económicos (como la cultura o la educación).²⁷⁵ Incluso a nivel interno dentro del subsistema de la OMC, aunque se está creando una jurisprudencia propia de ese organismo que busca ser consistente, la misma no implica una doctrina estricta de precedentes, pues las resoluciones de los paneles o grupos especiales no generan *stare decisis*, por lo que sus criterios pueden ser cambiados por futuros paneles.²⁷⁶ Asimismo, el Informe del Grupo Especial contiene algunas contradicciones internas, incluyendo la petición de principio en la que incurre al evaluar el tercer paso;²⁷⁷ eso sin

²⁷² Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los tratados*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, p. 13.

²⁷³ En este sentido, véase Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level” en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 41.

²⁷⁴ Sobre este punto profundizamos en el último capítulo de la presente investigación.

Para más detalles sobre cómo abordan la cuestión los tratados de derechos humanos, *cfr.* los subcapítulos V y VI, del capítulo tercero.

²⁷⁵ Hugenholz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, pp. 486 y 487.

De hecho, se ha señalado que el Informe del Grupo Especial está “anormalmente” apoyado sólo en perspectivas económicas. *Cfr.* Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 13, p. 678.

²⁷⁶ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 109; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 32.

Esto, amén de que las interpretaciones hechas por la OMC no son obligatorias en el contexto de la Unión de Berna. *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 161.

²⁷⁷ Véase *supra* la letra C del número 4 del subcapítulo VI del presente capítulo.

mencionar las críticas que se le han hecho a sus argumentos por ser redundantes y tener poca substancia.²⁷⁸

En otro orden de ideas, también se ha puesto de manifiesto que términos como “explotación normal” o “legítimos intereses” pueden ser objeto de manipulación por los intérpretes y dar lugar a resultados impredecibles.²⁷⁹ De manera que al no haber consenso sobre el significado de esas expresiones, la regla de los tres pasos es incapaz de funcionar, el día de hoy, como una herramienta jurídica útil.²⁸⁰

Por consiguiente, en estos momentos y a un nivel meramente hermenéutico, la regla de los tres pasos nos deja más dudas que respuestas. Dudas que también se plantean respecto a su compatibilidad con las normas internacionales en materia de derechos humanos (tema que tratamos en el capítulo quinto de la presente investigación), en particular porque el requisito de aplicación acumulativa de cada paso parece favorecer al titular de derechos e impedir un verdadero equilibrio.²⁸¹

Inclusive, la resolución Q216 de la AIPPI (del 6 de octubre de 2010) observa que, a pesar del contenido de la regla de los tres pasos en tratados como el TODA o el ADPIC, los estados han implementado y reconocido las restricciones al derecho de explotación en formas considerablemente diferentes, por lo que la situación actual de la cuestión no es satisfactoria (y menos respecto al uso de obras en Internet).

Hasta aquí lo relativo a la regla de los tres pasos. Vayamos ahora a otros aspectos relevantes de las restricciones a los derechos de explotación, como lo es la “doctrina clásica” que sobre dicha figura se ha formulado.

VII. LA CONSOLIDACIÓN DE UNA DOCTRINA CLÁSICA DE LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LA CORRIENTE DEL *DROIT D'AUTEUR*

Como consecuencia de la ya narrada evolución que tuvo el tema de las restricciones a los derechos de explotación durante el siglo XX y de la necesidad de proteger al autor como finalidad principal,²⁸² en la Europa continental (y en los demás países que siguen su tradición jurídica) se consolidó, lo que podríamos llamar, la *doctrina clásica* o *estándar* sobre las restricciones a

²⁷⁸ Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 21.

²⁷⁹ Brennan, David J., *op. cit.*, nota 168, p. 93.

²⁸⁰ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 137, p. 2.

²⁸¹ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 482.

²⁸² Sobre esta necesidad, *cf.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 154.

los derechos de explotación.²⁸³ Los elementos esenciales de dicha doctrina clásica son los siguientes:

- a) *Sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación.* Se le veda a los órganos ejecutivo y judicial la posibilidad de establecer restricciones, de tal forma que éstas sólo deben de estar previstas en ley.²⁸⁴ La razón que se suele dar a esta directriz es de carácter político y de división de poderes: si es el legislador quien otorga el derecho de explotación, los otros poderes invadirían su esfera de competencia al restringir un derecho que el legislador otorgó con carácter más amplio.²⁸⁵
- b) *Las restricciones están sujetas a numerus clausus.* Sólo deben considerarse y aplicarse las restricciones que estén expresa y taxativamente previstas en el listado que proporcione el legislador; de forma que si alguna restricción no está contemplada expresamente en la ley, no podrá aplicarse, sin importar lo loable y justo que pudiera ser el fin perseguido.²⁸⁶
- c) *Las restricciones deben interpretarse de forma limitativa.* Al momento de aplicar una restricción al derecho de explotación, el texto normativo que la prevé debe interpretarse de la forma más restrictiva posible, para intentar afectar en una menor medida los intereses de los autores, siendo imposible su aplicación por analogía.²⁸⁷

²⁸³ Esta doctrina destaca como parte de un movimiento hostil hacia las restricciones al derecho de explotación, que se ha intensificado con el crecimiento de esa clase de derechos de autor. Sobre tal movimiento, *cf.* De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 87.

²⁸⁴ Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 121; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d’auteur...: mode d’emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, p. 167; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 51; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 136; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 178; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 237 y 238.

²⁸⁵ Marín López, Juan José, “Fair use versus limitaciones”, conferencia pronunciada en el XIII Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, México, 26 a 30 de noviembre de 2007 (notas tomadas por Eduardo de la Parra Trujillo).

²⁸⁶ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 97; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 50 y 219; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 33; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 138; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 389; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 109; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 71; Villalba Díaz, Federico Andrés, *op. cit.*, nota 8, p. 99; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 2.

²⁸⁷ Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, “Interpreting exceptions in intellectual property law”, en Adelmann, Martn J., Brauncis, Robert, Drexel, Josef, y Nack Ralph (coords.), *Patents*

- d) *El derecho moral queda intocado.* Las restricciones al derecho de explotación no afectan al derecho moral, por lo tanto, al utilizar sin autorización una obra deben siempre respetarse los derechos morales, señaladamente la divulgación, la integridad y la paternidad.²⁸⁸
- e) *No aplicación a otras facultades y modalidades de explotación.* Como consecuencia de la interpretación restrictiva, la restricción formulada en ley a una facultad o modalidad de explotación determinada, no puede aplicarse extensivamente a otra facultad o modalidad de explotación diferente. Por ejemplo, una restricción a la facultad de reproducción no podría aplicarse a la facultad de comunicación pública.²⁸⁹

A reserva de hacer una crítica más amplia a esta doctrina clásica en el último capítulo de la presente investigación, cabe aquí asentar que nos parece una doctrina propia de un estado legalista de derecho (caracterizado por su legicentrismo y por varias de las peores características del paleopositivismo), y por lo tanto, no resulta adecuada en esta época de constitucionalización y de estado constitucional del derecho.²⁹⁰

and technological progress in a globalized world. Liber amicorum Joseph Straus, Alemania, Springer-Verlag, 2009, p. 99; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 284, p. 121; Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 97; Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 726; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 91, p. 361; Emery, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, 2a. reimp., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 105; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 432; Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 111; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 220; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 33 y 67; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 138; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 43; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 98, p. 91; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 177; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 242; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 109; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 71; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 17, p. 171; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 164; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 2; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

²⁸⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 287, p. 725; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, p. 47; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 9, p. 778; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 219; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 67; Gómez Madrigal, Laura Sofía, *op. cit.*, nota 21, p. 134; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 177; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 242; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 70 y 71; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, pp. 161 y 163 (quien incluso afirma que los derechos morales no pueden limitarse); Villalba Díaz, Federico Andrés, *op. cit.*, nota 8, p. 95; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

²⁸⁹ Bondía Román, Fernando, “Comentario al Capítulo II” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 164.

²⁹⁰ Sobre estas nociones, véase el subcapítulo I, del capítulo primero del presente trabajo, así como el número 1 del subcapítulo VI del capítulo quinto.

Asentado esto, conviene ahora aterrizar todo lo antes dicho en el derecho mexicano, para poder evaluar la situación de las restricciones al derecho de explotación en nuestro país.

VIII. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LA LFDA

Toda vez que ya estudiamos los aspectos generales más destacados de la institución jurídica de las restricciones al derecho de explotación, corresponde analizar estas restricciones en la LFDA. Con ello cumplimos un doble propósito: estudiar la situación de nuestro tema de investigación en México y, además, ver más de cerca una legislación que fue creada bajo los estándares del sistema cerrado (una visión del sistema abierto la hacemos en el siguiente apartado).

Nuestra LFDA dedica su título VI a regular las que llama “limitaciones del derecho de autor y de los derechos conexos”. Dicho título inicia con el artículo 147, el cual contiene una licencia obligatoria; continúa con el artículo 148, mismo que consiste en un listado de restricciones al derecho de explotación; luego el artículo 149 contempla algunas restricciones adicionales al derecho de explotación; el artículo 150, fuertemente influenciado por la excepción casera de EUA, terminó regulando, más bien y dada su redacción, una restricción a un derecho de simple remuneración (el de regalías por comunicación pública); y finalmente el artículo 151 regula las restricciones a la mayoría²⁹¹ de los derechos conexos.

Debido a que el tema de la presente investigación son las restricciones al derecho de explotación de los autores, nos limitaremos aquí a analizar los artículos 148 y 149 de la LFDA, excluyendo los artículos 147 (por ser una licencia obligatoria y no una restricción), 150 (por ser una restricción a un derecho de remuneración, no a uno de explotación) y 151 (por referirse a derechos conexos, no a derechos de autor).

En cambio, sí incluiremos en nuestro estudio el artículo 44 del Reglamento de la LFDA, en tanto contempla una restricción adicional al derecho

²⁹¹ Sólo restringe los derechos de artistas, productores de fonogramas y videogramas, y organismos de radiodifusión, sin hacer mención a los editores de libros. Esto encuentra su explicación en un descuido legislativo: la iniciativa de ley presentada por Ernesto Zedillo no contemplaba la protección de los editores de libros (por lo que tampoco se planeaba regular restricción alguna a tales derechos), pero la Cámara de Diputados agregó un capítulo para conceder tal protección, olvidando modificar el texto del artículo 151 para también incluir ahí una mención a los editores de libros. Así, la redacción de las restricciones a los derechos conexos quedó tal cual la propuso el presidente, no obstante que el legislativo adicionó una nueva categoría de titulares de derechos conexos.

de explotación. Asimismo, estudiaremos el artículo 105 de la LFDA, pues aun y cuando se encuentra fuera del título de la ley dedicado a regular las restricciones al derecho de explotación, contempla unas hipótesis relativas a las restricciones a los derechos de explotación en sede de programas de computación.

1. *Disposiciones generales aplicables a la mayor parte de las restricciones*

El artículo 148 de la LFDA es la disposición jurídica más importante en materia de restricciones al derecho de explotación de dicho ordenamiento, pues la mayor parte de esos límites se encuentra contenida allí. Y el primer párrafo de dicho artículo establece unas directrices generales para la aplicación de cada una de las restricciones particulares contenidas en ese mismo numeral. El texto de ese párrafo es el siguiente:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

De dicho texto normativo se pueden extraer cuatro requisitos que debe cumplir, para su aplicación, toda restricción contemplada en el propio artículo 148. Veamos.

La primera condición es que las restricciones al derecho de explotación *sólo aplican a obras ya divulgadas*. Esto se encuentra vinculado con la facultad moral de divulgación, y es un guiño a la doctrina clásica de las restricciones que, como vimos, señala que las mermas al derecho de explotación no deben afectar los derechos morales. Sobre el particular, explica Pastrana Berdejo que “no puede hablarse, en ningún caso, de limitaciones a obras inéditas, cuando el autor aún no decide sobre la divulgación de las mismas”.²⁹²

Como segundo requisito, el artículo 148 menciona la *no afectación a la explotación normal de la obra*. Ya vimos que esto es una adopción parcial de la regla de los tres pasos en nuestra legislación interna, lo que se traduce en un elemento de valoración que debe ser analizado por la autoridad jurisdiccional o administrativa que conozca del caso; esto implica, a su vez, una dificultad adicional para la aplicación de las restricciones, pues ya vimos lo complicada que resulta la interpretación de ese criterio.

²⁹² Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, p. 230.
Cfr. también López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 189.

El tercer requisito consiste en la *citación de la fuente*. El término “fuente” no es muy preciso en cuanto a los elementos que deben citarse, aunque, dado el contenido del artículo 21, fr. II, de la LFDA, parece claro que, por lo menos, debe mencionarse el nombre del autor y el título de la obra, para poder asentar así el vínculo autor-obra.

La cuarta condición es el *respeto a la integridad de la obra*. Esto no es otra cosa más que la plena observancia de la facultad moral de integridad, y nos reitera uno de los postulados de la doctrina tradicional de las restricciones al derecho de explotación.

Además, el primer párrafo del artículo 148 de la LFDA concluye con la frase “sólo en los siguientes casos”, lo que implica la adhesión a otros dos de los postulados de la doctrina clásica: las restricciones están sujetas a *numerus clausus* y sólo pueden ser fijadas por el legislador (aunque veremos que nuestros legisladores y autoridades administrativas son tan descuidadas, que la normatividad vigente no cumple al pie de la letra ninguno de los dos postulados, pues en la LFDA hay restricciones fuera del listado del artículo 148, así como hay restricciones formuladas por el presidente de la república fuera del texto legal).

De dichos requisitos podemos concluir que el redactor de la LFDA tuvo muy presente la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, cuando formuló el artículo 148 de la ley autoral. También se puede concluir que tuvo a la vista y leyó (aunque no podríamos asegurar que comprendió) la regla de los tres pasos.

Por otro lado, el artículo 149 de la LFDA añade dos restricciones más a las previstas por el artículo 148. Esta técnica legislativa genera bastantes cuestionamientos, ya que por un lado cabe preguntar: ¿por qué no se incluyeron esas restricciones dentro del propio artículo 148 y se mandaron a otro artículo? Y por otro lado, esto también nos plantea la cuestión de si a las dos hipótesis del artículo 149 se les aplican o no los cuatro requisitos que el artículo 148 establece para las restricciones. La respuesta parece ser negativa, pues el artículo 149 sólo dice “podrán realizarse sin autorización” e inmediatamente procede a regular las restricciones en cuestión, sin mencionar o imponer requisito alguno.

Una vez estudiados estos requisitos generales, conviene adentrarnos en nuestro derecho autoral vigente para conocer las restricciones que contempla.

2. *Las restricciones en particular*

A continuación analizaremos cada una de las restricciones al derecho de explotación que están expresamente reguladas en México.

A. *El derecho de cita*

El usualmente llamado “derecho de cita” es una de las restricciones más comunes al derecho de explotación de los autores, a tal grado que, como afirma Castán,²⁹³ existe un modelo universal del derecho de cita con estándares ya consolidados. De ahí que, autores como Colombet,²⁹⁴ califiquen a esta restricción como “clásica”.²⁹⁵

Etimológicamente, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios pasajes de una obra ajena... El empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, en una emisión radiofónica o televisiva, etcétera.²⁹⁶

Del modelo universal o estándar del derecho de cita, se desprenden los siguientes elementos de tal institución jurídica: (a) la existencia de dos obras: la obra objeto de cita y la obra en la que se incorpora la primera; (b) no se puede reproducir en su integridad la primera obra, sino sólo debe tomarse un fragmento, pasaje o extracto de la obra citada;²⁹⁷ (c) la cita debe hacerse con un propósito o fin justificado (comúnmente fines docentes o de investi-

²⁹³ Castán Pérez-Gómez, Antonio, “Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, pp. 133 y 134.

²⁹⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 70.

Mientras que Federico Vilalba estima que es “la más corriente de las restricciones”. Villalba Díaz, Federico Andrés, *op. cit.*, nota 8, p. 96.

Por su parte Suárez Lozano indica que es una restricción de raigambre que apenas necesita justificación. Cfr. Suárez Lozano, José Antonio, “Panorama general y justificación de los límites a los derechos de explotación”, en O’Callaghan, Xavier (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 333.

²⁹⁵ Incluso, a decir de Antequera Parilli, esta es la restricción que más pronunciamientos judiciales ha generado. Cfr. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 284, p. 122.

²⁹⁶ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 66.

En términos similares, cfr. también Pérez Fuentes, Gisela María, “Aproximación al derecho de citas (*sic*) como figura conciliadora entre el derecho a la educación y el derecho de autor”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre 2007, p. 866; y Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 93.

²⁹⁷ Aunque en el caso de obras visuales, tales como pintura o fotografía, se suele admitir la reproducción íntegra, pues utilizar sólo una parte menor de una pintura o una fotografía no sirve para poder criticar o analizar esa obra, o para utilizarla en la ilustración o ejemplo de alguna idea o concepto.

gación, o fines de comentario, análisis o juicio crítico); y (d) han de respetarse los derechos morales sobre la obra citada (lo que implica que sólo pueden ser objeto de cita obras ya divulgadas, debe citarse la fuente con el nombre del autor y respetar la integridad de la obra ajena).²⁹⁸

La mayor parte de las legislaciones del mundo no señalan previamente el tamaño o extensión máxima que deben tener las citas, sino que eso se deja a criterio del juzgador, quien deberá atender diversos factores como el tamaño de la obra citada, el contexto en el que se incluye en la segunda obra, la naturaleza de ambas obras, etcétera.²⁹⁹ Consideramos acertada tal postura, pues es muy difícil (y hasta arbitrario) predeterminar la extensión de la cita sin atender a las circunstancias del caso concreto.³⁰⁰ Además de que la tendencia moderna (incluso en el Convenio de Berna) es considerar que las citas no necesariamente deben ser breves o cortas para estar permitidas, pues como nos refiere Ribera: “la inclusión de una cita excesivamente corta puede dar una falsa idea de la obra. Si la finalidad de la cita no puede conseguirse sin la inclusión de una gran cantidad de extractos de carácter accesorio, estará permitido proceder de ese modo”.³⁰¹

No obstante, existen casos muy excepcionales, como lo fue Colombia³⁰² o como lo es todavía Argentina,³⁰³ en los que el texto legal determina tajantemente la extensión máxima de las citas. Por ejemplo, el artículo 10 de la

En este sentido, Von Lewinski admite la licitud de la cita cuando sus fines no pueden lograrse sino mediante la reproducción de la obra en su totalidad (como sucede con las obras de arte). *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

²⁹⁸ *Cfr.*, por todo, Castán Pérez-Gómez, Antonio, *op. cit.*, nota 293, pp. 134-136.

²⁹⁹ La *Guía del Convenio de Berna* indica lo siguiente sobre los factores a tomar en consideración por los tribunales: “No hay duda que éstos tendrán en cuenta, por ejemplo, la dimensión del extracto tanto con respecto a la obra de la que ha sido tomado, como a la obra en la que se utiliza, y particularmente la medida en que ésta última, al competir, llegado el caso con la obra preexistente, hará disminuir su venta, su circulación, etcétera”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67.

En términos muy similares encontramos en el Reino Unido el conocido caso *Hubbard v. Vosper* de 1972, en el que se fijaron parámetros conforme a los cuales medir la licitud de la extensión de la cita y su contexto, mismos que son: cuánto se ha tomado, cuánto se ha añadido, y si la segunda obra competirá con la obra citada. Para más detalles, véase Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 477.

³⁰⁰ En la práctica, muchas industrias culturales han creado códigos internos en los que ellas mismas se imponen las extensiones máximas en relación con las citas. *Cfr.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 59.

³⁰¹ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 64.

³⁰² Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 111; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

³⁰³ Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 114.

Ley 11.723 de Propiedad Intelectual argentina, establece un máximo de mil palabras en obras literarias y ocho compases en caso de obras musicales.³⁰⁴

Además, para determinar la licitud de la cita no sólo hay que tomar en cuenta la dimensión cuantitativa de la cita (extensión), sino también la *cualitativa*.³⁰⁵ En efecto, la cita de la primera obra debe ser un elemento accesorio y secundario, es decir, es un medio de apoyo para lograr un fin (ilustrar una idea, criticar la obra citada u otra obra —o hasta para criticar acontecimientos de actualidad y otras cuestiones—, etcétera), de ahí que las citas siempre van acompañadas del aporte personal del autor de la segunda obra, por lo que si se suprimieran las citas de la segunda obra, esta última no perdería su entidad propia o autonomía.³⁰⁶

El derecho de cita es la única restricción al derecho de explotación contemplada de *iure conventionis* en el Convenio de Berna, como se puede apreciar en su artículo 10.1:

Artículo 10.1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

Agregando el artículo 10.3 de ese tratado, que debe mencionarse la fuente y el nombre del autor.

Por el momento nos interesa destacar dos cosas de la regulación convencional del derecho de cita: en primer lugar, que aplica a todo tipo de obras (claro está, divulgadas), y en segundo lugar, que la licitud de la cita se mide en atención a usos honrados y al fin perseguido.

Véase cómo el Convenio de Berna no establece, *a priori*, determinados fines (docencia, crítica, análisis, etcétera), lo que implica una postura lo su-

³⁰⁴ Cfr. Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 287, pp. 105 y ss. (con una relación de la principal jurisprudencia que esa rígida disposición ha generado); y Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 353.

³⁰⁵ Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 32”, en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 170 y 171; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 266.

³⁰⁶ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 264 y 265. Añadiendo esta brillante académica que: “las citas deben servir de apoyo al desarrollo de las ideas propias, mas no pueden convertirse en el tema principal o la sustancia de la obra, ni pueden sustituir el aporte intelectual del autor de la obra a la que se incorporan”. *Ibidem*, p. 265.

En una postura más extrema, Rengifo desecha el criterio cuantitativo y considera como único válido el cualitativo. Cfr. Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 178.

ficientemente abierta para tomar en cuenta cualquier clase de finalidad que pudiera estar justificada (correspondiendo al juzgador valorar si el objetivo que se presenta en el caso concreto está o no justificado).³⁰⁷ Apertura que se confirma con el factor de los “usos honrados”, que evidentemente es de carácter flexible,³⁰⁸ aunque existe doctrina destacada que se esfuerza por darle un alcance restringido a esa expresión.³⁰⁹

De hecho, dado su texto vigente, el Convenio de Berna deja la puerta abierta para atender tanto a consideraciones cuantitativas, como también cualitativas;³¹⁰ debiendo valorarse no sólo la extensión de la cita, sino también, y acaso con mayor peso, su función dentro de la obra a la que se incorpora.³¹¹

En cambio, la Convención de Washington (1946) contempla el derecho de cita con un alcance más limitado que el Convenio de Berna, ya que en su artículo XII no se habla de “medida justificada” sino de “breves fragmentos”, lo que evidentemente es un criterio más restrictivo y menos moderno. Asimismo, la Convención de Washington no deja abierta la finalidad que ha de perseguir la cita, sino que claramente la limita a fines didácticos, científicos (incluyendo la investigación) o de crítica literaria, así como el uso en crestomatías.

³⁰⁷ Cfr. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67.

³⁰⁸ En este sentido encontramos a Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 71; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 692 (quien destaca la amplitud del concepto y que es una referencia a lo “corrientemente aceptado sobre el particular”); Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67 (quien indica que el uso honrado se refiere a lo “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opondría al sentido común”); Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 254; Rogel Vide, Carlos, “La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita” en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 306 (quien dice que la normalidad del uso debe ser apreciada por los tribunales tomando en cuenta el estado general de las costumbres).

³⁰⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 137, p. 8 (quien vincula la regla de los tres pasos con la noción de usos honrados, determinando que estos últimos son los que no interfieren con la explotación normal de la obra y no causan perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor); y Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 113 (quien también identifica los usos honrados con la fórmula de los tres pasos).

En el mismo sentido, *vid.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 262; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

³¹⁰ Como bien indica Paul Goldstein, el Convenio de Berna no contiene disposición expresa respecto al tamaño de la cita. Cfr. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 304.

³¹¹ En la revisión de Bruselas (1948), la licitud de la cita estaba sujeta a que fuera corta (*courte citation*); sin embargo, con el propósito de introducir también parámetros cualitativos, en la revisión de Estocolmo (1967) se quita el requisito de que la cita fuera corta. Cfr. Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 259 y 260; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 692; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 67; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 263 y 264.

Tanto el Convenio de Berna como la Convención de Washington, han tenido un peculiar impacto en la configuración del derecho de cita en la legislación mexicana, como veremos a continuación y en la letra C, del número 2 del del presente subcapítulo.

Ya por lo que hace a nuestro régimen jurídico interno, el derecho de cita es la primera restricción al derecho de explotación que contempla el artículo 148 de la LFDA, y se encuentra formulado de la siguiente manera:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

Un primer aspecto que destaca de la regulación mexicana es que, a diferencia de los tratados ya mencionados, las obras citadas sólo pueden ser, principalmente obras literarias, dado que la ley habla de cita de *textos*³¹² (aunque puede incluirse aquí la parte literaria de las obras musicales con letra o la parte literaria de las historietas, por ejemplo). Esto reduce, aparentemente, el ámbito de aplicación del derecho de cita, excluyendo la mayor parte de las diversas clases de obras, haciendo imposible la cita de creaciones tales como la audiovisual, la pictórica, la fotografía, etcétera.³¹³ Empero, como veremos más adelante, las citas que en principio no tienen cabida por fr. I del artículo 148, pueden encontrar acomodo en la norma prevista en la fr. III del mismo artículo.

En segundo lugar, de conformidad con la visión moderna del derecho de cita, la fr. I invocada no determina la extensión de la cita, sino que sólo se limita a prohibir el *abuso del derecho de cita*, para evitar que, mediante la constante cita de partes de una obra, esa creación se esté reproduciendo veladamente y en forma sustancial.³¹⁴ Así las cosas, la mencionada disposición permite tomar en cuenta factores cuantitativos y cualitativos.³¹⁵

³¹² Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 45.

³¹³ En contra, Serrano Migallón interpreta que la referida fr. I, aplica a toda obra literaria o artística. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 165.

³¹⁴ Sobre el abuso del derecho de cita, *cfr.* Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, pp. 353 y 354.

³¹⁵ Coincide en esta apreciación Serrano Migallón, quien indica que la fr. I del artículo 148 de la LFDA no sólo atiende a la extensión de la reproducción, sino también a la sustancia de la obra. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 165.

Por otro lado, destaca (y extraña) que la fr. I no establezca finalidad alguna que deba cumplir la cita, como es el estándar común del derecho de cita a nivel universal. Como se ha señalado, la mera yuxtaposición de citas de otros, sin un propósito de peso, no responde a la esencia y función del derecho de cita.³¹⁶

En cambio, la exigencia de protección a los derechos morales (y en particular, la citación de la fuente) está prevista para el derecho de cita vía el primer párrafo del artículo 148 de la LFDA.³¹⁷

Finalmente, llama la atención que la redacción de la fr. I, no deje claro si la cita opera únicamente como una restricción a la facultad de reproducción, o también aplica a la de distribución y a la de comunicación pública. En la doctrina, esta situación ha llevado a considerar que, aunque el texto legislativo no lo diga expresamente, el derecho de cita afecta no sólo a la facultad de reproducción, sino también a la distribución³¹⁸ e, incluso, a las demás facultades del derecho de explotación (como la de comunicación pública).³¹⁹ Esta postura, aunque acertada a nuestro entender, va en contra de la doctrina clásica de las restricciones, en particular respecto a los postulados de interpretación restrictiva y de que la restricción sólo afecta las facultades que expresamente señale el legislador.

No se requiere mayor análisis para constatar que el derecho de cita previsto en la fr. I del artículo 148 de nuestra ley, no está regulado en forma adecuada y precisa, e, incluso, no cumple con los parámetros impuestos por las normas internacionales.

De todo lo antes dicho, se puede concluir que el derecho de cita, en general, da un amplio margen de maniobra y de apreciación a los juzgadores. La ley les exige no ser unos meros aplicadores mecánicos de la norma legal, sino hacer valoraciones de fondo y resolver el asunto de la forma más equilibrada posible.

³¹⁶ Véase Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 259; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 101, p. 140.

³¹⁷ Cfr. Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo de autor. En las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 371 y 372.

³¹⁸ Rodríguez Moreno afirma que, tomando en cuenta “la inutilidad de prohibir la distribución de una obra en la que se han citado diversos autores, deducimos que la presente es también una excepción al derecho de distribución”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

³¹⁹ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 45; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 242 y 251 (quien clasifica al derecho de cita como un límite que comparte el derecho de reproducción con otros derechos exclusivos); Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 157.

En contra, Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 353 (para quien el derecho de cita sólo afecta el derecho de reproducción).

B. *Reproducciones sobre acontecimientos de actualidad*

Siguiendo con el análisis de las restricciones al derecho de explotación previstas en la LFDA, aparece la contemplada en la fr. II del artículo 148, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

[...].

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

Como se explicó en el capítulo segundo de la presente investigación, los derechos de autor protegen toda clase de obras originales, independientemente de su destino o forma de expresión. De ahí que las creaciones destinadas a informar al público o las expresadas a través de medios de comunicación masiva están protegidas por derechos de autor.³²⁰ El hecho de que las informaciones, en sí mismas, no se protejan por derechos autorales, no significa que también estén desprotegidas las variadísimas formas en que se pueden expresar esas informaciones.³²¹

Por lo tanto, los artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios a los que se refiere la norma en glosa, están, *prima facie*, protegidos por derechos de explotación, por lo que, en principio, su uso por terceros está sujeto a una licencia o autorización. Empero, dicho control sobre tales obras parece encontrarse limitado por la fr. II del artículo 148, en tanto se permite su uso no autorizado y libre de remuneración, siempre y cuando se cumplan los extremos que a continuación analizamos.

³²⁰ Bien dice Masouyé que “los artículos escritos por periodistas, así como cualesquiera obras ‘periodísticas’ en las que se den o comenten noticias, gozarán de protección en la medida en que lleven inherente una aportación intelectual que permita considerarlas como obras literarias y artísticas”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 24.

³²¹ En este sentido, es clara la fr. IX del artículo 14 de la LFDA, la cual establece que no está protegido por derechos de autor el “contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión”.

De igual forma, el artículo 15 de esa ley establece: “Las obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas o transmitidas por radio, televisión u otros medios de difusión no pierden por ese hecho la protección legal”.

En cuanto a las obras materia de dicha disposición, se habla expresamente de “artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios”, lo que es muy amplio, pues dichas expresiones abarcan prácticamente todas las obras periodísticas en medios impresos, aunque parecen no abarcar todas las relativas a medios audiovisuales y radiofónicos, ya que no se hace mención de las obras audiovisuales (aunque podrían tener cierta cabida como obras de “comentario”, pero difícilmente entrarían otras obras audiovisuales, como los reportajes y notas).

En segundo lugar, dichas obras deben referirse a “acontecimientos de actualidad”. Muchas legislaciones, e incluso el Convenio de Berna, utilizan una fórmula más restrictiva,³²² pues sólo quedan amparados acontecimientos de actualidad sobre cuestiones *económicas, políticas y religiosas*; pero, aparentemente, nuestra la LFDA adoptó la amplitud prevista en la legislación española (artículo 33.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Se aprecia que estamos frente a un requisito subjetivo, ya que medir la “actualidad” de alguna información no siempre es tarea sencilla. En este sentido, Pérez de Ontiveros Baquero indica:

En términos generales puede considerarse actual cualquier asunto que reclame, con referencia a un momento determinado, la atención de la colectividad. Sin embargo, son numerosas las cuestiones que deberán tomarse en cuenta para legitimar o no la utilización. En especial se ha considerado tradicionalmente que, entre las circunstancias a ponderar, adquiere especial importancia la periodicidad con la que aparece la obra que utiliza la creación protegida, no siendo lo mismo que se trate de un periódico o boletín de noticias diario que una revista trimestral. Así, para Desbois, la noción de actualidad es fluida, siendo solamente para la satisfacción de la información de la actualidad para lo que se permite la reproducción, debiendo tenerse en cuenta el ritmo de la publicación.³²³

En tercer lugar, las obras sobre acontecimientos de actualidad ya debieron de haberse publicado en prensa, o difundido por radio o televisión, o, incluso, por cualquier otro medio de comunicación. Este requisito es bastante amplio, pues el medio por el que se realizó la difusión es prácticamen-

³²² Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 73 y 74; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 155.

³²³ Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, “Comentarios a los artículos 33 y 34”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 624 y 625.

Por su parte, Masouyé determina que “su asunto debe ser actual, contemporáneo, y no una cuestión del pasado”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 71.

te irrelevante. Incluso la mención a “cualquier otro medio” abre la puerta, tanto a tecnologías existentes pero no mencionadas expresamente (como Internet), como también a tecnologías futuras.

Un último aspecto a destacar es que la fr. II del artículo 148 de la LFDA, al final, sujeta la libre utilización de la obra a que tal acto “no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho”. Esto ha sido criticado en la doctrina mexicana, como se puede apreciar en los comentarios de Caballero y Jalife, quienes indican que:

...es totalmente absurdo porque el capítulo en cuestión tiene precisamente como propósito, limitar el derecho patrimonial de autor, lo que supone que aún sin su consentimiento, determinadas formas de utilización de sus obras, pueden ser llevadas a cabo por parte de terceros, sin que las mismas sean constitutivas de infracción o delito alguno.³²⁴

En la misma tónica se pronuncia Pastrana Berdejo, quien afirma que la referida fracción es contradictoria, ya que:

...en su párrafo inicial menciona que estas limitaciones pueden hacerse sin autorización del titular del derecho patrimonial y en la última parte de la fracción II se señala textualmente que las reproducciones... pueden ser libremente usadas, “si esto no hubiera sido expresamente prohibido por el titular del derecho”, lo que hace nugatoria esta limitación, pues basta que el titular del derecho prohíba su reproducción, para que no surta efectos esta limitante.³²⁵

Coincidimos en esencia con esas críticas, pues en la fr. II del artículo 148 no se está previendo una restricción propiamente dicha, dado que la obra sigue siendo controlada por la voluntad del derecho de explotación, y la esencia de toda restricción es que la obra pueda ser utilizada por terceros, *incluso contra la voluntad del titular*.

Empero, lo anterior no es una desfachatez o error del legislador mexicano, sino que así lo encontramos, de origen, en el propio Convenio de Berna, como se puede apreciar en su artículo 10 bis.1. Dicha disposición está presente en el Convenio de Berna desde su texto original de 1886 (entonces

³²⁴ Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, p. XIII.

³²⁵ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 236.

También pueden encontrarse críticas de este tipo en la doctrina española, *cf.* por ejemplo Xalabarder, Raquel, *op. cit.*, nota 241, p. 4.

como artículo 7o.) y se le han venido introduciendo diversas modificaciones hasta su configuración actual.³²⁶

De cualquier forma, y a pesar de su origen unionista, cabría repensar esa restricción en otros términos, máxime que su observancia no es de *iure conventionis*.

C. Reproducciones para la crítica e investigación

La siguiente restricción al derecho de explotación la encontramos en la fr. III del artículo 148 de la LFDA, que es del siguiente tenor:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

[...].

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

Lo que aparentemente es otra restricción, es más bien una reformulación del *derecho de cita*. En efecto, como vimos en la letra A del número del presente subcapítulo, las características del derecho de cita son: (a) la incorporación de una obra ajena en una obra propia; (b) la obra ajena sólo se incorpora parcialmente; (c) la cita ha de tener un fin justificado; y (d) deben respetarse los derechos morales;³²⁷ y resulta que la restricción en estudio cumple con todos esos parámetros.

Así, la restricción plasmada en la fr. III del artículo 148 de la LFDA no es otra cosa más que el derecho de cita,³²⁸ aunque configurado con un alcance diverso al que tiene el propio derecho de cita en la fr. I del referido artículo. Por un lado, el derecho de cita de la fr. III es más amplio en tanto aplica a toda obra, mientras que el de la fr. I únicamente aplica a “textos” (esto abre la puerta para utilizar, a título de cita, obras audiovisuales, musicales, visuales, etcétera). Pero por otro lado, la fr. III es más restrictiva en cuanto no permite cualquier fin legítimo, sino sólo que el propósito sea la crítica o la investigación. Tanto en fr. I como en fr. III, la cita únicamente debe abarcar parte de la obra previa, aunque en la primera fracción se

³²⁶ Véase Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 269 y 270.

³²⁷ Véase *supra* nota 298.

³²⁸ También advierte esta irregularidad en el texto de la legislación mexicana, Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 95.

contempla expresamente la salvaguarda para evitar el llamado abuso del derecho de cita.

Consideramos poco ortodoxa la técnica legislativa de la LFDA, pues en lugar de dedicar dos disposiciones a regular el derecho de cita con alcance diverso, lo óptimo hubiera sido darle un perfil claro y definido a esa figura en una sola disposición.

En otro orden de ideas, la fr. III no oculta que está influenciada por el artículo XII de la Convención de Washington (mismo que ya se transcribió en la letra A, del número 2 del subcapítulo VIII), aunque en el caso de la norma nacional no se establece que los fragmentos deben de ser breves³²⁹ y excluye los fines didácticos y las crestomatías. De hecho, como veremos a lo largo del presente capítulo, la LFDA presenta una sospechosa ausencia de los fines didácticos o docentes en materia de restricciones a los derechos de explotación de los autores (sí hay menciones respecto a algunos derechos conexos), con excepción de las copias privadas hechas por instituciones educativas.

Por lo que hace a las llamadas crestomatías, no son otra cosa más que una *colección* de breves fragmentos de obras que se hace con una *finalidad didáctica*. El *Diccionario de la Lengua Española* nos indica el significado de la palabra *crestomatía*: “(del gr. *χρηστομάθεια*). f. Colección de escritos selectos para la enseñanza”³³⁰.

En el mismo sentido, nos explica el *Glosario de la OMPI*:

Es una colección de pasajes seleccionados de diversos escritos; generalmente persigue fines didácticos. El compilador de la crestomatía tiene sobre ella derecho de autor siempre que la compilación del material muestre originalidad; en lo que respecta a los fines didácticos, en algunas legislaciones de derecho de autor figuran disposiciones especiales encaminadas a facilitar la inclusión en las crestomatías de partes de obras protegidas.³³¹

Dicho en términos más concisos: crestomatía es una colección o compilación de *varios* fragmentos de obras.

Sin embargo, en la práctica mexicana se suele usar la expresión “crestomatía” como sinónimo de reproducción de partes de una obra para la

³²⁹ Lo que, ya vimos, es la tendencia moderna en el derecho de cita.

Empero, con un criterio anacrónico, Loredo Hill echa de menos en la legislación mexicana el vocablo “breve”. *Cf.* Loredo Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 149.

³³⁰ VV.AA., *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 682.

³³¹ *Op. cit.*, nota 59, p. 31.

En igual sentido, *cf.* Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 152.

crítica e investigación, es decir, se le identifica con la restricción contenida en la fr. III del artículo 148 de la LFDA, lo cual es un craso error,³³² pues dicha restricción se actualiza, incluso, en los supuestos en los que sólo se reproduce *un* fragmento de *una* sola obra, mientras que las crestomatías necesariamente implican una colección de *varios* fragmentos, además de que las crestomatías tienen fines didácticos (los cuales ni siquiera son mencionados por la referida fracción); por lo que, en realidad, la restricción de la fr. III no se identifica con lo que debe entenderse por crestomatía.

Inclusive, en los medios audiovisuales mexicanos (principalmente televisión), existe la práctica de superponer la palabra “crestomatía” a las imágenes de la obra citada, pues suelen considerar que tal requisito es necesario para que su conducta sea lícita. Independientemente de las implicaciones que esta práctica tenga en materia de derechos morales,³³³ es claro que ni la LFDA, ni su reglamento, ni ningún tratado aplicable, establecen tal requisito.

A mayor abundamiento, Loredo Hill ha criticado la forma en que algunas televisoras pretenden utilizar la fr. III del artículo 148 de la LFDA, para transgredir los derechos de la personalidad de varios individuos, afirmando: “Cobijados en esta misma fracción de ambos preceptos de la Ley —se refiere ese autor a los artículos 148 y 151—, no faltan pseudocomentaristas de medios de comunicación que emplean la crestomatía para detraer y destroz ar vidas privadas”.³³⁴

D. *La copia privada*

Junto con el derecho de cita, la copia privada es la restricción al derecho de explotación con mayor acogida en las legislaciones del mundo,³³⁵⁻³³⁶

³³² Incurre en esta equivocación Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford University Press, 2010, p. 253.

³³³ Sobre este punto, cabe destacar el famoso caso *Le Cinq* en Francia, en donde el Canal 5 de televisión fue condenado, por el Tribunal de la Gran Instancia de París en sentencia de 25 de octubre de 1989, por violar el derecho moral de integridad sobre las obras audiovisuales, por la sobreimposición de su logotipo durante las transmisiones de este tipo de creaciones. Cfr. Pérez de Castro, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, Reus, AIS-GE, 2001, pp. 96 y 97.

³³⁴ Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 152.

³³⁵ Cadarso Palau, Juan, “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: Reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades del género”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AIS-GE Fundación, 2006, p. 115 (quien la considera un “límite clásico del derecho de autor”); Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 66 y 69 (quien también la reconoce como una restricción clásica); Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 225; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p.

aunque no por ello es un tema pacífico, pues existe un destacado sector de la doctrina que muestra animadversión por esta figura.³³⁷

Como sabemos, en la primera mitad del siglo XX eran ya varias las legislaciones que permitían la realización de copias de obras para su uso meramente personal (por ejemplo, Alemania, Austria, Brasil, Italia, Países Bajos, etcétera),³³⁸ esto se suele explicar indicando el carácter excepcional de dichas copias privadas, dado lo trabajoso que resultaba hacer esas reproducciones,³³⁹ por lo que se consideraba un *ius usus innocui*.³⁴⁰

Sin embargo, la cuestión cambió con la invención de la fotocopidora (1940), la cual, no sólo facilitó la realización de copias privadas, sino la fácil elaboración de copias en forma *masiva*.³⁴¹ No obstante, la regulación de la copia privada no sólo se mantuvo, sino que se dio una proliferación de esta figura jurídica.

Así, encontramos la siguiente explicación en el *ABC del Derecho de Autor* de la UNESCO en relación al carácter permisible del fotocopiado: “El principio general es que, si no existen objetivos de lucro, cualquier persona puede fotocopiar las obras que necesita para uso estrictamente personal. Un

169 (quien estima que es la restricción más importante); Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 251 y 326 (quien comenta que se trata de la restricción más extendida a nivel mundial); Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 13 (quien advierte que, a pesar de esta universalidad, sus alcances son muy variados de país en país).

³³⁶ Y esto no debe sorprendernos, pues como vimos en el apartado 5, del presente capítulo, la copia privada fue de las primeras restricciones al derecho de explotación que, desde finales del siglo XIX y principios del XX, aparecieron en diversas leyes nacionales.

³³⁷ En México destacan: Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 31, p. 20; Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 324, p. XIII (quienes consideran absurda dicha restricción en la LFDA); Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, pp. 149 y 150.

³³⁸ Villalba, Carlos Alberto, “Planteamiento – Fundamentación de la copia privada como límite al derecho de autor – Justificación de la remuneración por copia privada (en general)” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. II, p. 582; y Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1065.

³³⁹ *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223; y Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 246.

³⁴⁰ Rogel Vide, Carlos, “La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico”, en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 229.

También véase Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 67; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 226; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 174; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 328.

³⁴¹ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *Intellectual property in the new technological age*, Nueva York, 2a. ed., Aspen law & business, 2000, p. 509; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 69; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 224; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 246; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 588.

ejemplo pertinente es el del estudiante que reproduce un texto necesario para sus investigaciones o estudios personales”.³⁴²

En el caso de México, la copia privada se incorporó a nuestro derecho en el texto original de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956; concretamente en el inciso d) de su artículo 15, cuyo texto es:

Artículo 15. El derecho de autor no ampara contra los siguientes actos:
[...].

d) La copia manuscrita, a máquina, fotográfica, fotostática, pintada, dibujada o en micropelícula de una obra publicada, siempre que sea para el uso exclusivo de quien la haga, sin mostrarla o exhibirla en público y sin lucrar o comerciar con ella en ninguna forma.³⁴³

Ahora bien, aunque la referencia a los fundamentos de cada restricción al derecho de explotación la realizamos más adelante en el presente capítulo (apartado 10), es necesario hacer aquí una excepción con el fin de entender a cabalidad la figura de la copia privada y el debate en torno a ella.

La justificación más común para explicar la copia privada, es la de las fallas del mercado: resulta incosteable controlar las reproducciones de este tipo mediante la concesión de licencias a cada consumidor final.³⁴⁴ Justificación que comúnmente está asociada a aquella que dice que es imposible vigilar y hacer cumplir el derecho de reproducción cuando los consumidores hacen copias privadas, lo que implicaría una “letra muerta”,³⁴⁵ amén de la poca significación económica que la copia privada tenía para los autores.³⁴⁶

³⁴² VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, p. 42.

³⁴³ Las reformas de 1963 ampliaron dicha restricción, pues conservando el mismo texto inicial, se le suprimió la frase: “sin mostrarla o exhibirla en público y sin lucrar o comerciar con ella en ninguna forma”, como se puede apreciar en el inciso e) de su artículo 18.

³⁴⁴ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, pp. 115 y 116; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1071; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 30 y 31.

Esta justificación está basada en el análisis económico del derecho, y es impulsada principalmente por los maximalistas o neoclásicos de la escuela de Chicago. Sobre dicha visión de los derechos de autor, *cf. infra* el número 1, del subcapítulo IV del capítulo quinto.

³⁴⁵ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, “The legitimation, practice and future of private copying — A paper taking as an example the system of private copying in Germany —”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2003, p. 5; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1071; Kemper, Kurt, “La copia privada en Alemania” en VV.AA., *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1995, p. 117; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 223; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 175 y 176; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 54; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 30; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 591.

³⁴⁶ Cabedo Serna, Llanos, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 75.

Empero, si esa fuera la única razón de ser de la copia privada, dicha restricción ya habría desaparecido, pues el estado actual de la técnica permite controlar las copias privadas mediante el empleo de medidas tecnológicas de protección.³⁴⁷ Sin embargo, y a pesar de estas posibilidades técnicas, los legisladores han decidido conservar la restricción relativa a la copia privada,³⁴⁸ lo que nos demuestra que dicha institución tiene algún fundamento adicional que trasciende los meros problemas prácticos y las fallas del mercado.³⁴⁹

En efecto, un sector muy importante de la doctrina encuentra como soporte de la copia privada el derecho humano a la intimidad (y, por tanto, en última instancia, el respeto a la vida privada)³⁵⁰ e, incluso, la inviolabilidad del domicilio³⁵¹ o la propiedad privada.

³⁴⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 85 y 86; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 169.

³⁴⁸ Un claro ejemplo es la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea, que aun contempla la copia privada para varios casos, y establece un complejo sistema de interacción de esta figura con las medidas tecnológicas de protección.

³⁴⁹ En este sentido Senfleben apunta: “Market failure, however, has no justificatory substance in an ethical or moral sense. As all concepts are grounded in nothing but certain circumstances which are qualified as ‘failure’, the market failure approach is doomed to fail as soon as the abuse can be remedied. Therefore, it is not surprising that technological measures which allow the monitoring of the detail of individual uses irrespective of their total number in the digital environment, have unveiled the Janus face of the market failure rationale. Nowadays, it serves more as a strong argument for those espousing the abridgement of copyright limitations than as a basis for their fortification”. Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 31.

Por lo que Cabedo Serna explica que los argumentos para fundamentar la copia privada que no tienen carácter económico, pretenden perdurar en el tiempo y no ser afectados por los desarrollos tecnológicos. *Cfr.* Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, pp. 75 y 76.

³⁵⁰ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 5; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, p. 76; Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, p. 116; Delgado Porras, Antonio, “La ‘copia privada’ en España” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 39; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 47, 48 y 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1068; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 117; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Marín López, Juan José, “El canon compensatorio por copia privada y el derecho comunitario”, *Boletín del Instituto de Derecho de Autor*, Madrid, núm. 2, junio 2006, p. 3; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 73; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 328; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, p. 236; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

De hecho, en la comunicación de seguimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas al Libro Verde de 1995 (véase *infra* letra A, del número 4, del subcapítulo III, del capítulo quinto), se reconoció que no podía abandonarse la copia privada como restricción al derecho de explotación, porque se sacrificaría el derecho a la intimidad de los usuarios de obras.

³⁵¹ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, p. 116; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 39; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175.

Pero los fundamentos de la copia privada no se agotan ahí, pues también se ha señalado reiteradamente el derecho de acceso a la cultura,³⁵³ y, a veces también, el derecho a la educación.³⁵⁴ En este sentido, Cadarso explica: “La copia privada, en fin, supone un beneficio para la comunidad, como medio para acercar la cultura a los ciudadanos. Desde esta perspectiva, se trataría de armonizar la protección del autor y su adecuada remuneración con la protección del interés general”.³⁵⁵

Estrechamente vinculado con esto, también se ha encontrado fundamento de la copia privada en la promoción de la creatividad y en constituir un motor para la libertad de expresión, en tanto los autores del futuro necesitan apoyarse en los trabajos de los autores del pasado, ayudando la copia privada (tanto transformativa como meramente consumitiva) a lograr este proceso.³⁵⁶

En este sentido, es muy interesante la idea de “equidad intergeneracional” de Senfleben, quien explica que la realización de copias privadas es susceptible de ayudar a la producción de nuevas obras, pues mientras el autor está en un proceso creativo puede valerse de estas para recibir ideas frescas e impulsos creativos (y hasta estudiar la técnica de sus predecesores). Incluso en el caso del mero uso consumitivo de copias privadas, en un futuro, eso podrá trascender a un uso creativo cuando el autor nuevo llegue a producir sus obras, trayendo un bagaje cultural previo que se nutrió, entre otras cosas, de copias privadas.³⁵⁷

Otras justificaciones que se han dado a la copia privada son los derechos de los consumidores³⁵⁸ y la diseminación de información³⁵⁹ (derecho a la información, en una de sus vertientes).

³⁵² Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 350, p. 3; y Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, p. 76.

³⁵³ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, p. 76; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 175; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 247; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

³⁵⁴ Es así que opina la jurista colombiana, Sofía Rodríguez, que: “La copia privada de las obras se justifica en la medida en que a través de ella se permite el acceso de cada individuo a las creaciones, en beneficio de la educación y la cultura, siempre que no medie un objetivo lucrativo”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

En cambio, Villalba se manifiesta abiertamente en contra de esta justificación. *Cfr.* Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, pp. 590 y 591.

³⁵⁵ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, p. 116.

³⁵⁶ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1070 y 1071.

También sobre la copia privada como motor del derecho a la información o libertad de expresión, *cf.* Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 74 y 75.

³⁵⁷ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 204 y 205.

³⁵⁸ Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1096 y 1097.

³⁵⁹ Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

Adicionalmente, en países como México, fuertemente aquejados por el problema de la piratería (estrechamente vinculado con los grandes cárteles del crimen organizado y, por ende, con la supurante crisis de la seguridad pública), la copia privada puede verse como una válvula de escape y una opción frente a la piratería. Así, la realización de copias privadas sería un incentivo para no comprar copias piratas; el Estado privilegiaría que los ciudadanos realicen copias por sí mismos, en lugar de entregarle dinero al crimen organizado (que a su vez puede reinvertirlo en otras de sus reprochables actividades: secuestro, narcotráfico, pornografía infantil, etcétera).

Todo lo antes dicho suena muy bien, pero cabe preguntarnos qué pasa con los intereses de los autores cuando se permiten hacer copias privadas a diestra y siniestra. A continuación abordaremos esta cuestión, viendo cómo la permisión de realización de copias privadas puede ser compatible con los intereses económicos del autor a través de un derecho de simple remuneración.

Recapitulando, observamos que existen varios argumentos para adoptar la restricción consistente en la copia privada. Sin embargo, no podemos cerrar los ojos al otro lado del fenómeno: las copias privadas, por muy loables y deseables que pudieran ser, afectan negativamente los intereses económicos de los autores y hasta de la industria.³⁶⁰

De esta forma, y para atajar dicha problemática económica, junto con la copia privada (restricción al derecho de explotación) se suele conceder un derecho de remuneración por copia privada (derecho de simple remuneración), configurándose así lo que se suele llamar “licencia legal” (restricción acompañada de un derecho de remuneración),³⁶¹ en la que no se necesita pedir autorización para realizar copias privadas, pero se debe pagar una cantidad de dinero para no afectar los intereses económicos de los autores. Veamos a continuación el origen y alcance de tan interesante figura.

El derecho de remuneración por copia privada tuvo su génesis en el famoso caso *Grundling Reporter* resuelto el 18 de mayo de 1955 por el Tribunal Supremo alemán. En este asunto la sociedad de gestión colectiva, GEMA, ejerció acciones contra un productor de grabadoras de cintas, requiriéndole que no vendiera sus aparatos a menos que comunicara a los consumidores

³⁶⁰ Sobre la afectación de estos intereses, *cf.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 48; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 226; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 176; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 149; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 246; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 329; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, pp. 593 y 594.

³⁶¹ Véase *supra* el subcapítulo II del presente capítulo, para una explicación de las restricciones acompañadas de un derecho de remuneración.

sus obligaciones en materia de derechos de autor, así como reclamó la reparación de los daños y perjuicios por las infracciones pasadas. El alto tribunal partió del supuesto de que la ley autoral alemana de 1901 no previó el problema de las grabaciones caseras, pero interpretó que la facultad de reproducción de los autores servía para prohibir esas grabaciones, y que debía remunerarse a los autores, incluso cuando las reproducciones se hicieran sin fines de lucro. De esta forma, se resolvió que el productor demandado contribuyó a la violación de derechos de autor.³⁶²

Este precedente fue retomado por el propio Tribunal Supremo germano en el también muy conocido caso *Personalausweise* de 25 de mayo de 1964, en el que GEMA requirió a los vendedores de aparatos de grabación que llevaran un registro de los compradores de sus equipos (esto para inspeccionar los usos que hicieran los consumidores). El tribunal desestimó tal pretensión, alegando que eso atacaría la esfera privada de los consumidores y atentaría contra la inviolabilidad de su domicilio (protegida constitucionalmente).³⁶³

En 1965 se promulga en Alemania la vigente *Urheberrechtsgesetz*, en la que se crea un nuevo derecho de autor: el derecho de remuneración por copia privada, el cual estuvo influido por los casos *Gründing Reporter* y *Personalausweise*. Esta solución legislativa busca, por un lado, proteger el derecho humano a la intimidad del que gozan los consumidores y, al mismo tiempo, proporcionarles ingresos económicos a los autores (paliando así los efectos negativos que les genera la reproducción masiva de obras para usos privados).³⁶⁴

El sistema implantado en 1965 consistía en que un porcentaje de la venta de los aparatos reproductores se destinaría a los autores y demás titulares de derechos.³⁶⁵ Como bien explica Lipszyc: “ese pago no es por el uso concreto sino por la posibilidad que esos aparatos ofrecen para realizar copias”.³⁶⁶ Posteriormente, en 1985 Alemania amplía el sistema para apli-

³⁶² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 50 y 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Schmidt, Luis C., “Private reproduction rights and exemptions under Mexican copyright law”, *The Asialaw IP review*, julio-agosto 2003, p. 28; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 586.

³⁶³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 362, p. 28; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 586.

³⁶⁴ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 51; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 118; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 241 y 242; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 587.

³⁶⁵ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 8; y Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 118.

³⁶⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

carse también a los soportes vírgenes que pudieran servir para hacer copias de obras.³⁶⁷

El derecho de remuneración por copia privada creado en Alemania tuvo una favorable acogida (primeramente en Europa), de tal forma que, poco a poco, se fue extendiendo a otros países,³⁶⁸ al grado de que en la década de 1980 hubo un verdadero movimiento a favor de ese derecho de simple remuneración.³⁶⁹ En la actualidad, la amplísima mayoría de los países que regula la restricción relativa a la copia privada, la acompañan del respectivo derecho de remuneración.³⁷⁰

A grandes rasgos, el derecho de remuneración “compensatoria” por copia privada³⁷¹ consiste actualmente en grabar con un porcentaje los equipos reproductores (fotocopiadoras, grabadoras, videograbadoras, quemadores de discos digitales, etcétera) y/o los soportes materiales vírgenes (discos, cintas, discos duros de computadoras, etcétera), según el sistema adoptado por cada país.³⁷² La remuneración debe ser cubierta por los fabricantes o impor-

³⁶⁷ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, pp. 3 y 8; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 118; Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 338, p. 587.

³⁶⁸ Por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Hungría, Italia, Islandia, Noruega, Portugal, Suecia, etcétera.

Cfr. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 52; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1069; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 176; Marín López, Juan José, “Derecho de autor, copia privada y derecho de remuneración. Experiencia en Europa”, Ponencia en las Jornadas de Derecho de Autor, OMPI, INDA, Universidad Panamericana-DF, México, 6 y 7 de septiembre de 2005, pp. 8 y 9; Netanel, Neil Weinstock, “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, p. 32; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 246; Sirinelli, Pierre, *op. cit.*, nota 6, p. 14.

En EUA llegó a existir un derecho de este tipo, previsto en la *Audio Home Recording Act* de 1992, relativo al DAT (*digital audio tape*), pero dado que ese formato no cuajó en el mercado, el derecho de remuneración no pudo aplicarse. Véase Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 368, p. 33.

³⁶⁹ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, pp. 234 y ss.; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

³⁷⁰ Inclusive, el inciso b) del artículo 5.2 de la Directiva de la Sociedad de la Información, faculta a los miembros de la Unión Europea para establecer, en sus leyes internas, la copia privada como restricción al derecho de explotación; pero en caso de así hacerlo, siempre deberán acompañar esa restricción de un derecho de remuneración.

³⁷¹ “Es frecuente que se la denomine *remuneración compensatoria*. La palabra *compensatoria* es utilizada en sentido coloquial (contrapesar, equilibrar) y no en lo jurídico (*forma de extinguir las obligaciones* que tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente respecto de deudas líquidas, exigibles, de plazo vencido, etcétera)” (énfasis en el original). Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 242.

³⁷² Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 68 y 69; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 368, p. 32; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 146.

tadores de los productos indicados, no así directamente por los usuarios que hacen las copias privadas,³⁷³ por lo que se ha calificado a esta figura como una licencia legal *indirecta*,³⁷⁴ pues el consumidor cubrirá indirectamente la remuneración a través de los empresarios indicados³⁷⁵ (ya que estos difícilmente absorberán esa carga económica, sino que la repercuten al consumidor en el precio final). La gestión colectiva es la forma idónea de recaudar y distribuir esas remuneraciones, en tanto no sólo facilita a los titulares el ejercicio de este derecho, sino que también hace las cosas más sencillas para los obligados al pago, pues estos cuentan con una ventanilla única para liquidar en un solo trámite sus deberes legales; por tal razón, en muchos países, el derecho de remuneración por copia privada se ha configurado como un derecho de gestión colectiva obligatoria (desde luego, bajo vigilancia y fiscalización de una autoridad estatal).³⁷⁶

Así las cosas, y a pesar de posturas radicales en ambos lados (empresarios y consumidores que no desean pagar la remuneración, por un lado, y, por el otro, titulares que prefieren controlar las copias privadas mediante un derecho de explotación, en lugar de tener un mero derecho de remuneración),³⁷⁷

³⁷³ Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 120; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 63; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 247; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 85.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 11 de octubre de 1988, no vio mayor problema en que ciertos intermediarios sean los deudores de la remuneración, en tanto ellos son los que directamente inducen a otros a apropiarse de los logros autorales.

³⁷⁴ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, p. 236; y Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 49.

³⁷⁵ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 8; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, p. 1070; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 281; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 63.

³⁷⁶ Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 16; Kemper, Kurt, *op. cit.*, nota 345, p. 122; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 66 y 67; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

³⁷⁷ Explican esto Becker, Jürgen, y Kreile, Reinhold, *op. cit.*, nota 345, p. 14; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 125; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 252.

Como ejemplo, puede destacarse entre nosotros la postura de Schmidt, para quien introducir en México el derecho de remuneración por copia privada, sería *injusto* para los consumidores, pero *más injusto* para los empresarios. *Cfr.* Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 362, p. 28.

Postura contraria —que no extremista— es la de Pastrana, quien recuerda la fundamental aportación de los autores a la cadena de valor añadido, y, con evidente influencia de la doctrina de la socialización del derecho (principalmente de la noción de solidaridad social), apunta: “Para aquellos que piensan: ¿Por qué tengo yo que pagar por derechos de autor cuando sólo uso los CD para copiar datos propios?, existe la respuesta adecuada: Porque en eso consiste la democracia. Todos pagamos por todos”. Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 252.

consideramos que el derecho de remuneración por copia privada es una respuesta equilibrada que salvaguarda los intereses involucrados. Como bien explica Cadarso:

La remuneración compensatoria surge, así, como sistema que trata de conciliar, por una parte, los intereses patrimoniales del autor, titular de los derechos de explotación exclusiva en cualquier forma, y, de otra parte, el acceso que la realidad tecnológica actual pone al alcance de la mayoría de los ciudadanos, sin posibilidad práctica de control individualizado, mediante la realización de copias o reproducciones para uso privado, en muchos casos necesaria para cumplir el objetivo de acercar la cultura a los ciudadanos.³⁷⁸

En otro orden de ideas, al tratarse de un derecho de simple remuneración, estamos frente a una obligación entre particulares de fuente legal,³⁷⁹ ya que hay una relación acreedor-deudor entre meros particulares (fabricantes e importadores por un lado, y titulares de derechos —normalmente a través de una sociedad de gestión colectiva— por el otro lado), el dinero

³⁷⁸ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, pp. 122 y 123.

Por su parte, Marín López indica que este derecho de remuneración “es un mecanismo de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los intereses públicos o generales”. Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 350, p. 3.

En la misma tónica encontramos las palabras de Pastrana: “Como una forma de buscar este equilibrio, podríamos interpretar a la remuneración compensatoria, bien regulada, ya que así no se le está perjudicando al titular de los derechos económicos y a la vez se le está proporcionando facilidades al público para acceder a la obra que requiera”. Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 252.

En igual sentido Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 61 y 62; y Villalba Díaz, Federico Andrés, *op. cit.*, nota 8, p. 121.

Además, Suárez nos refiere que “quienes quieren que se quite el canon, no caen en cuenta que sin el canon no puede hacer excepción”. Suárez Lozano, José Antonio, *op. cit.*, nota 294, p. 336.

Adicionalmente comenta Yu, aunque no respecto de la copia privada, pero sí sobre la necesidad de equilibrar los intereses económicos de los autores con otros derechos humanos: “Consider, for example, a conflict involving a newspaper’s freedom of expression and the author’s moral and material interests in his or her creation. If the publication of this news account is of significant public interest and high political value (for example, when the author is also a public figure), the human rights interest in freedom of expression will ensure the publication of the news account (that is, no injunction). Meanwhile, the author will receive proper compensation for the injury to the creative interest through the introduction of a human right-based compulsory license. Although this outcome may not please either party, it strikes the best compromise from the human rights standpoint”. Yu, Peter K., “Intellectual Property and Human Rights in the Nonmultilateral Era”, Research paper 11-04, Drake University, Estados Unidos de América, 2011, p. 37.

³⁷⁹ Sobre la configuración de los derechos de remuneración, *cf.* el número 3, del subcapítulo V, del capítulo segundo de la presente investigación.

no termina en el erario público y no puede cobrarse mediante la facultad económico-coactiva del Estado; es decir: “Se configura como una obligación legal de naturaleza jurídico civil”.³⁸⁰ Sin embargo, no falta quien ha querido ver en el derecho de remuneración por copia privada un impuesto o contribución,³⁸¹ lo cual es francamente un despropósito. Por eso, consideramos acertadas las siguientes palabras de Mora Rodríguez: “En efecto, no es un impuesto, ni un gravamen fiscal, pues el monto de lo recaudado no se destina a contribuir al gasto público, no se hace a través de la Administración Tributaria”.³⁸² Claramente explica Delgado Porras:

La finalidad de este canon no ha sido otra que la de atenuar o compensar a sus titulares los perjuicios derivados de la reproducción para uso personal de sus respectivas obras prestaciones.

Luego este canon, en atención a dicha finalidad, está muy lejos del mundo tributario, incluso de la parafiscalidad, que constituyen también conjuntos de obligaciones pecuniarias nacidas de la ley pero que tienen por fin procurar el sostenimiento de los gastos públicos.³⁸³

Una vez definidos los contornos de la copia privada como institución jurídica, procederemos a analizarla en la vigente legislación mexicana.

La copia privada, como restricción al derecho de explotación, está plasmada en la fr. IV del artículo 148 de la LFDA, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

³⁸⁰ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 57.

En igual sentido, como bien explica Delgado, este derecho de remuneración, al ser un derecho de autor, “pertenece al campo jurídico privado”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 48.

Asimismo, Marín ve en tal derecho una figura “de naturaleza jurídico-privada. Se trata de una obligación civil cuya fuente es la ley”. *Cfr.* Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 350, pp. 3 y 4.

³⁸¹ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 362, p. 29 (para quien introducir el derecho en cuestión en México sería inconstitucional, por no cumplir con los requisitos que la Constitución establece para los impuestos y otras contribuciones); y Lessig, Lawrence, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Londres, Bloomsbury, 2008, p. 271 (en particular sobre un posible derecho de remuneración por intercambio de música en redes P2P).

³⁸² Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 58.

³⁸³ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 48.

En el mismo sentido, Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 350, p. 4; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

[...].

IV. Reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

Un primer elemento a destacar es el párrafo inicial del artículo 148, el cual claramente indica que las restricciones al derecho de explotación se establecen “sin remuneración”, lo que nos lleva a concluir que en nuestro país no existe el derecho de remuneración por copia privada, es decir, la realización de copias privadas no genera retribución económica alguna, de forma que estamos ante una restricción simple y no ante una licencia legal (restricción acompañada de un derecho de remuneración).

Dicha conclusión no queda desvirtuada con el artículo 40 de la LFDA, pues si bien parece evidente que el redactor de la ley quiso incluir ahí el llamado derecho de remuneración compensatoria por copia privada, más evidente es su torpeza en la redacción; de forma que lo que quedó plasmado en la ley no fue en realidad el referido derecho de simple remuneración, como se puede apreciar a continuación:

Artículo 40. Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley.

El presupuesto lógico e indispensable para el derecho de remuneración por copia privada es la existencia de la restricción relativa a las copias privadas,³⁸⁴ es decir, que el legislador haya amparado esas reproducciones y, por ende, las haya revestido de *licitud*. En ese contexto, no se puede impedir la lícita realización de copias privadas (pues está restringida la facultad de reproducción) pero se puede cobrar cierta cantidad de dinero gracias a un derecho de remuneración, según el planteamiento teórico de esa figura. Sin embargo, el artículo 40 disocia la restricción al derecho de explotación de la “remuneración compensatoria” que prevé, pues la hace depender de que la reproducción *no* esté amparada por “alguna de las limitaciones” previstas por el artículo 148 de la LFDA (incluida la copia privada). Es decir, las

³⁸⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, p. 101.

reproducciones a las que se refiere el artículo 40 son *ilícitas*, pues no están autorizadas ni por el titular del derecho de explotación ni por la ley (a través de una restricción a un derecho de explotación); de forma que las copias a la que alude el artículo 40 definitivamente no son las copias privadas a las que se refiere la fr. IV el artículo 148 de la legislación autoral, pues estas últimas son reproducciones *lícitas*.³⁸⁵

La postura predominante en la doctrina mexicana es que la LFDA no regula el derecho de remuneración por copia privada,³⁸⁶ y si acaso, lo que regula el artículo 40 es, más bien, una indemnización por hecho ilícito.³⁸⁷

Esto convierte a México en una anomalía en la legislación comparada, pues la amplia mayoría de los países que contempla la restricción de la copia privada, la acompaña del correlativo derecho de simple remuneración.³⁸⁸

Un segundo elemento destacable de la regulación de la copia privada en el artículo 148, es que comprende expresamente todo tipo de obras, de ahí que esté permitido hacer reproducciones de cualquier clase de creaciones, sean estas literarias, musicales, visuales, audiovisuales e, incluso, programas de cómputo. Además, la ley permite la reproducción de la totalidad de la

³⁸⁵ Señala con acierto Carlos Rogel: “La justificación de la remuneración no es, nunca, el ilícito civil, sino, y si cabe, la constatación de un daño —para los autores— derivado del legítimo ejercicio del derecho —por los copistas— surgido de una licencia legal a su favor, daño que, aunque justo, sería merecedor de una compensación, de una remuneración compensatoria, tendente a restablecer un equilibrio patrimonial roto”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, p. 253.

Véase asimismo, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 56.

³⁸⁶ Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 324, p. VI; De la Parra Trujillo, Eduardo, “Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año III, núm. 8, mayo-agosto 2004, p. 110; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 54; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p.247; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 362, p. 28.

³⁸⁷ Véase Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 324, p. IV.

Por su parte, el jurista español, Juan José Marín López, opina que “la locución ‘remuneración compensatoria’ es empleada por el artículo 40 de la LFDA de manera impropia e incorrecta desde el punto de vista técnico-legislativo. En efecto, la lectura íntegra de dicho artículo 40... demuestra que la expresión ‘remuneración compensatoria’ no se refiere al derecho de remuneración que le asiste a los titulares de derechos de autor y derechos conexos por la copia privada de sus obras y prestaciones, sino a la indemnización a la que unos y otros tienen derecho cuando se produce una reproducción de sus obras o prestaciones no amparada por ninguna limitación legalmente prevista ni autorizada por el titular. En el artículo 40 de la LFDA, ‘remuneración compensatoria’ equivale a indemnización por infracción del derecho de reproducción”. Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 368, p. 3.

³⁸⁸ Sobre esta situación, López Maza opina: “los Estados no pueden admitir sin más la copia privada, sino que deben prever algún tipo de remuneración. De no hacerlo se vulneraría la regla de los tres pasos”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 243.

obra, pues el artículo en comento claramente habla de copia de “una obra literaria o artística” y no de “partes de una obra”.³⁸⁹ La disposición legal tampoco distingue entre los medios o técnicas para realizar esas copias, por lo que también incluye la copia privada digital.³⁹⁰

Como tercer elemento de análisis del artículo 148 de la LFDA, está el determinar si lo que autoriza es la *copia privada*, propiamente dicha, o más bien una mera *copia personal*. Sobre dicha distinción nos explica Cadarso Palau que: “se ha vacilado conceptual y terminológicamente a la hora de diferenciar ‘uso privado’ (que incluiría a las personas que forman parte del círculo privado o familiar del usuario) y el ‘uso personal’ (expresión que se reservaría para un uso estrictamente individual del copista)”.³⁹¹

Aunque también hay posturas que consideran irrelevante distinguir entre uso privado y uso personal, como es el caso de Ribera Blanes, quien opina: “Aun así, consideramos que el alcance de la expresión ‘uso privado’ concuerda en el ámbito de la copia privada con la de ‘uso personal’, de modo que ambos términos deben entenderse en el mismo sentido y en oposición a uso colectivo”.³⁹²

Sin embargo, tal debate es un tanto intrascendente en el caso de México, pues nuestra ley utiliza la expresión “uso personal y privado”, lo que, a nuestro entender, implica que se permiten no sólo los usos personales, sino también los usos privados.³⁹³ Esto se corrobora con el segundo párrafo de la fr. IV del artículo 148 de la LFDA, que amplía esta restricción al derecho

³⁸⁹ De ahí que, para el caso México, no se sostenga normativamente la opinión de aquellos que consideran que la copia privada sólo autoriza la reproducción parcial de la obra, más nunca su totalidad.

Este punto de vista es expresado por Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 228.

³⁹⁰ La llamada copia privada digital es “aquella reproducción permanente que se efectúa y queda plasmada en un soporte digital, sea tangible (CD, DVD, disquete, etcétera) o intangible (disco duro de un ordenador)”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 186.

³⁹¹ Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, pp. 116 y 117.

En igual tenor, Lipszyc refiere: “El uso privado es más amplio que el uso personal porque este último comprende solo el material producido exclusivamente con destino al uso individual de una persona mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas como es el caso de los alumnos de una clase”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 224.

En el mismo sentido, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 190; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 98; y Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 122 y 123.

³⁹² Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 330.

³⁹³ Comparten esta opinión Pérez Fuentes, Gisela María, “La protección de los derechos de autor desde Víctor Hugo hasta la sociedad de la información a través del sistema de gestión colectiva”, *Perspectivas docentes*, México, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, núm. 37, 2008, p. 10; y Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 100.

de explotación más allá del uso privado, llegando a hipótesis de uso público como el de instituciones educativas, de investigación y todas aquellas que no tengan fines de lucro. Desde luego, quedan excluidos usos internos en empresas u organizaciones de prestación de servicios, dada la finalidad económica que persiguen esas entidades.

Salvo esos casos particulares previstos en la LFDA a favor de ciertas personas morales, quedan excluidos del régimen de copia privada los usos colectivos de la reproducción, que son aquellos casos en donde el beneficiario de la copia privada difunde esta a varias personas fuera de su círculo privado.³⁹⁴

El cuarto elemento de análisis se refiere al alcance de la copia privada. Nuestra ley es tajante al señalar que sólo puede hacerse una reproducción y obtener sólo una copia; esto puede generar una interpretación muy restrictiva e inflexible (sobre todo a la luz de la máxima de interpretación restrictiva que pregona la doctrina clásica), pues puede suceder que la copia privada de una persona se dañe o destruya, debiendo tenerse la facilidad de hacer una segunda copia.

Disposiciones de ese tipo han encontrado interpretaciones más flexibles en los EUA. Efectivamente, el artículo 108.a de la *Copyright Act* contempla como lícitas las copias realizadas por bibliotecas o archivos, siempre y cuando “no se haga más de una copia”, disposición que ha sido interpretada en el sentido que, de cierta obra, no puede hacerse más de una copia *en ese momento*, por lo que puede volver a reproducirse con posterioridad.³⁹⁵ En Alemania, los tribunales han considerado que una persona puede valerse de la restricción de copia privada, para hacer hasta siete copias de una obra protegida por derechos de autor.³⁹⁶ En la misma tónica, explica López Maza:

Es cierto que si la reproducción se reduce al ámbito privado, hasta cierto punto es irrelevante el número de copias que se hagan, pudiendo hacer más de una. Puede ser que una persona necesite varias copias del mismo contenido

En particular, al ser el “uso privado” una noción amplia (género) que incluye al “uso personal” (especie), todo uso personal es necesariamente privado, mientras que no todo uso privado es personal (como el caso de usar la obra en una reunión familiar).

En contra, Marín López, utilizando la común técnica de interpretación restrictiva en la materia, considera que la LFDA sólo permite usos personales. *Cfr.* Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 368, p. 2.

³⁹⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 194 y 195.

³⁹⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 309.

³⁹⁶ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, “The german copyright – yesterday, today, tomorrow”, en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 484.

para uso privado. Además, dada la diversidad de soportes y formatos en que pueden reproducirse las obras y prestaciones, puede resultar insuficiente una única copia.³⁹⁷

Además, si la copia privada encuentra en el derecho a la intimidad uno de sus fundamentos, ese derecho debe respetarse siempre, y no hacerse depender del número de ejemplares que se reproduzcan para uso privado. Máxime cuando la segunda y subsecuentes copias adicionales rara vez tienen significación económica propia (sobre todo en el ámbito doméstico).

Asimismo, y regresando al alcance de la copia privada en México, el texto de la ley es muy claro al excluir el ánimo de lucro en la utilización de esta clase de copias: si la reproducción se realiza para venderla o rentarla, por ejemplo, ya no será considerada copia privada, y por ende, deberá contar con autorización del titular de las facultades de reproducción y distribución para su licitud.

El quinto elemento es de los más polémicos y se refiere al beneficiario de la restricción al derecho de explotación. La fr. IV en glosa establece como beneficiario a “quien la hace” (la reproducción), lo que ha llevado a muchos —siguiendo la referida técnica de la interpretación restrictiva— a considerar que la copia privada debe ser realizada directa y manualmente por quien la va a utilizar, sin que pueda intervenir ningún intermediario.³⁹⁸ Tal postura no presenta mayor problema cuando la copia privada es de obras musicales, audiovisuales o de obras en formato digital, pues dichas reproducciones suelen hacerse por el propio usuario en su domicilio y con sus propios medios de reproducción; el debate se presenta en materia de fotocopiado,³⁹⁹ pues las copias, aunque están destinadas a un uso privado (no lucrativo ni colectivo), son realizadas por un intermediario normalmente a cambio de una contraprestación en dinero.⁴⁰⁰ Es lo que se suele llamar las “copias por encargo”.⁴⁰¹

En este sentido, creemos que no debemos cerrarnos a una pobre interpretación gramatical de la ley, sino incluir argumentos teleológicos y atender a los principios y valores que busca salvaguardar el legislador; de ahí

³⁹⁷ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 236.

³⁹⁸ Por ejemplo, Delgado Porras opina que debe haber una “identidad absoluta entre ese responsable y el destinatario de la copia”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, p. 45.

³⁹⁹ Comparte esta opinión, Goldstein, Mabel, *Derecho de autor y sociedad de la información*, Buenos Aires, La Rocca, 2005, p. 299.

Asimismo, véase López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 202.

⁴⁰⁰ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 333.

⁴⁰¹ *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, pp. 44 y 45.

que no deba tener mayor trascendencia si la copia se hace directamente o con intermediación de alguien (como puede suceder en muchos otros ámbitos del mundo jurídico, incluyendo el matrimonio), sino la *finalidad misma de la copia*, es decir, que su destino sea el uso privado.⁴⁰² O sea, no importa si el botón de la fotocopidora lo apretó el beneficiario u otra persona, lo importante es que esa copia se use sólo con fines privados.

Por consiguiente, la expresión “quien la hace” no es tan clara como muchos creen, pues no se refiere necesariamente a quien materialmente realiza la copia, ya que se trata de una expresión tan ambigua que puede referirse a diversas clases de copistas: el material, el intelectual o el comercial. En efecto, hay varias posibilidades interpretativas:

- a) el copista es aquel que posee en sus locales el material necesario para confeccionar las fotocopias y explota este material poniéndolo a disposición de sus clientes; b) es copista el que elige el contenido de la copia en función del uso que piensa hacer de ella, es aquel que encarga la copia; c) copista es aquel que hace la copia, el que acciona el botón de la máquina.⁴⁰³

¿Quién copió la obra? ¿El usuario que tomó la decisión de copiarla y la llevó a un centro de copiado —copista intelectual—? ¿La copistería que presta el servicio —copista comercial—? ¿El empleado que atiende al usuario como dependiente de la copistería —copista material—? Reiteramos, la restricción debe interpretarse conforme a sus propósitos y conforme a la finalidad de la ley de que los usuarios podamos tener copias privadas. En consecuencia, estimamos que la restricción prevista en la LFDA aplica, incluso, cuando la copia es por encargo.

Por otro lado, se ha discutido mucho en la doctrina sobre si es factible que las personas morales se beneficien de la restricción relativa a la copia privada, realizándose así usos que se califican de “semi-públicos”.⁴⁰⁴ Nuestra ley toma una postura muy clara y excluye a las personas morales de este

⁴⁰² Rogel Vide indica que “una cosa son los copistas y otras las copias”, agregando: “Las copias serán privadas o públicas según sean objeto o no, en estos últimos casos, de utilización colectiva”. Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, p. 246.

Mientras que López Maza explica: “Lo privado no es la reproducción, sino el destino de la copia”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 190.

Por su parte, Villalba Díaz refiere: “La fotoduplicación de obras literarias es lícita cuando se efectúa, por sí o por un tercero, para fines personales”. Villalba Díaz, Federico Andrés, *op. cit.*, nota 8, p. 114.

⁴⁰³ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 332.

⁴⁰⁴ *Cf.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 350, pp. 42 y 43; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 224 y 225.

beneficio, con excepción de entidades no lucrativas y/o educativas y/o de investigación; lo que nos hace evidente que el legislador tuvo en mente diversos derechos humanos al establecer dicha disposición, tales como el derecho a la educación y el derecho a la información en su modalidad de buscar información (investigación).

En fin, consideramos a la restricción concerniente a la copia privada como una institución muy importante y necesaria dentro del derecho autorral. Por ende, es imperante incorporar a nuestra ley el derecho de remuneración por copia privada, para no dejar incompleto el sistema y hacerlo más equilibrado. De hecho, la remuneración por copia privada no sólo es acorde con nuestra Constitución (y con los tratados internacionales de derechos humanos), sino, además, puede considerarse una medida exigida por esta, en pos de un sano equilibrio.

E. Reproducciones para seguridad y preservación en archivos y bibliotecas

Cada día toman más importancia las restricciones al derecho de explotación relativas al uso de obras en bibliotecas, paralelamente a que se han vuelto más ásperas las relaciones entre los titulares de derechos de autor y las bibliotecas. Veamos.

Tradicionalmente, las bibliotecas eran un importante sector del mercado editorial, es decir, se les veía como clientes que adquirirían ejemplares de las obras literarias (lo que garantiza un mínimo de compras), por lo que no significaban ningún foco rojo. Las cuestiones de derechos de autor que involucraban a las bibliotecas eran mínimas y quedaban fácilmente resueltas con la figura del agotamiento de la facultad de distribución (o, en su caso, mediante una restricción *ad hoc* de dicha facultad). Sin embargo, esta situación de complementariedad que tenían las bibliotecas respecto de la industria editorial, comenzó a transformarse en una de competencia, pues las bibliotecas, primero, empezaron a realizar microfilmado de obras, luego fotocopiado para los usuarios y, ahora, digitalización de sus acervos para acceso remoto, lo que ha llevado a una reducción del mercado de los autores y editores.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Casas Vallés, Ramón, “Derecho de autor y bibliotecas: historia de una larga amistad”, Ponencia en el seminario internacional CEDRO/IFRRO, Madrid, 28 de octubre de 2005, pp. 1-3; y Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, pp. 71-73.

En este sentido, Senfleben nos recuerda que, mientras que las labores de colección, almacenamiento y de preservación de ejemplares realizadas por las bibliotecas no afectan la normal explotación de obras, las labores de diseminación de la información sí tienen más implicaciones en materia de derechos de autor. *Cfr.* Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 206.

Empero, a pesar de recientes desacuerdos e incomprensiones mutuas, los derechos de autor y las bibliotecas coinciden en una finalidad común básica, que es hacer que los ciudadanos disfruten de la cultura. En este sentido, a lo largo del mundo se han discutido y formulado una serie de restricciones al derecho de explotación que atiendan la problemática.

En consecuencia, las soluciones han sido variadas, desde el establecimiento de una restricción amplia que permita toda clase de reproducciones por bibliotecas y archivos siempre que no tuvieran fines lucrativos, pasando por restricciones que sólo amparan tales copias cuando tengan fines de investigación, hasta aquellas que sólo admiten reproducciones para fines de preservación.⁴⁰⁶

Precisamente, en ese último caso es en el que se encuentra la legislación mexicana.⁴⁰⁷ En efecto, nuestra LFDA sólo contempla una restricción destinada a las bibliotecas y archivos, decantándose por la opción más lacónica y limitada, como se puede ver en el artículo 148, fr. V:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

[...].

V. Reproducción de una sola copia por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

Los beneficiarios de esta restricción son los archivos y bibliotecas, sin que la ley distinga si son públicos o privados, lo cual es acertado, pues sin negar el papel central e indispensable de archivos y bibliotecas del Estado, existen importantes acervos dentro de la iniciativa privada (por ejemplo, en universi-

También para una panorámica de las relaciones entre derechos de autor y bibliotecas, véase Hudson, Emily, "The Copyright Amendment Act 2006: the scope and likely impact of new library exceptions", *Australian law librarian*, Australia, vol. 14, núm. 4, 2006, pp. 26-29.

⁴⁰⁶ Un análisis detallado sobre las diversas tendencias sobre restricciones a favor de las bibliotecas, puede encontrarse en Crews, Kenneth, "Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos", Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 3 a 7 de noviembre de 2008, pp. 45-62.

Para una visión panorámica de las opciones adoptadas en Latinoamérica, España y Portugal, *cf.* Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 317, pp. 409-415.

Véase también Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 76 y 77.

⁴⁰⁷ Comparte esta opinión, Crews, Kenneth, *op. cit.*, nota 406, p. 336.

dades). Sin embargo, Loredó Hill⁴⁰⁸ considera que esta fracción sólo aplica a bibliotecas y archivos del Estado, sin explicar cómo llega a tal conclusión. En cambio, Crews estima que los sujetos beneficiarios son los archivos y bibliotecas en general, sin establecerse condición alguna;⁴⁰⁹ opinión que consideramos más acertada.

A los referidos beneficiarios, la ley les permite hacer una copia de cierta obra, sin importar género o tipo (literaria, visual, audiovisual, etcétera), estando facultados para que la reproducción sea total, pues la LFDA no hace referencia alguna a que la reproducción deba ser parcial, lo cual es lógico, si se atiende al propósito perseguido por la norma que es la preservación de la obra como tal, es decir, que la misma permanezca para su consulta por futuras generaciones.

En este sentido, la disposición citada supedita la licitud de esa reproducción a una cuestión finalista: la seguridad y preservación de la obra, es decir, que dicha creación no desaparezca del acervo cultural. Empero, debido a esa finalidad, la copia realizada parece que no podrá destinarse al acceso público, sino más bien a quedar guardada y protegida por si desaparece o se destruye el ejemplar original; esto en virtud de que el propósito de la copia es la seguridad y preservación, no la disposición al público, la investigación o la educación.⁴¹⁰

Por añadidura, no basta que la copia cumpla con la restringida finalidad que le señala la norma, sino que, además, la obra debe satisfacer los requisitos adicionales de que esté agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. Esto implica que la obra no pueda conseguirse en el mercado y, además, que exista un peligro cierto de destrucción de los ejemplares ya existentes, lo que hace que esta restricción, de seguirse *ad pedem litterae*, tenga una aplicación muy limitada y sea de poca ayuda para resolver los diversos problemas a los que deben enfrentarse las bibliotecas para la preservación de la cultura.

⁴⁰⁸ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 150.

⁴⁰⁹ Crews, Kenneth, *op. cit.*, nota 406, p. 336.

⁴¹⁰ A manera de contrapunto, pueden mencionarse legislaciones, como la colombiana, que tienen una finalidad más amplia, como el uso exclusivo de los lectores de la biblioteca o el préstamo interbibliotecario. Para más detalles, *cf.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 89 y 90.

En España existen restricciones con fines de investigación y conservación, para préstamo interbibliotecario, y para puesta a disposición por redes cerradas o internas con fines de investigación. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 363 y 364.

Para una visión de lo que sucede en EUA, *cf.* Kwall, Roberta Rosenthal, "Library reproduction rights for preservation and replacement in the digital era: an author's perspective on §108", *Columbia journal of law and the arts*, Nueva York, vol. 29, núm. 3, 2006, pp. 343 y ss.

Otro punto criticable de la legislación mexicana, es que no contempla ninguna restricción respecto a la digitalización de acervos y su puesta a disposición del público, operando plenamente las facultades de reproducción y comunicación pública en este ámbito.⁴¹¹ Si bien es difícil encontrar una solución equilibrada y adecuada que respete los derechos de los autores y la loable labor de las bibliotecas,⁴¹² estimamos que el legislador nacional debió considerar la situación y avanzar hacia una respuesta.

F. *Constancias en procedimientos judiciales y administrativos*

El artículo 148 de la LFDA, en su fr. VI dispone lo siguiente:

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

[...].

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;

Esta restricción atiende al interés público del buen desarrollo de las labores de impartición de justicia y de las administraciones públicas.⁴¹³ En este sentido, en un juicio es normal realizar copias de los escritos de demanda, contestación, alegatos, anexos, pruebas, etcétera, sin autorización de su autor (recuérdese que se trata de obras literarias, y que estas se protegen por ser originales y constar en un soporte material, sin importar

⁴¹¹ Sobre la calificación jurídica del acceso a obras por Internet, *cfi. infra* la letra A, del número 2, del subcapítulo III del capítulo quinto.

⁴¹² Respecto de este tema, véase López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 362 y ss.

⁴¹³ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 33; Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, p. 111; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 317, p. 369; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 244; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 167.

En este orden de ideas, Ríos Ruiz explica: “Esta excepción busca que no se pueda restringir el acceso libre a toda clase de obra o contenido cuando éste sea necesario para probar o determinar responsabilidades dentro de las actuaciones civiles, penales o administrativas adelantadas por los estamentos judiciales”. Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 121 y 122.

Por su parte, Mora Rodríguez apunta también la seguridad jurídica y el derecho de acceso a la justicia, como sustento de dicha restricción. Véase Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, pp. 47 y 48.

que su destino sea un expediente judicial o administrativo —artículos 3o. y 5o. de la LFDA—); por no mencionar los propios litigios sobre derechos de autor, en donde también es necesario reproducir obras. Asimismo, en la presente restricción al derecho de explotación podría tener cabida la cita de doctrina y otras obras ajenas que hagan los abogados en sus escritos para apoyar sus argumentos, sin perjuicio de estar también amparadas por el derecho de cita la fr. I del artículo 148 de la LFDA, pues a diferencia de la fr. III, no se requiere ninguna finalidad particular de la cita (crítica o investigación).

Contrario a lo que sucede con otras fracciones del artículo 148, la presente restricción no limita la reproducción a una sola copia, dado que serán lícitas todas aquellas copias que necesariamente se deban hacer. El texto normativo también es laxo en cuanto a los beneficiarios, pues no exige calidad alguna, por lo que las copias podrán ser realizadas tanto por las partes, terceros (involucrados o no), y las propias autoridades (judiciales y administrativas).

A nivel comparativo, esta restricción es cada día más común,⁴¹⁴ aunque hay países, como el Reino Unido o España, que incluso la extienden a procedimientos parlamentarios, lo cual encontramos acertado, pues el interés público subyacente lo justifica. Otros estados, como Alemania, hacen también referencia a los tribunales arbitrales, cosa que, si se aplica la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, se antoja imposible en países que no hagan mención expresa al arbitraje, como México.⁴¹⁵

G. *Utilización de obras visibles desde lugares públicos*

La última restricción contenida en el artículo 148 de la ley autoral, la encontramos en su fr. VII, misma que, textualmente, señala:

Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización

⁴¹⁴ Cfr. Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 235; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 243; Algarra Prats, Esther, “El límite a los derechos de autor por razón de seguridad pública y correcto desarrollo de procedimientos oficiales” en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 18.

⁴¹⁵ En este sentido, afirma Cadarso que “la extensión al arbitraje difícilmente se acomodaría al principio de interpretación restrictiva que rige en esta materia”. Cadarso Palau, Juan, *op. cit.*, nota 335, p. 111.

En general, para una visión panorámica de esta restricción, cfr. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 77 y 78.

del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

[...].

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Como acertadamente indica Loredó Hill,⁴¹⁶ tal restricción fue importada de la legislación española,⁴¹⁷ y puede afirmarse que su propósito es darle licitud a ciertos actos del público que resultan inocuos, como por ejemplo, el turista que fotografía un monumento o videografa un edificio.⁴¹⁸

En este sentido, es destacable que dicha fr. VII sea la única, de todo el artículo 148, que expresamente restrinja otras facultades diversas a la reproducción, pues se aprecia una mención a la distribución y a la comunicación pública.⁴¹⁹ De ahí que no sólo puedan realizarse copias, sino también es lícito distribuir las y/o hacerlas llegar a una pluralidad de personas calificable como “público” sin la adquisición de ejemplares. La única facultad no mencionada es la transformación, lo cual, en principio, no plantea mayor problema en cuanto al propósito de la restricción, pues captar, por ejemplo, una escultura a través de una fotografía, dibujo o procedimiento audiovisual debe considerarse una reproducción, y no una transformación (aunque en primera instancia pudiera pensarse en una adaptación, pues se está pasando de un género o clase de obras a otro).⁴²⁰ Por tanto, la presente restricción es la más amplia, desde un punto de vista textual, en atención a las facultades del derecho de explotación que afecta.

⁴¹⁶ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 150.

⁴¹⁷ *Cf.* el artículo 35.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴¹⁸ *Cf.* Serrano Fernández, María, “Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del artículo 35.2 TRLPI”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, pp. 222 y 223; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 312.

Además de dicha justificación, Rodríguez Moreno también considera “la libertad de expresión y de información así como el derecho a la cultura”. Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100.

Mientras que Serrano Migallón estima que, dado que las obras están a la vista general del público, no generan ingresos económicos por su exhibición pública. *Cf.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴¹⁹ Las fr. II a VI sólo se refieren en forma explícita a la reproducción; la fr. I no hace mención particular de ninguna facultad del derecho de explotación, ya que únicamente habla de “cita de textos”.

⁴²⁰ Esto en virtud de que la LFDA, en su artículo 16, fr. VI, incluye dentro de la definición de reproducción “la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa”.

Lo que sí es más limitado, es el tipo de obras a las que aplica. Esto en virtud de que la referencia a ciertos medios (pintura, fotografía, dibujo o técnicas audiovisuales) y que las obras sean “visibles”, nos lleva a concluir que esta restricción aplica principalmente a obras visuales, desde obras arquitectónicas, pasando por pinturas, dibujos, esculturas en sentido estricto, fotografías, etcétera.⁴²¹

No se exige ninguna finalidad concreta para poder utilizar la obra (investigación, crítica, conservación, etcétera), ni se limita a que el uso sea de partes de la obra (lo que implica que se puede utilizar en su totalidad), lo cual nos hace ver la amplitud de esta restricción en cuanto a las conductas amparadas.

El requisito *sine qua non* que establece el legislador, es que las obras sean visibles *desde* un lugar público. Nótese que las obras no necesariamente deben estar ubicadas *en* el lugar público, sino sólo ser visibles desde un sitio de esos.⁴²² Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en la legislación comparada, la LFDA no hace referencia al requisito de *permanencia*, es decir, no se requiere que la obra esté, permanentemente, visible desde un lugar público.⁴²³ En este sentido, dentro de nuestra doctrina, Mora Rodríguez ha formulado la siguiente crítica:

Este es un límite, por demás lógico pero cuestionable. Piénsese en un dibujante amateur que dibuje una escultura de una exposición itinerante sobre el paseo de la Reforma, en este caso, por tratarse de un lugar público, estará facultado para realizar la distribución de su dibujo —su obra— en postales, cuando a simple vista lo que resalta es la escultura. Lo anterior radica sobre

⁴²¹ En este sentido, explica Ribera que “se trata de obras de artes plásticas de carácter bidimensional o tridimensional que, a la vista de los medios que pueden emplearse para su reproducción, sólo pueden ser copiadas de forma bidimensional”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 307.

Comparten esta postura, Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 99; Serrano Fernández, María, *op. cit.*, nota 418, pp. 224 y 225; y Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴²² Tal situación se deriva del hecho de que, si bien nuestro legislador trajo esta disposición del derecho español, no la copió textualmente, sino que amplió su ámbito de aplicación, pues a diferencia de la regulación hispana (que claramente indica que la obra debe ubicarse en lugar público), aquí se estableció que bastaba con que la obra fuera visible desde un lugar público.

En este tenor, la legislación colombiana sí exige que la obra esté situada en un lugar público. *Cfr.* Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 130.

⁴²³ *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 284, p. 125; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 478; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 317, p. 397; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 99; Serrano Fernández, María, *op. cit.*, nota 418, pp. 225 y 226.

el hecho de que no importa el carácter de las obras que se encuentren en lugares públicos, es decir que las mismas se encuentren permanentemente en sitio, vía o lugar público.⁴²⁴

En tal tenor, podría estimarse que conductas como esa rebasan la teleología de la restricción en comento, y podrían considerarse contrarias al primer párrafo del artículo 148 de la LFDA por atentar contra la explotación de la obra; amén de que hipotéticamente pudiera considerarse como uso abusivo de un derecho por parte del usuario.⁴²⁵

H. *Utilización en establecimientos abiertos al público para promover la venta de ejemplares*

Concluido el análisis de las restricciones previstas por el artículo 148 de la LFDA, pasaremos al estudio de aquellas contenidas en el numeral 149 del mismo ordenamiento.

Como cuestión preliminar, hay que preguntarnos por qué el legislador dividió su catálogo de restricciones al derecho de explotación en dos artículos diversos. La respuesta no es nada fácil, ya que, de entrada, la exposición de motivos de la LFDA no da explicación alguna, como tampoco lo hacen los correspondientes dictámenes parlamentarios.

En este sentido, Serrano Migallón intenta explicar el artículo 149 en los siguientes términos: “Existe otro género de limitaciones al derecho patrimonial de autor y que se fundamentan en el criterio de la fijación o de la ejecución pública”.⁴²⁶ Consideramos poco satisfactoria tal explicación pues, para empezar, la fijación y la ejecución pública son criterios diferentes entre sí, que no sirven para unificar las restricciones en un mismo artículo; mejor se hubiera optado por hacer un artículo que agrupara restricciones bajo el criterio de fijación y otra disposición bajo el criterio de ejecución pública, o mejor se hubiera recurrido a una categoría o criterio más amplio para justificar la inclusión de las restricciones en un mismo numeral. Además, el criterio de ejecución pública (en caso de que utilicemos esa expresión como sinónimo de comunicación pública, como a veces hace —indebidamente—

⁴²⁴ Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

⁴²⁵ En este sentido, Alberto Bercovitz afirma que la restricción es razonable en tanto se trata de obras que forman parte del paisaje urbano, pero que “lo que carece del más mínimo fundamento es que esa reproducción llevada a cabo con fines lucrativos o empresariales pueda hacerse sin pagar remuneración alguna al autor”. Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 113.

⁴²⁶ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

la legislación y la práctica mexicana)⁴²⁷ también se usa en la fr. VII del artículo 148 de la LFDA, por lo que no sería un criterio válido para mandar restricciones de ese tipo a artículos diferentes. Asimismo, la restricción de la fr. II del artículo 149, no siempre se funda en la fijación, antes al contrario, en la mayoría de las veces sólo se hacen meras reproducciones de obras ya fijadas. Por eso estimamos harto desafortunada y poco convincente la representación que se hace Serrano.

Más bien, la creación de un segundo catálogo de restricciones en el artículo 149 de la LFDA, parece ser fruto de la casualidad y del capricho legislativo, y no de una decisión sólidamente razonada y justificada. Si acaso, lo único que podríamos encontrar en común en las dos restricciones del artículo 149 (y que pudiera servir como criterio unificador), es que las mismas atienden a necesidades prácticas (más que a fines de interés público o iusfundamentales), como se verá a continuación. Empero, la restricción de la fr. VII del artículo 148, también encuentra su justificación, primordialmente, en razones de índole práctica, lo que nos demuestra la poca claridad de conceptos del redactor de la ley y el tratamiento asistemático a las restricciones al derecho de explotación.

Otro aspecto a destacar, es la diferencia entre el párrafo inicial del artículo 148 y el del artículo 149, ya que este último solamente indica, escuetamente, “podrán realizarse sin autorización:”. Mientras que el artículo 148 expresamente dice que las obras, no sólo pueden usarse sin autorización, sino además *sin remuneración*; el artículo 149, no hace esta última aclaración, lo que lleva a especular si las restricciones que contempla están acompañadas o no de un derecho de simple remuneración (es decir, si son licencias legales).

La incógnita se despeja inmediatamente respecto de la grabación efímera (artículo 149, fr. II), pues claramente se señala que la misma “no obligará a ningún pago adicional”. La cuestión es un poco más peliaguda respecto de la restricción de la fr. I. Empero creemos que en esta tampoco hay un derecho de remuneración; en primer lugar, porque no existe formulación expresa de la obligación de pago, y en segundo lugar, porque, aunque dicha obligación pudiera válidamente extraerse de una inferencia, faltarían elementos esenciales de su configuración, como la determinación de su monto. Refuerza este argumento el trámite parlamentario de dicha disposición, particularmente, el dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el cual apunta que tal enunciado normativo “establece los casos

⁴²⁷ Piedras, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, México, CONACULTA-SOGEM-CANIEM-SACM, 2004, p. 25.

de excepción en que podrán realizarse utilizaciones o ejecuciones de obra sin que medie autorización previa o se causen regalías por tal concepto”.⁴²⁸

Adicionalmente, el primer párrafo nada nos dice sobre la necesidad de respetar los derechos morales sobre las obras a utilizarse, particularmente lo relativo a la paternidad, la integridad y la divulgación; sin embargo, tal omisión no genera mayor problema, pues el deber de respetar los derechos morales se desprende directamente del artículo 21 de la LFDA.

De cualquier manera, salta a la vista la deficiente técnica del legislador y las innecesarias complicaciones derivadas de crear un catálogo de restricciones alterno en el artículo 149 de la LFDA. Lo ideal hubiera sido que todas las restricciones al derecho de explotación del autor estuvieran en un mismo artículo, o que a cada una le correspondiera un artículo propio y todos esos artículos estuvieran agrupados en un mismo capítulo.

Una vez expresadas estas generalidades del artículo 149 de la LFDA, pasemos, ahora sí, a analizar sus restricciones en particular, dedicando el presente apartado a la contemplada por su fr. I, misma que es la siguiente:

Artículo 149. Podrán realizarse sin autorización:

I. La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no haya cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras,

Como anticipamos, esta restricción no busca salvaguardar ningún derecho humano ni un gran interés público, sino que, en forma más modesta, atiende a la necesidad práctica de promover la venta de ejemplares de obras, cuestión que, como apunta Loredo Hill,⁴²⁹ beneficia tanto al empresario como al autor; es decir, legítima las prácticas habituales de propaganda mercantil, por lo que sólo pueden valerse de esta restricción los establecimientos comerciales que vendan copias (lícitas, desde luego) de las obras en cuestión.⁴³⁰

Aunque la fracción en comento habla de “utilización” de las obras, se infiere que se trata de actos de comunicación pública, pues lo que se hace en tales tiendas es comunicar obras sonoras, visuales y audiovisuales, para exponerlas al público. Sin embargo, la presente restricción también llega a afectar la facultad de reproducción en el caso de las tiendas electrónicas

⁴²⁸ Coincide en este punto Serrano Migallón, para quien las restricciones del artículo 149, deben cumplir los mismos criterios interpretativos que las del artículo 148 de la LFDA. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

⁴²⁹ Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 151.

⁴³⁰ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 168.

o “en línea”, en las que también se le permite al público a acceder a las obras, normalmente a breves fragmentos de ellas (muestras o *samplers*) para orientar la decisión del consumidor, y como se explica más adelante,⁴³¹ las transmisiones por Internet no sólo son actos de comunicación pública, sino también de reproducción.

La principal condicionante de esta norma, es que el único propósito del uso de las obras sea promocionar su adquisición. De ahí que resulte lógica la prohibición de cobrar por entrar al establecimiento, pues en esos casos el empresario no sólo estaría lucrando con la venta de ejemplares (distribución que tiene autorizada), sino también con la comunicación pública de las mismas, lo que ya requeriría otra autorización por esa modalidad de explotación⁴³² y no estaría amparada por la presente restricción, ya que nos encontraríamos ante una finalidad lucrativa adicional a la mera venta de copias.

En otros países existe una modalidad a esta restricción, la cual ampara la comunicación pública de las obras con el fin de demostración y promoción de aparatos electrodomésticos para su venta en establecimientos mercantiles.⁴³³

I. La grabación efímera

La grabación efímera es una restricción muy común a lo largo del mundo, y respecto a la misma, la fr. II del artículo 149 de la LFDA establece lo siguiente:

Artículo 149. Podrán realizarse sin autorización:

[...].

II. La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:

- a) La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se con venga;
- b) No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y
- c) La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional distinto al que corresponde por el uso de las obras.

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.

⁴³¹ Véase la letra B, del número 2, del subcapítulo III del capítulo quinto del presente trabajo.

⁴³² Sobre la regla de independencia de las facultades y modalidades de explotación de las obras, *cf. supra* la letra E, del número 2, del subcapítulo V del capítulo segundo.

⁴³³ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

Dicha disposición inicia autorizando la realización de “grabaciones efímeras”, pero no define tales. Para conocer el alcance de dicha figura tenemos que recurrir al artículo 142 de la LFDA, el cual nos dice:

Artículo 142. Grabación efímera es la que realizan los organismos de radiodifusión, cuando por razones técnicas o de horario y para el efecto de una sola emisión posterior, tienen que grabar o fijar la imagen, el sonido o ambos anticipadamente en sus estudios, de selecciones musicales o partes de ellas, trabajos, conferencias o estudios científicos, obras literarias, dramáticas, coreográficas, dramático-musicales, programas completos y, en general, cualquier obra apta para ser difundida.

En igual sentido, el *Glosario de la OMPI* define a la grabación efímera en los siguientes términos:

Es la fijación auditiva o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada para un período transitorio por un organismo de radiodifusión utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión. Los reglamentos aplicables a esta clase de grabaciones deberán ser determinados por la legislación. Esta puede autorizar su conservación en archivos oficiales por motivos de su carácter documental extraordinario.⁴³⁴

La razón de ser de esta restricción es que los organismos de radiodifusión, aunque tengan celebrados contratos de autorización para la comunicación pública de obras, en ciertos casos requieren hacer copias de las creaciones para radiodifundirlas (principalmente cuando la transmisión es diferida y no en vivo); de ahí que, con fines prácticos, se libere al organismo de radiodifusión de tener que pedir autorizaciones adicionales (y pagar las respectivas contraprestaciones)⁴³⁵ por las reproducciones que necesita hacer.⁴³⁶

⁴³⁴ *Op. cit.*, nota 59, p. 104.

⁴³⁵ En este sentido, Lipszyc nos explica la regla general que es derogada por esta restricción: “El derecho de comunicación pública es distinto e independiente del derecho de reproducción, por lo que cada uno debe ser objeto de una autorización especial y da derecho a una remuneración diferente”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 236.

Mientras que Begoña Ribera indica que “la aplicación del principio de independencia de los derechos patrimoniales impone la exigencia de contar con dos autorizaciones que provengan del autor: una para emitir y otra para grabar”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 317.

⁴³⁶ En general, sobre la finalidad de la grabación efímera, *cf.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 80; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 275 y 276; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, pp. 343-345; Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, pp. 84 y 85; Ribera Blanes,

La grabación efímera ha sido recogida por el Convenio de Berna, aunque está plasmada sólo como una restricción optativa, no de *iure conventionis*. Además, la fórmula adoptada en ese acuerdo refleja el intenso debate entre autores y organismos de radiodifusión, de manera que tal tratado no da una solución concreta sino que, como indica Masouyé,⁴³⁷ sólo traslada el problema a la legislación interna, teniendo cada país un amplio margen de maniobra para configurar tal restricción.⁴³⁸ El requisito indispensable para que opere esta restricción a la facultad de reproducción es que el organismo de radiodifusión tenga previamente autorizada la comunicación pública de la obra, en su modalidad de radiodifusión,⁴³⁹ de ahí que se considere que es una restricción a la facultad de reproducción que viene de la mano de una licencia de comunicación pública.⁴⁴⁰

Por su parte, la fr. II del artículo 149 de la LFDA establece tres condiciones para la licitud de la grabación efímera. La primera de ellas es que la transmisión se realice dentro del plazo convenido. Esto ya nos plantea una serie de cuestionamientos y problemas, pues otra vez, para la plena operabilidad de una restricción, interviene la voluntad del titular del derecho restringido. De ahí que Loredó Hill critique que dicha disposición, no sólo no diga expresamente con quién debe convenirse el plazo, sino que se contradiga con el encabezado del artículo 149 que establece que “podrán realizarse sin autorización”.⁴⁴¹ Y es que, en efecto, no se requiere autorización para realizar y usar la grabación efímera, pero sí es necesario pactar un plazo para hacer la respectiva transmisión, y si el titular del derecho se niega, simplemente, a acordar término alguno, no se cumpliría entonces uno de los requisitos de la fr. II del numeral citado, lo que implicaría que la grabación efímera sería ilícita. Esto va en contra de la naturaleza jurídica de las restricciones, en las que la voluntad del titular del derecho debe ser

Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 316 y 317; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 169; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 164.

⁴³⁷ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 85.

⁴³⁸ El artículo 11 bis.3 de Berna, dispone: “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación”.

⁴³⁹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 102.

⁴⁴⁰ Como bien dice Ribera: “La realización de grabaciones de obras por parte de entidades radiodifusoras supone una derogación del derecho exclusivo de reproducción que está vinculada a la cesión del derecho de comunicación pública”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 316.

⁴⁴¹ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 151.

irrelevante. Se aprecia que en este caso, quien tiene la decisión y el control sobre las grabaciones efímeras, es el titular del derecho. Situación que también es advertida por Serrano Migallón, quien indica:

Esta limitación tiene elementos particulares que la hacen diferente de otros géneros de excepción al derecho patrimonial de autor. Por una parte requiere de un concurso de voluntades, en el que participan el usuario y el titular de los derechos patrimoniales, pues su transmisión está sujeta a los límites temporales que se pacten;⁴⁴²

La segunda condición que establece la fr. II del artículo 149 de la LFDA, es la no realización de comunicaciones concomitantes o simultáneas cuando se haga la grabación, es decir, que la grabación tenga como propósito transmisiones diferidas. La grabación de un programa en vivo o en directo, está sujeta a la respectiva autorización.

El tercer requisito para la licitud de la grabación efímera es que, con dicha grabación, únicamente se puede hacer una sola transmisión. Esto no es de sorprendernos, pues aunque existen legislaciones más flexibles, la tendencia mayoritaria es que sólo se conceda derecho para una sola transmisión.⁴⁴³

Llama la atención que ni el artículo 149, ni el 142, establezcan expresamente la obligación de destruir las grabaciones, ni tampoco digan el plazo dentro del cual deben destruirse tales copias,⁴⁴⁴ como sucede en el grueso de la legislación comparada.⁴⁴⁵ De dicha omisión también adolece la legislación española (de marcada influencia en nuestra LFDA), lo cual ha sido criticado por contravenir el Convenio de Berna, en tanto no se prevé ni la destrucción de la copia, ni su depósito en archivos oficiales.⁴⁴⁶

⁴⁴² Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 44, p. 169.

⁴⁴³ *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 319.

⁴⁴⁴ Como bien apunta Loredó, la ley habla de grabaciones *efímeras* —de corta duración—, y lo efímero se contrapone a lo permanente, por lo que el destino de esas copias es desaparecer. *Cfr.* Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 144.

Sobre la noción de “efímera”, *cf.* en el mismo sentido, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 276; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 165.

⁴⁴⁵ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 80; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 354.

Masouyé indica que los plazos que se suelen establecer son de lo más variado, pues van desde el mes, tres meses, seis meses y hasta un año, contados a partir de la realización de la grabación. *Cfr.* Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 85.

En igual sentido, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 165.

⁴⁴⁶ Véase Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 320; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 355.

En fin, el último párrafo de la fr. II del artículo 149 de la LFDA determina que es inaplicable la restricción prevista en dicha fracción, si existe un convenio oneroso que autorice las transmisiones posteriores; lo cual no es muy claro, pues la grabación efímera abarca sólo la primera transmisión, no las posteriores; además que, el problema de la grabación efímera es respecto a la autorización para reproducir, no respecto a la autorización de comunicar públicamente.

J. *Acceso a la obra por parte de invidentes y sordomudos*

Las restricciones generales a los derechos de explotación no se agotan en la LFDA, sino que su reglamento adiciona otra más; concretamente en el artículo 44 reglamentario vamos a encontrar el siguiente texto:

Artículo 44. No constituye violación al derecho de autor la reproducción de obras completas o partes de una obra, fonograma, videograma, interpretación o ejecución o edición, siempre que se realice sin fines de lucro y con el objeto exclusivo de hacerla accesible a invidentes o sordomudos; la excepción prevista en este artículo comprende las traducciones o adaptaciones en lenguajes especiales destinados a comunicar las obras a dichas personas.

En primer lugar, cabe criticar la antijurídica técnica de utilizar el reglamento para añadir cuestiones no señaladas por la ley, y por ende, ampliar su contenido sin realizar el trámite parlamentario previsto en la Constitución.⁴⁴⁷ Es de explorado derecho que la facultad reglamentaria del presidente no puede usarse para adicionar la ley, por lo que el artículo citado, a pesar de su loable propósito, debe considerarse inconstitucional desde un punto de vista formal.⁴⁴⁸

En segundo lugar, la referida disposición reglamentaria va en contra de la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, pues, según esta, sólo el legislador puede limitar los derechos de autor.

Lo anterior nos demuestra un punto muy importante para la presente investigación, pues a pesar de la indudable necesidad⁴⁴⁹ y justificación de

⁴⁴⁷ Vicio en el que constantemente incurre el Reglamento de la LFDA, al cual Caballero y Jalife han calificado de “joya legislativa”. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 324, p. XXVI.

⁴⁴⁸ Sobre el alcance de la facultad reglamentaria, *cfr.*, como ejemplo, la jurisprudencia del Pleno de la SCJN de rubro “FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1515.

⁴⁴⁹ “La Unión Mundial de Ciegos ha calculado que hay unos 180 millones de personas invidentes y con vista deficiente en el mundo. A pesar de que esta cifra incluye a muchos

una restricción del derecho de explotación a favor de invidentes y sordos,⁴⁵⁰ el legislador olvidó establecerla en el respectivo catálogo de la LFDA, y el ejecutivo, temerariamente, trató de corregir ese error, pero lo hizo en forma antijurídica. De conformidad con la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación, en México no sería aceptable esa restricción a favor de invidentes y sordomudos, pues no fue plasmada expresamente en la ley en el respectivo catálogo limitativo.

A pesar de la fuerte justificación de esta restricción (basada en el derecho de acceso a la cultura de un sector vulnerable de la sociedad), la ortodoxia del derecho autoral impide tomar en cuenta restricciones no formuladas expresamente por el legislador. Es evidente la severa laguna que presenta esta doctrina clásica, y las *serias injusticias* (y violaciones a derechos humanos) que puede ocasionar. Como explicamos a detalle en el capítulo quinto de la presente obra, debemos buscar nuevos esquemas que sean más acordes con el cumplimiento de los derechos humanos y que no deje a la voluntad del legislador (y a la coyuntura política) la formulación de todas y cada una de las restricciones al derecho de explotación.

Ahora bien, por lo que se refiere al alcance que, en sí misma, tiene la restricción del artículo 44 del Reglamento de la LFDA, podemos apreciar que es una norma que busca facilitar el acceso a la cultura y a la información de individuos que tengan problemas visuales y auditivos.

En este sentido, para hacer accesibles diversas obras a *invidentes* se involucran diversas facultades del derecho de explotación. Por ejemplo, un caso paradigmático es la traducción a Braille⁴⁵¹ de una obra literaria; toda vez

niños y jóvenes que necesitan acceder a la palabra escrita, por ejemplo, para estudiar, las personas de edad cuya vista ha empeorado al envejecer constituyen una proporción cada vez mayor del total... Según las fuentes más citadas, la proporción de libros publicados que se encuentran disponibles en otros formatos utilizables por personas con discapacidades visuales no supera el 5%". Sullivan, Judith, *op. cit.*, nota 47, p. 14.

⁴⁵⁰ Como bien afirma Cristina López, nos encontramos frente a “una de las genuinas manifestaciones de la función social de la propiedad intelectual”. López Sánchez, Cristina, “La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 244.

Por su parte, Ribera explica que esta restricción atiende a razones humanitarias. *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 249.

En el mismo sentido, Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

⁴⁵¹ Es un sistema de escritura basada en una serie de puntos puestos en relieve en papel, en otros materiales o en ciertos aparatos especiales, que permiten 63 combinaciones que pueden representar letras, palabras, números, símbolos, signos de puntuación, etcétera. *Cfr.* Nilsson, Stina, *Copyright exceptions and limitations for the benefit of persons with disabilities – Access*

que se trata de un acto de transformación, dado que se crea una obra derivada⁴⁵² (de hecho, el artículo 44 del reglamento habla de “traducción”), en principio no se podría hacer sin autorización del titular respectivo; aunque también se discute si, más bien, es una mera reproducción.⁴⁵³ Desde luego, la restricción en glosa también comprendería otro tipo de lenguajes o técnicas que busquen comunicar las obras por medios no visuales (como los audiolibros).⁴⁵⁴

Cornish y Llewelyn explican que restricciones de este tipo parten del supuesto de que los libros en versión Braille nunca encontrarán un mercado para ser explotados comercialmente, y que lo mismo puede decirse de las grabaciones sonoras (audiolibros).⁴⁵⁵ Si bien compartimos esa percepción por lo que hace al Braille, creemos que no es acertada en cuanto a los audiolibros, pues no es raro ver su comercialización en librerías, en otros establecimientos e, incluso, en la Internet; además, el artículo 44 del reglamento tajantemente ordena que no deben existir fines de lucro, por lo que la explotación de una obra en forma de audiolibro requerirá autorización del titular del derecho de explotación (a lo que debemos añadir que los invidentes son sólo parte de los consumidores potenciales de audiolibros, pues los mismos también son adquiridos por personas sin afectaciones visuales).

En cuanto a los “sordomudos”,⁴⁵⁶ es común que se les proporcione versiones escritas de obras sonoras y audiovisuales, además de que en muchos casos, este tipo de personas manejan lenguajes de signos,⁴⁵⁷ lo que implica a las facultades de reproducción (por ejemplo, subtítulos en una película), comunicación pública (el lenguaje de signos se hace a través de comunicación corporal, lo que califica como interpretación o ejecución pública)

to cultural life and information, Suecia, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Universidad de Lund, 2007, p. 37.

También véase Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 78; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

⁴⁵² Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 31”, en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 169; y Nilsson, Stina, *op. cit.*, nota 451, pp. 38-40.

⁴⁵³ López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 450, pp. 262 y 263.

En este sentido, Ribera Blanes considera que en Braille la sintaxis es la misma, por lo que no hay una aportación personal en la conversión de una obra a este sistema, siendo una mera actividad mecánica. *Cfr.* Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 250.

⁴⁵⁴ López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 450, p. 243.

⁴⁵⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480.

⁴⁵⁶ Desafortunada expresión del redactor del Reglamento de la LFDA, pues una persona con problemas auditivos (incluso al 100%) no necesariamente es mudo, y puede expresarse verbalmente como lo hacemos la mayoría de nosotros, gracias a diversas terapias.

⁴⁵⁷ Nilsson, Stina, *op. cit.*, nota 451, p. 37.

y transformación (por ejemplo, describir sonidos en los subtítulos de una película).⁴⁵⁸

El problema es que el artículo 44 sólo habla de “reproducción” y luego de “traducciones o adaptaciones”, lo que sólo afecta las facultades de reproducción y transformación, dejando intocadas las de distribución y comunicación pública (si interpretamos la norma a la luz de la doctrina clásica de las restricciones a los derechos de explotación). Esto dejaría fuera al lenguaje de signos al que nos hemos referido.

Así, se puede apreciar que la restricción en estudio no sólo tiene deficiencias jurídicas de carácter orgánico, sino también materiales, en tanto no cubre todos los supuestos necesarios para un adecuado acceso a las obras por parte de sordos e invidentes. Incluso, podría cuestionarse que se haya dejado de lado a personas con otro tipo de discapacidades, como aquellas con problemas motores, que en muchos casos no pueden manejar libros y necesitan otro tipo de ediciones.⁴⁵⁹ De nueva cuenta, se observa lo insuficiente de la doctrina clásica de las restricciones, y su impacto en materia de derechos humanos.

K. *Restricciones particulares en materia de programas de cómputo*

Además de las restricciones generales aplicables a todo tipo de obra, la LFDA contempla algunas restricciones particulares aplicables sólo al *software*, como se desprende de su artículo 105:

Artículo 105. El usuario legítimo de un programa de computación podrá realizar el número de copias que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor, o una sola copia de dicho programa siempre y cuando:

I. Sea indispensable para la utilización del programa, o

II. Sea destinada exclusivamente como resguardo para sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta no pueda utilizarse por daño o pérdida. La copia de respaldo deberá ser destruida cuando cese el derecho del usuario para utilizar el programa de computación.

La primera pregunta que nos plantea esta disposición es su relación con el artículo 148 de la LFDA, es decir, si a los programas de cómputo sólo le resultan aplicables las restricciones del artículo 105 o si, además, también están sujetos a las previstas por el artículo 148.

⁴⁵⁸ Por todos, véase *ibidem*, pp. 39 y 40.

⁴⁵⁹ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 480; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, p. 249.

Si bien hay un fuerte argumento de especialidad a favor de la primera opción, nos convence más la segunda. Esto debido que el artículo 105 no utiliza ninguna expresión restrictiva (como “exclusivamente”, “sólo”, “únicamente”, etcétera), lo que nos permite colegir que si la ley prevé otras restricciones al derecho de explotación, también les serán aplicables a los programas de computación. También cuenta que las restricciones del artículo 105 solamente operan a favor del “usuario legítimo” y no *erga omnes* como las restricciones del artículo 148, lo que nos demuestra que dichas disposiciones persiguen fines diferentes, aunque ambas contengan restricciones al derecho de explotación. Además, el artículo 148 de la LFDA es omnicompreensivo, ya que habla en general de las “obras literarias y artísticas”, concepto dentro del cual se encuentran los programas de cómputo; de donde se concluye que tales restricciones aplican a todo tipo de obras, sin que exista exclusión del *software*.

Así las cosas, los programas de cómputo pueden ser objeto de las utilidades lícitas previstas en el artículo 148 de la ley autoral, por ejemplo, si un académico transcribe una parte de un código fuente en un libro de texto de programación a título de cita, o, incluso, la realización de copias privadas (aunque este es tema más polémico). Dicho lo anterior, procedamos a estudiar las restricciones del artículo 105 de la LFDA.

Como se adelantó, tal disposición establece, de entrada, un requisito subjetivo, ya que sólo se puede beneficiar de ella el “usuario legítimo”. Ni la LFDA, ni su reglamento nos definen qué debe entenderse por “usuario legítimo”. Se trata de una expresión aparentemente copiada de la legislación autoral española, misma que, de por sí, plantea algunos problemas interpretativos. Veamos.

El artículo 100.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual hispana utilizó la expresión “usuario legítimo” al transponer la Directiva sobre Programas de Ordenador de la Unión Europea, la cual usa, en términos un poco más precisos, la expresión “adquirente legítimo”. Esta amplitud en el término utilizado en la ley española, ha llevado a interpretar que el “usuario legítimo” es, desde luego, el licenciataria de un programa de computación, el adquirente o comprador de una copia de ese *software* e, incluso, personas que sin ser licenciataria o adquirentes de una copia, tienen acceso al programa a través de uno de estos, como por ejemplo, quienes hagan mantenimiento de los equipos, los familiares o los amigos.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ Delgado Echeverría, Antonio, “Comentario al artículo 100”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1493 y 1494.

Empero, en el contexto mexicano, el alcance de la expresión “usuario legítimo” habrá de desprenderse del propio artículo 105 y, en su caso, de otras normas de la LFDA. En este sentido, el primer párrafo del artículo citado nos dice que el usuario legítimo podrá realizar el número de copias del *software* “que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor”, lo que implica que se está vinculando la calidad de usuario legítimo a la de licenciatario (persona que celebró un contrato en donde se le transmitió, en exclusiva o no, el derecho de usar temporalmente un programa de cómputo);⁴⁶¹ lo que se confirma con la fr. II *in fine* del mismo artículo, que habla del “derecho del usuario para utilizar el programa”. Así las cosas, todo apunta a que, en derecho mexicano, el usuario legítimo de un programa de cómputo es su *licenciatario*.

Ahora bien, el artículo 105 establece dos restricciones del derecho de explotación sobre un programa de cómputo a favor del usuario legítimo: la realización de una sola copia que sea indispensable para el uso del programa, y la copia de respaldo. En ambos casos nos encontramos frente a una restricción a la facultad de *reproducción*. En este sentido, es criticable (que no inexplicable) que la LFDA no contenga restricciones a la facultad de *transformación*, pues son de las más usuales y necesarias en materia de *software*.

Efectivamente, una de las restricciones más comunes es aquella que tiene que ver con la *decompilación* o *descompilación* de los programas de cómputo, la cual afecta la facultad de transformación. Expliquemos esto.

Como bien enseña Leaffer, cuando queremos saber cómo funciona un programa de computación tenemos tres opciones: leer acerca de ese programa, observar cómo funciona el programa ejecutándolo o leer el programa en sí. El último método es el más completo y preciso para lograr ese fin, sin embargo, los programas de computación suelen comercializarse en *código objeto* (es decir, en lenguaje binario) el cual es incomprensible para los seres humanos. Por lo tanto, es necesario realizar un procedimiento de ingeniería inversa llamado “decompiación” o “desensamblaje”, el cual consiste *traducir* el código objeto del programa a un *código fuente*, el cual sí puede ser leído por un experto en programación y analizarlo.⁴⁶²

⁴⁶¹ Sobre el sistema contractual mexicano, *cf. supra*, el subcapítulo V, número 2, letra E del capítulo segundo de la presente investigación.

⁴⁶² Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, 3a. ed., Nueva York, Matthew Bender, 1999, p. 450.

En este sentido, Rodríguez Tapia explica que “el código o programa objeto está escrito en lenguaje máquina, lenguaje binario de ceros y unos, ininteligible a simple vista. El código fuente está escrito en lenguaje humano y consta de numerosas páginas que describen todas las rutinas y algoritmos contenidos en el programa, muestra cómo funciona el programa”, de

Por tanto, en principio, pudiera pensarse que decompilar un programa de cómputo sin autorización, violaría la facultad de transformación en su modalidad de traducción (y normalmente también la facultad de reproducción, pues en el proceso se suelen hacer copias del programa). No obstante, bajo el criterio de que los derechos de autor no protegen las ideas ni los principios implícitos de un programa de cómputo, existe cierto consenso en que la decompilación de un programa debe estar permitida por ley, incluso en contra de la voluntad del titular del derecho de explotación sobre el *software*. En este sentido, la Directiva sobre Programas de Ordenador de la Unión Europea, contiene una restricción que permite en términos generales la ingeniería inversa (artículo 5.3) y otra que permite, bajo ciertas condiciones, la descompilación con fines de interoperabilidad (artículo 6o.). En EUA los tribunales han considerado que la decompilación es un *fair use*, y por tanto, puede hacerse sin permiso del titular del *copyright*, como se señaló en los casos *Atari Games Corp. vs. Nintendo of Am.* de 1992 y *Sega Enterprises, Ltd. vs. Accolade, Inc.* de 1993. En particular, y comentando el caso *Sega*, Leaffer explica que el respectivo tribunal comprendió las características propias de los programas de cómputo y evitó que tales creaciones obtuvieran una protección semejante a la que otorgaría una patente, lo que iría en contra de la premisa en materia autoral de que las ideas, procedimientos y métodos de operación no se protegen y están en el dominio público; así, los tribunales estadounidenses permiten el acceso efectivo a las ideas subyacentes del programa de cómputo, evitando que la tutela del *copyright* se extienda a cuestiones no protegidas por la ley.⁴⁶³

Sin embargo, nuestra LFDA no sólo omite establecer una restricción relativa a la decompilación y otras formas de ingeniería inversa en su artículo 105, sino que, además, expresamente sujeta esos actos al control (y por ende,

manera que para “acceder a las ideas contenidas en el programa escrito en Código objeto, un programador debe traducirlo al código fuente”. Rodríguez Tapia, José Miguel, “Los derechos del usuario legítimo de bases de datos y de programas de ordenador”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, p. 212.

Cfr. también, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 478; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 298.

⁴⁶³ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 452.

Asimismo, *cfr.* Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 67 y 68; y Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 462, p. 212.

Sobre el alcance de la protección de los derechos de autor en materia de programas de computación, véase García Moreno, Víctor Carlos, “El soporte lógico y el derecho de autor internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 16, 1984, p. 487; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 65.

autorización) del titular del derecho de explotación, como se puede apreciar en su artículo 106, fr. IV.⁴⁶⁴

Se puede advertir que el cabildeo de la poderosa industria del *software* fue más fructífero en México que en otros lares, lo que implica un mayor control sobre la utilización de los programas de cómputo en nuestro país. Y es que el interés en proteger, a toda costa, el código fuente, no es menor, ya que lo más valioso de todo *software* es su algoritmo, el cual no está protegido por derechos de autor (fr. I del artículo 14 de la LFDA) y es fácilmente apreciable en el código fuente.

Así, el artículo 105 de la LFDA nos lleva a serios cuestionamientos por no incluir restricciones a la facultad de transformación (como la ya mencionada decompilación, la corrección de errores, etc.); a no ser que nos alejemos de la doctrina clásica de las restricciones (y de la máxima de interpretación restrictiva), para poder concluir que la mencionada disposición de la ley autoral también aplica a algunos casos de transformación.

En otro orden de ideas, la restricción planteada en la fr. I del artículo 105 de la LFDA permite al licenciatario a hacer una copia del *software*, sin autorización y sin remuneración adicional, siempre que sea necesaria para la utilización del programa. El propósito de la norma es evidente: si los programas de cómputo son obras cuyo fin es, esencialmente, utilitario (el funcionamiento y ejecución de tareas de un aparato),⁴⁶⁵ es lícito hacer las copias necesarias para lograr ese fin, ese funcionamiento. En particular, y como acertadamente explica Paul Goldstein,⁴⁶⁶ esta restricción aplica cuando, al ejecutar y usar el programa en una computadora, se genera una copia en la memoria RAM, la cual se borra cuando se apaga el aparato.

⁴⁶⁴ Inclusive, de la lectura de las fr. II y IV de sse artículo, se puede observar que la facultad de transformación es más amplia y tiene un mayor alcance en materia de programas de computación, pues se está prohibiendo la *mera realización* de la obra derivada, mientras que en el resto de obras protegidas por la LFDA la facultad de transformación únicamente impide la *difusión* de la obra derivada, más no su creación misma, como se puede apreciar en los artículos 27 (fr. VI) y 78 de nuestra ley autoral.

En este tenor, resulta interesante el plantamiento del profesor Rodríguez Tapia, en el sentido de que una facultad de transformación tan amplia como la señalada, puede encontrar problemas de carácter constitucional, pues resulta “que la mera transformación de un programa pueda ser ilícita, coartando la libertad de investigación informática”, lo cual es algo muy cuestionable. *Cfr.* Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 462, p. 210.

⁴⁶⁵ Como bien dice Rodríguez Tapia: “el programa de ordenador, aun más que la base de datos, es una obra utilitaria es una obra instrumental”. Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 462, p. 213.

En igual sentido, véase Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 287, p. 56.

⁴⁶⁶ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 305.

Quizás lo cuestionable aquí sea que el número de copias quede limitado sólo a uno.⁴⁶⁷

La fr. II del mismo artículo contempla de figura de la copia de respaldo, *back-up copy* o copia de seguridad, la cual es muy común en la legislación comparada. No es raro que la copia en donde tengamos un programa de computación se pierda, se dañe o que simplemente se borre la información que contiene; ante esos riesgos, todo usuario legítimo de un *software* tiene derecho a hacer copias de respaldo que sirvan para poder seguir utilizando el programa ante el siniestro sufrido por la primera copia.⁴⁶⁸ Esto nos es ilustrado con claridad por Delgado Echeverría:

En efecto, la copia de seguridad tiene como finalidad precaverse el usuario frente a eventuales fallos de la copia de que legítimamente se sirve. Cuando ésta falla, puede utilizar la copia de seguridad que, hasta entonces, ha tenido guardada. Por ello, en términos rigurosos nunca la copia de seguridad resulta necesaria para la utilización del programa, salvo en el sentido de que es necesaria para no verse en el caso de no poder seguir utilizándolo si la “primera copia” falla.⁴⁶⁹

La fr. II en glosa impone el requisito de la destrucción de la copia de respaldo una vez que haya cesado el derecho de usar el *software*, es decir, cuando por cualquier razón concluya la licencia (vencimiento del plazo, rescisión, etcétera). Esto en virtud de que el usuario ya no está facultado para continuar en el uso, y por eso, no es necesaria la existencia de una copia destinada a asegurar ese uso en caso de una eventualidad; además del riesgo que en sí mismo implicaría la copia de respaldo para hacer usos no autorizados o para introducirse al mercado pirata.

Con esto concluimos el estudio de las restricciones al derecho de explotación previstas expresamente en el derecho autoral mexicano, y pasaremos a la revisión de otras restricciones comunes en el ámbito comparado. Esto nos servirá para ver qué tan completa es nuestra ley.

⁴⁶⁷ Por ejemplo, el fijar o incorporar el programa en el disco duro de una computadora, lo que implica hacer otra copia (previa) a las copias temporales en memoria RAM. Si bien esas fijaciones normalmente vienen autorizadas expresamente en el texto de la licencia, debieran estar permitidas por ley y no dejarlo a la voluntad de las partes, máxime cuando se trata de reproducciones necesarias para el mero funcionamiento del programa.

⁴⁶⁸ Por tal motivo, Ficsor indica que esta restricción cumple claramente con la regla de los tres pasos. *Cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, p. 478.

⁴⁶⁹ Delgado Echeverría, Antonio, *op. cit.*, nota 460, p. 1495.

Asimismo, *cf.* Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 287, pp. 103 y 104; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 229; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 103.

3. *Algunas restricciones ausentes en la LFDA, pero comunes en otros países con sistemas cerrados*

El catálogo de restricciones al derecho de explotación previsto en nuestra LFDA no es completo ni exhaustivo. De hecho, la ley mexicana deja de lado excepciones relativamente comunes en otros países, e incluso, algunas de gran trascendencia, como es el caso de la parodia.

En el presente apartado mencionaremos algunos ejemplos de restricciones comunes en otros países, cuyos ordenamientos autorales fueron planteados en términos de un sistema cerrado. Con esto demostraremos lo incompleto que es el catálogo de restricciones de nuestra LFDA (lo cual, como veremos más adelante, tiene un impacto negativo en materia de derechos humanos).

A. *La parodia*

La parodia es una de las restricciones más comunes en el ámbito comparado,⁴⁷⁰ particularmente en países con alta dosis de ingenio y picaresca.

Desde un punto de vista lingüístico, la parodia es definida escuetamente por el *Diccionario de la lengua española* como: “Imitación burlesca”.⁴⁷¹ En este sentido, tales burlas pueden estar dirigidas hacia obras (por ejemplo, parodiar una canción o una película) o hacia personas (imitar a un deportista o a un político). Para la presente investigación, nos interesa principalmente la parodia de obras, pues es la que entra en el dominio del derecho de autor, mientras que la parodia de personas encaja, más bien, en la regulación de los derechos de la personalidad (principalmente el derecho al honor y el derecho a la propia imagen).

Como bien indica Satanowsky, las parodias “desfiguran o satirizan pública y conscientemente una obra con la intención de provocar un efecto cómico”.⁴⁷² Aunque con orígenes en el mundo literario, en la actualidad la parodia aplica a todo tipo de obras. De hecho, en Francia, originalmente se “reservó la expresión parodia para el campo musical, dejando el pastiche

⁴⁷⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300.

⁴⁷¹ *Op. cit.*, nota 79, p. 1684.

⁴⁷² Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 103, p. 429.

En el mismo sentido, *cf.* Guibault, Lucie, “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2003, p. 9.

a la literatura y la de caricatura al arte, aunque después la jurisprudencia matizó los términos ampliando sus posibilidades a otros campos”.⁴⁷³ En la actualidad, toda clase de imitación burlesca puede englobarse bajo el amplio término de “parodia”.

Ahora bien, no cualquier tipo de parodias resultan trascendentes para el mundo de los derechos de autor. Por ejemplo, las parodias de obras del dominio público no presentan mayores problemas, como tampoco los generan las parodias que no toman elementos creativos concretos de obras preexistentes (elementos originales), sino sólo las ideas, el tono, el ambiente, los convencionalismos, el estilo, etcétera.⁴⁷⁴

En cambio, hay parodias que sí toman aspectos originales de obras preexistentes, constituyendo verdaderas *obras derivadas*. Y estas parodias son las que ahora nos interesan, pues al tratarse de obras derivadas, generan derechos de autor para su creador, pero su difusión estaría, en principio, sujeta a la autorización del titular de la facultad de transformación sobre la obra preexistente.

Sin embargo, muchos países extraen la parodia del ámbito decisorio del titular de la facultad de transformación sobre la obra preexistente, con el propósito de que la parodia se pueda difundir sin autorización, constituyendo así una restricción a esa facultad del derecho de explotación.⁴⁷⁵

La razón tradicional por la que se concede esa libertad para parodiar, radica en que la parodia es vista como un instrumento de crítica y libertad de expresión, por virtud del cual se establece un juicio sobre la obra parodiada. En tal contexto, lo común es que el autor no quiera dar licencias para que se critique su obra, y menos en forma burlesca. Así, para que los derechos del autor sobre la obra parodiada no constituyan un obstáculo para

⁴⁷³ Espín Alba, Isabel, “La parodia de obras divulgadas”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, p. 281.

Véase, asimismo, Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 472, p. 9.

⁴⁷⁴ Un ejemplo de este tipo de parodia es la película *Fearless vampire killers (or pardon me, but your teeth are in my neck)* de Roman Polanski (conocida en español como la *Danza de los vampiros*), en la que se parodia a las películas de vampiros de la casa productora *Hammer Films*, mofándose de su temática, decorados, reparto y personajes, pero nunca aludiendo a una obra en concreto.

Para más detalles, véase Erreguerena Albitero, María José, *El mito del vampiro. Especificidad, origen y evolución en el cine*, México, Plaza y Valdés, UAM-Xochimilco, 2002, pp. 87-92.

⁴⁷⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 237.

Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en el artículo 5.3.k de la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea, mismo que faculta a los estados miembros de esa comunidad para establecer una restricción a los derechos de explotación “cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche”.

criticar esa obra, la difusión de parodias suele permitirse sin necesidad de obtener licencia del titular del derecho sobre la obra parodiada, restringiéndose de esta manera la facultad de transformación.⁴⁷⁶

En esta tónica, hay que apuntar que las parodias de obras pueden clasificarse en dos tipos: 1) la *target parody*, que critica a la obra parodiada y a su autor; y 2) la *weapon parody* o parodia medio, que utiliza la obra parodiada para criticar cuestiones ajenas a dicha obra o a su autor.⁴⁷⁷ El problema que presenta este segundo tipo de parodias, es que ya no encuentra acomodo en la justificación clásica en la parodia como restricción al derecho de explotación, en tanto se suele considerar que “la parodia debe dirigirse a una obra divulgada y a su autor, y no a elementos exógenos a la misma”.⁴⁷⁸

Empero, las parodias más utilizadas en los medios de comunicación son estas *weapon parodies* o parodias medio; e, incluso, son las que más litigios ocasionan en tribunales. De hecho, contrario a la ortodoxia en materia de restricciones a los derechos de explotación (máxima de interpretación restrictiva), los tribunales suelen reconocer la licitud de estas parodias medio.⁴⁷⁹

En otro orden de ideas, si bien son muchos los países que contemplan la parodia como una restricción al derecho de explotación, su tratamiento jurídico y requisitos de aplicación son muy diversos. Aunque, como bien afirma Rodríguez Tapia, la licitud de la parodia está condicionada a “los límites del uso proporcionado y leal”.⁴⁸⁰ Por ejemplo, leyes como la ecua-

⁴⁷⁶ Sobre esta justificación “clásica”, *cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 28; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 81; y Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 114.

En este sentido, explica Espín Alba: “Es lugar común presentar el fundamento de la excepción de la parodia en la libertad de expresión y de crítica, ya que exigir el consentimiento del autor para transformar su obra en parodia sería una traba para la libertad de expresión casi insalvable, pues la inmensa mayoría de los autores se negaría a someter voluntariamente su creación al escarnio público”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, p. 278.

Por su parte, Rodríguez Tapia nos refiere: “Históricamente la parodia se admitía como un recurso del débil contra el poderoso, como único mecanismo de protesta o de subversión tolerable. La historia de la literatura está llena de tensiones entre parodia (del poderoso) y censura, política, religiosa y económica, hoy en día la más frecuente”. Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 32”, en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 193.

⁴⁷⁷ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, p. 285.

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access” en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 298 y ss.; Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 472, p. 9; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, pp. 285 y 286.

⁴⁸⁰ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 476, p. 193.

toriana⁴⁸¹ o la española⁴⁸² exigen que no exista riesgo de confusión entre la parodia y la obra parodiada⁴⁸³ y, además, que no se cause daño a la obra original o a su autor.⁴⁸⁴

En otros lugares los requisitos de licitud de la parodia son más laxos y premeditadamente abiertos, como sucede en Francia⁴⁸⁵ (en donde se sujeta la licitud de la parodia a las “leyes del género”, es decir, al uso social) o en Bélgica⁴⁸⁶ (que establece como requisito las “prácticas justas”)

En otros países, como Nicaragua, se permite lisa y llanamente la realización de parodias en forma no autorizada, sin establecer ningún requisito particular.⁴⁸⁷

Caso interesante es el de Perú, en donde la parodia no es contemplada como una restricción simple, sino como una restricción acompañada de un derecho de simple remuneración. En efecto, el artículo 49 de su Ley sobre el Derecho de Autor, además de imponer como requisitos de la parodia, la ausencia de riesgo de confusión y la no causación de daño, también señala que por esa utilización de la obra primigenia corresponde una remuneración.

En cambio, hay países (como México), cuya legislación no contempla a la parodia como una restricción al derecho de explotación, en donde se tendrá que pedir permiso al titular de la facultad de transformación, según la doctrina clásica de las restricciones.⁴⁸⁸ En este sentido, indica Antequera Parilli lo siguiente: “Pero en las legislaciones donde no existe una disposi-

⁴⁸¹ Artículo 83.j de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁸² Artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁸³ Esto se hace con el propósito de que no se generen prácticas parasitarias y competencia desleal entre las obras, pues al público le deben quedar claros los dos discursos creativos: el primigenio y el derivado (siendo este último una imitación burlesca del primero). *Cfr.* Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, p. 288; y Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 472, p. 9.

⁴⁸⁴ Aquí, desde luego, se comprenden daños de tipo económico, principalmente por invasión de mercado y competencia que la parodia podría hacerle a la obra primigenia. Véase Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, p. 292.

Más problemático es lo relativo al daño a la obra, pues la parodia implica una transformación, no una reproducción, en donde se agregan elementos cómicos y de burla para producir el efecto deseado, por lo que habitualmente se produce un daño a la obra parodiada (una mofa hacia esa obra y/o a su autor). Por ejemplo, Silvia Díaz Alabart (“Comentario al artículo 39”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 683), dice que tal daño se produce “cuando la parodia pague de excesiva”; cuestión que nos parece sumamente difícil de medir.

⁴⁸⁵ Artículo L-122.5,4 del Código de la Propiedad Intelectual.

⁴⁸⁶ Artículo 22.1.6 de la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.

⁴⁸⁷ Artículo 37 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

⁴⁸⁸ *Cfr.* en este sentido, Ortega González, Salvador, “La parodia en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 19, 2005, p. 25.

ción expresa al respecto, rige el principio general por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no las modificaciones de su obra, lo que implica, salvo pacto expreso en contrario, el pago de una remuneración”.⁴⁸⁹

Consideramos que la parodia es una restricción al derecho de explotación que debe consagrarse expresamente en el texto de la LFDA, e incluso, como demostramos en el siguiente capítulo (apartado 6.2), está iusfundamentalmente exigida.

B. *Uso de obras musicales en ceremonias religiosas o por organismos del Estado*

Otra restricción común en varios países es la comunicación pública de obras musicales en el transcurso de ceremonias religiosas o las realice un organismo del Estado (por ejemplo, en eventos oficiales, eventos donde toque una banda militar, etcétera), sin necesidad de tener permiso el titular del derecho de explotación sobre esa obra.⁴⁹⁰

Se suele justificar esta restricción con base a un interés social de que no existan trabas para la realización de eventos o ceremonias de alta trascendencia para la vida cívica o religiosa de la sociedad.

La regulación de esta restricción encuentra dos modalidades en la legislación comparada, a saber: a) por un lado, los países que establecen tal restricción acompañada de un derecho de remuneración (licencia legal) como es el caso de Alemania;⁴⁹¹ y b) por otro lado, los países que hacen gratuita tal utilización de obras, como pasa con Argentina,⁴⁹² Ecuador,⁴⁹³ España,⁴⁹⁴ Italia,⁴⁹⁵ Paraguay,⁴⁹⁶ y Perú.⁴⁹⁷

En los casos de la segunda modalidad se ha criticado que el uso sea gratuito, pues un gran número de obras tienen como principal finalidad ser comunicadas públicamente en ceremonias religiosas o actos oficiales, como

⁴⁸⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 284, p. 126.

⁴⁹⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, p. 238; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 287, p. 734; Román Pérez, Raquel de, “La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales y religiosos”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, pp. 157 y ss.; Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 287, p. 36; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 317, p. 416.

⁴⁹¹ Artículo 52.1 de su *Urheberrechtsgesetz*.

⁴⁹² Artículo 36 de la Ley 11.723.

⁴⁹³ Artículo 83.b de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁹⁴ Artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴⁹⁵ Artículo 71 de su legislación sobre *diritto d'autore*.

⁴⁹⁶ Artículo 38.1 de la Ley 1.328/98 de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

⁴⁹⁷ Artículo 41.b de la Ley sobre el Derecho de Autor.

es el caso de himnos, cantos religiosos, marchas militares, etcétera, y los intereses de sus autores serían afectados substancialmente.⁴⁹⁸

Finalmente, cabe decir que, si bien es cierto que la LFDA no contempla una restricción de este tipo, sí establece un régimen particular para el himno nacional, en tanto su artículo 156 remite a la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales para regular su uso, mientras que el artículo 155 de la ley autoral señala que corresponde al Estado los “derechos morales” sobre el himno. De igual forma, la fr. IV del artículo 16 de la LFDA dice que no se considera pública una ejecución de una obra, si esta se realiza sin fines de lucro en una institución de asistencia pública o privada.⁴⁹⁹

C. *Licencias legales para radiodifusión y para transmisión por cable de obras radiodifundidas*

Con base en el artículo 11 bis.2 del Convenio de Berna,⁵⁰⁰ varios países establecen dos tipos de restricciones acompañadas de un derecho de remuneración. Veamos.

El primer tipo de restricción, consiste en la libertad de radiodifundir sin autorización obras (normalmente musicales) a cambio de una remuneración a favor del autor,⁵⁰¹ como sucede con los Países Bajos.⁵⁰² Con esto, las estaciones de radio son libres de transmitir obras sin tener que pedir permisos contractuales, debiendo sólo liquidar las remuneraciones correspondientes, facilitándose así sus funciones.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 51 y 52.

⁴⁹⁹ Amén de la criticable técnica y concepción del legislador, no estamos frente a una restricción al derecho de explotación propiamente dicha, pues no se está mermando o interviniendo la facultad de comunicación pública, pues se trata de cuestiones que, a decir del legislador, *ab initio* nunca estuvieron protegidas por esa facultad (por no constituir ni siquiera actos de comunicación pública, según la concepción plasmada en la ley).

⁵⁰⁰ Como bien explica Ficsor, dicha disposición nació para equilibrar dos tendencias opuestas entre diversos países: por un lado, la tendencia que quería que la radiodifusión estuviera controlada con un estricto derecho de explotación, y, por otro lado, la tendencia que veía en esa forma de comunicación varios intereses culturales y sociales que requieren la intervención de autoridades. Véase Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 74, pp. 273 y 274.

⁵⁰¹ *Cfr.* Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 245 y 246; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 166.

⁵⁰² Artículo 17.a de su ley autoral.

⁵⁰³ De conformidad con Masouyé, la adopción de esta clase de licencias legales “tiene carácter excepcional y sólo se produce cuando surgen dificultades insuperables, por ejemplo, cuando los acuerdos colectivos entre organismos de radiodifusión y los representantes de los autores no logran condiciones razonables para la utilización de las obras”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 83.

Por otro lado, el segundo tipo de restricción consiste en una licencia legal por la que empresas dedicadas a la transmisión de señales por cable, puedan por esa vía comunicar obras radiodifundidas por otra entidad, sin necesidad de pedir autorización pero pagando una remuneración por tal uso.⁵⁰⁴ La justificación que se suele dar a estas licencias, se refiere a los casos en que la recepción de señales en alguna zona geográfica es pobre y se necesitan retransmisiones por cable para que la señal llegue a los hogares.⁵⁰⁵

No debe confundirse a esta clase de licencias legales con la figura que en derecho de las telecomunicaciones se llama “*must carry*”, por virtud de la cual se impone a las empresas de televisión por cable la obligación de retransmitir las señales de televisión abierta (sobre todo, de estaciones locales) para lograr un pluralismo informativo.⁵⁰⁶

Entre los países que contemplan una licencia legal para la retransmisión por cable están Austria,⁵⁰⁷ y hasta los EUA⁵⁰⁸ y el Reino Unido.⁵⁰⁹

Respecto de las licencias legales de este tipo, Colombet señala que puede tratarse de signos premonitorios de la decadencia del derecho exclusivo⁵¹⁰ (derecho de explotación).

D. *Uso incidental de obras*

Cuando un autor está creando una obra, principalmente de carácter visual, es común que en forma incidental pueda llegar a captar obras ajenas que se incluyen en la obra propia. Desde luego, la utilización de esas obras

⁵⁰⁴ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 318; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 246 y 247.

⁵⁰⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 479.

En general, para una postura en contra de este tipo de licencias obligatorias, *cf.* Delgado Porras, Antonio, “Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores”, en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, pp. 126 y 127.

⁵⁰⁶ *Cfr.* Warner, R. Matthew, “Reassessing *Turner* and litigating the *must-carry* law beyond a facial challenge”, *Federal communications law journal*, vol. 60, núm. 2, marzo 2008, pp. 371 y ss.

Para una mayor comprensión de esta figura, resulta ilustrativo y paradigmático el fallo del caso *Turner Broadcasting vs. Federal Communications Commission* dictado por la Suprema Corte de EUA en 1994.

⁵⁰⁷ Artículo 17 de su ley de derechos de autor.

⁵⁰⁸ Artículo 111 de la *Copyright Act*.

⁵⁰⁹ Artículo 73.3.b de su *Copyright, Designs and Patents Act*.

⁵¹⁰ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 90.

ajenas no es algo buscado por el creador de la nueva obra, de ahí que tales usos tengan un carácter marcadamente accesorio.⁵¹¹

Un caso muy común de uso incidental de obras se da en el periodismo, cuando al estar reportando algún acontecimiento, se cuela una obra ajena.⁵¹² De ahí que el artículo 10 bis.2 del Convenio de Berna contemple esta clase de usos incidentales dentro de los casos de “informaciones relativas a acontecimientos de actualidad”.

Como afirma Samuelson,⁵¹³ en muchos casos, dado lo insignificante que resulta el uso de la obra ajena, se puede considerar como una utilización *de minimis*,⁵¹⁴ pero en otros casos debe existir una restricción al derecho de explotación que ampare el uso incidental. Un ejemplo de este último caso lo encontramos en el artículo 5.3.i de la Directiva de la Sociedad de la Información, mismo que permite a los estados miembros limitar derechos de autor “cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material”.

A pesar de la importancia que reviste el no sancionar el uso incidental de obras (lo que abona mucho a la seguridad jurídica en la materia), nuestra LFDA no contempla ninguna restricción sobre el particular.

⁵¹¹ Sobre el particular, profundiza Pamela Samuelson: “Photographers, filmmakers, and videographers sometimes incidentally capture copyrighted material in the course of preparing a new work. A magazine might, for example, publish a photograph of someone’s home that displays in the background a poster or stuffed animal. A news cameraman might film a local festival for the evening news and incidentally capture part of a performance of a song. A young mother might make a videotape to show her young child dancing and might post it on YouTube so that remotely located members of her family can see the video”. Samuelson, Pamela, “Unbundling fair uses”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323834, marzo de 2009, p. 33.

Cfr. también Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *Intellectual property law*, 3a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 217; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 304 y 305; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 93.

⁵¹² En este sentido, explica Claude Masouyé: “Al dar cuenta de acontecimientos de actualidad, ocurre con frecuencia que se hacen visibles o perceptibles, en el transcurso de uno de esos acontecimientos, obras literarias o artísticas cuya presencia tiene carácter meramente accesorio con relación al objeto mismo del reportaje en el marco del cual aparecen la mayoría de las veces de manera accidental. (...) En tales casos parece normal que no haya que solicitar la autorización previa de la obra así utilizada”. Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, p. 72.

Asimismo, *cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 233 y 234; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 93.

⁵¹³ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 33.

⁵¹⁴ Como bien afirma Delgado Porrás: “Verdaderamente la ley no tiene que descender a la regulación de casos absolutamente inoperantes para los derechos subjetivos que se constituyen a su amparo. Respecto de ellos cabría hablar del *ius usus innocui* y de la máxima *minimis lex non regit*”. Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 45 y 46.

Véase la nota el pie 118 del presente capítulo.

E. *Uso con fines educativos*

Las restricciones al derecho de explotación con fines educativos son de las más comunes (y necesarias) en la legislación comparada,⁵¹⁵ y suelen incluir cuestiones tales como la comunicación pública de obras en clase, la utilización de obras en libros o material didáctico para fines de ilustración, usos en instituciones de enseñanza, ciertas comunicaciones públicas en centros educativos, reproducción de partes de una obra en recopilaciones con fines docentes, etcétera.⁵¹⁶ Inclusive, el artículo 10.2 del Convenio de Berna prevé la posibilidad de que los países signatarios establezcan en sus leyes restricciones con fines de instrucción, siempre y cuando la utilización de las obras se haga conforme a los “usos honrados”.⁵¹⁷

Nuestra LFDA no contiene como tal una restricción para fines educativos en materia de derechos de autor,⁵¹⁸ sino que lo más cercano que encontramos es la licencia obligatoria para traducción o publicación de obras necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación (artículo 147 de la LFDA), pero sólo aplica cuando la obra no está disponible en mercado mexicano, más no cuando, por fines educativos, deba restringirse el derecho de explotación sobre obras que sí están en el mercado.

Con esto terminamos el vistazo a las restricciones al derecho de explotación en los sistemas cerrados, por lo que corresponde revisar a continuación los sistemas abiertos.

IX. LAS RESTRICCIONES EN LOS SISTEMAS DE *COPYRIGHT*

Una vez estudiadas las restricciones al derecho de explotación en México, como un caso ejemplificativo del sistema cerrado y de corte continental,

⁵¹⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 297 y 302; y VV.AA., *ABC...*, *cit.*, nota 342, p. 42.

⁵¹⁶ Moreno Martínez, Juan Antonio, “Límite al derecho de autor por fines educativos”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 395; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, pp. 74 y 75; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, pp. 297, 302, 303 y 316; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 228-231; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 179.

⁵¹⁷ De acuerdo con Antequera Parilli, la mención a los “usos honrados” es un parámetro para ver si es razonable la restricción al derecho de explotación; parámetro dirigido tanto al legislador como a los aplicadores de la norma. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 137, p. 8.

Véase también Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 9, p. 27.

En cuanto al alcance de esa posibilidad de restringir el derecho de explotación, aplica a todo tipo de instituciones educativas, tanto públicas como privadas, así como las de educación por Internet. *Cfr.* Moreno Martínez, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 516, p. 396.

⁵¹⁸ En cambio, ya vimos que sí hay tal restricción para la mayoría de los derechos conexos, como se puede apreciar de la fr. III del artículo 151 de la LFDA.

procederemos ahora a echar un vistazo al estado de la cuestión en los países del *copyright*. Para esto, revisaremos primero la regulación de los EUA (por ser el caso más paradigmático del sistema abierto de restricciones), luego nos referiremos a la regulación en el Reino Unido (por tener caracteres diversos y por ser una fuerte influencia en las naciones de la *commonwealth*), y por último veremos el caso de Canadá (por ser el otro socio de México en el TLCAN y por algunos interesantes destellos progresistas que han tenido sus tribunales).

1. *El fair use en los Estados Unidos de América*

El sistema de *fair use* implementado en los EUA es el paradigma de los sistemas abiertos de restricciones a los derechos de explotación, por lo que su estudio es obligado para poder sopesar las bondades y problemas de este tipo de sistemas.

El *fair use* es una doctrina creada judicialmente por virtud de la cual se establece una defensa ante una acción de violación al *copyright* por el uso de obras sin autorización del titular.⁵¹⁹ Por tratarse de una defensa⁵²⁰ sólo sirve para alegarse en juicio cuando un demandado es acusado de violar el *copyright*.⁵²¹

⁵¹⁹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 427; Beebe, Barton, “An empirical study of U.S. copyright fair use opinions, 1978-2005”, *University of Pennsylvania law review*, vol. 156, núm. 3, enero 2008, p. 551; Albert, Peter G. Jr., *Intellectual property law in cyberspace*, Washington, 2a. reimp., The Bureau of National Affairs, 2000, p. 258; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *Intellectual property. The law of copyrights, patents and trademarks*, EUA, Thomson / West, 2003, p. 213.

Por su parte, Litman explica: “Fair use is a long-standing legal privilege to make unauthorized use of a copyrighted work for a good reason. Claims of fair use are evaluated by courts on a case-by-case basis. There is no hard and fast rule setting forth how much a work may be used-despite popular perceptions, there has never been a magic number of words one may quote or notes one may copy”. Litman, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001, p. 199.

⁵²⁰ De acuerdo con el derecho de EUA, una defensa es lo que se ofrece o alega por el demandado en contra de una acción o reclamación, ya sea con fundamento en el orden jurídico o en los hechos, para explicar por qué no debe dársele la razón al actor, es decir, lo que se opone para mermar la causa del demandante. *Cfr.* Black, Henry Campbell, *Black's law dictionary*, 2a. ed., EUA, West Publishing, 1968, pp. 507 y 508.

⁵²¹ “The defense of fair use becomes relevant only after the plaintiff has made out a prima facie case for copyright infringement by showing copying of the original work and substantial similarity between works. Once this occurs, the defendant bears the evidentiary burdens of production and persuasion that the infringing use of the copyrighted work was privileged as a fair use”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 428.

Cfr. también LaFrance, Mary, *Copyright law*, EUA, Thomson, West, 2008, p. 294.

La doctrina del *fair use* nace en el siglo XIX, a partir del caso *Folsom vs. Marsh* de 1841,⁵²² y no es hasta la *Copyright Act* de 1976 que, por primera vez, se le da una formulación legislativa a la referida doctrina,⁵²³ aunque la academia ha destacado lo poco que varió el *fair use* desde su aparición en el caso *Folsom* hasta el texto de la *Copyright Act*.⁵²⁴ La *Copyright Act* regula el *fair use* en su artículo 107, en los siguientes términos:

§ 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

En primer lugar, destaca el párrafo inicial de ese artículo 107, ya que establece que dicha disposición se aplicará no obstante lo señalado en el artículo 106 de la misma ley, el cual regula los derechos de explotación, de donde se deriva que el artículo 107 restringe los derechos previstos en el ar-

⁵²² Hughes, Justin, "Fair use across time", *UCLA law review*, Los Angeles, vol. 50, núm. 3, 2003, p. 102; Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 341, p. 490; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 428; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Pretince Hall, 2005, p. 46; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 105; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 213; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 163.

⁵²³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 293; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 428; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 522, p. 47; Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 341, p. 490; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 28; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, pp. 213 y 214; Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 163.

⁵²⁴ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 429.

título 106.⁵²⁵ Tampoco deben afectarse los derechos contemplados en el artículo 106A (derechos morales sobre obras visuales).

En segundo lugar, el artículo 107 no nos proporciona una definición de *fair use*, debido a que se busca que dicha doctrina no se estanque y, más bien, pueda modificarse y adaptarse a los cambios tecnológicos.⁵²⁶

En tercer lugar, el primer párrafo del artículo 107 de la *Copyright Act*, habla de propósitos tales como la crítica, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza o investigación, lo cual es un listado ilustrativo, no exhaustivo,⁵²⁷ como se desprende del uso de la expresión “*such as*”.

En cuarto lugar, el propio artículo 107 establece cuatro criterios (que deben aplicarse conjuntamente) para que los tribunales puedan valorar si una conducta del demandado puede calificarse o no de *fair use*, aunque pueden tomarse en cuenta criterios adicionales (lo que no es válido es ignorar alguno de los cuatro criterios obligatorios).⁵²⁸ Cada criterio se enfoca a una faceta diferente del problema, forzando a los jueces a examinar el caso desde los puntos pertinentes.⁵²⁹ A continuación explicaremos brevemente cada uno de los cuatro criterios estatuidos por ley.⁵³⁰

a) *El propósito y tipo del uso, incluyendo si el uso es con fines comerciales o para utilidades educativas no lucrativas.* De esta forma, es más probable que los usos

⁵²⁵ Es decir, sería una “excepción” al *copyright*. Cfr. Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 519, p. 558.

A mayor abundamiento, Aufderheide y Jaszi señalan que: “Fair use is an exemption that applies to all of a copyright owner’s monopoly rights... It is a bold demonstration of the need to share culture in order to get more of it”. Aufderheide, Patricia, y Jaszi, Peter, *Reclaiming fair use. How to put balance back in copyright*, EUA, The University of Chicago Press, 2011, p. 18.

⁵²⁶ Want, Robert S., *Harry Potter and the order of the court: the J.K. Rowling copyright case and the question of fair use*, EUA, *NationsCourts.com*, 2008, p. 24; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 429; Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 519, pp. 551 y 559; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 20.

⁵²⁷ Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 519, p. 259; Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 341, p. 490; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 430; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, p. 294.

⁵²⁸ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 429 y 433; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 217.

⁵²⁹ Leval, Pierre N., “Toward a fair use standard”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 388.

⁵³⁰ El hecho de que estos criterios deban analizarse conjuntamente, y no de manera escalonada y sucesiva, hace que el *fair use* sea un *test* muy diferente a la ya estudiada regla de los tres pasos.

Inclusive, como se verá a continuación, la afectación a la explotación normal de la obra es en el *fair use* sólo uno de los criterios a considerar en su conjunto, pero no una prueba que deba aprobarse insoslayablemente, como sí sucede con el segundo paso de la regla de los tres pasos.

educativos no lucrativos califiquen como *fair use*, dado que afectan menos al mercado de la obra. De igual manera, si la obra se usa con fines comerciales existe una presunción de que ese uso no es justo.⁵³¹ Empero, puede darse el caso de que haya usos no lucrativos que no constituyan *fair use* e, incluso, usos comerciales que sí podrían calificarse como justos.⁵³² Asimismo, es más factible que constituyan *fair use* los usos transformativos (porque se crean nuevas obras) que los usos meramente consumitivos.⁵³³ Por consiguiente, el punto neurálgico de este criterio es cuestionarnos la *justificación* del uso no autorizado, no bastando que exista la justificación, sino debiendo el juez analizar lo persuasiva o poderosa de esa justificación (debe sopesarse la fuerza de la justificación del uso secundario frente a los factores que favorecen al titular del *copyright*).⁵³⁴

b) *La naturaleza de la obra*. Con el fin de proteger el interés público, debe existir mayor acceso a cierto tipo de obras que a otras, en particular se favorece la circulación de obras de alto contenido informativo, tales como obras científicas, históricas, biográficas, ediciones agotadas, etcétera, y no tanto obras de mero entretenimiento.⁵³⁵ De hecho, ese punto de vista no sólo está justificado desde la óptica del acceso a la información, sino también en atención a que en las obras de entretenimiento hay una mayor dosis de originalidad que en las obras de alto contenido informativo.⁵³⁶ Asimismo, conforme a este criterio pesan más las obras destinadas a publicarse y ser conocidas,

⁵³¹ Fisher III, William, "Legal regulation of digital media", videoconferencia contenida en el DVD *Internet law program*, EUA, Universidad de Harvard, grabada el 6 de febrero de 2004; Wilson, Lee, *Fair use, free use and use by permission*, Nueva York, Allworth Press, 2005, p. 70; Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 519, p. 259; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 434 y 435; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, pp. 219 y 220; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 526, p. 38.

⁵³² Por ejemplo, el caso *Hustler Magazine, Inc. vs. Moral Majority, Inc.* de 1986. En este asunto, la revista *Hustler* publicó una imagen en donde se daba a entender que el primer encuentro sexual de un sacerdote fue con su madre; el sacerdote hizo cerca de un millón de reproducciones de esa obra y las mandó a sus seguidores con el fin de recaudar dinero. El tribunal consideró que, a pesar del ánimo de lucro del sacerdote, el uso fue justo pues también se hizo con fines de rebatir el ataque a su reputación.

⁵³³ Zimmerman, Diane Leenheer, "The more things change the less they seem 'transformed': some reflections on fair use", *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 46, 1998, pp. 251 y 252; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 430 y 431; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, pp. 296 y 297; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 526, p. 26; Wilson, Lee, *op. cit.*, nota 531, pp. 69 y 70.

⁵³⁴ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 388.

⁵³⁵ Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 519, p. 260; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 531; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 435 y 436; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 224; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 526, p. 27.

⁵³⁶ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 224.

que las llamadas “obras menores”,⁵³⁷ tales como notas a deudores, folletos, cartas u otros documentos.⁵³⁸ De igual forma, y tomando en cuenta la situación de los consumidores, pesa más que la obra sea difícil de obtener que si la obra se encuentra fácilmente disponible en el mercado.⁵³⁹

c) *La cantidad y substancialidad de la porción usada de la obra, respecto de toda ella en su conjunto.* Este criterio se enfoca en analizar si el demandado tomó de una obra más de lo necesario para lograr el propósito justificado del uso de la creación. Los tribunales suelen acudir tanto a criterios cualitativos como cuantitativos.⁵⁴⁰ Así, entre más sea la porción tomada de una obra (o mayor sea la importancia de la parte tomada), más difícil es que esa utilización califique como un *fair use*.⁵⁴¹

d) *El efecto del uso en el mercado potencial o en el valor de la obra.* Este criterio suele ser el más importante, e incluso, así lo entienden comúnmente los tribunales estadounidenses.⁵⁴² Esto en atención a que, si el mercado de la obra es lesionado, no funcionará el incentivo económico para crear.⁵⁴³ No se requiere probar un daño efectivo en el mercado, sino sólo la posibilidad de ese daño.⁵⁴⁴ Empero, muchos de los usos secundarios de una obra, por antonomasia, involucran algún grado de pérdidas de ingresos para el titular del *copyright*, es decir, un daño al mercado; por lo que esa posibilidad de daño debe estar enfocada a un daño *substancial* (cuando se afecta seriamente el incentivo económico).⁵⁴⁵

Se ha criticado que esos cuatro criterios no llevan a resultados previsibles, sino más bien lo contrario: no hay unanimidad en la forma de entender cada criterio, dada su redacción vaga y amplia.⁵⁴⁶ De hecho, esto es el principal blanco de las críticas en contra del *fair use*, lo imprevisible de sus

⁵³⁷ La *kleine Münze* de la que hablamos en la letra B, del número 4, del subcapítulo III, del capítulo segundo de este libro.

⁵³⁸ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 392.

⁵³⁹ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 224.

⁵⁴⁰ LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, p. 303; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 438 y 439; Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 393 (quien afirma que, además, pesa mayormente el criterio cualitativo); Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 226.

⁵⁴¹ Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 519, p. 261; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 531; Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 393; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 526, p. 27.

⁵⁴² Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 519, p. 261; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 433 y 439; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 111; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 227.

⁵⁴³ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 394; y Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 439.

⁵⁴⁴ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 440.

⁵⁴⁵ Leval, Pierre N., *op. cit.*, nota 529, p. 395.

⁵⁴⁶ Tushnet, Rebecca, “Copy this essay: how fair use doctrine harms free speech and how copying serves it”, *The Yale law journal*, EUA, vol. 114, núm. 3, 2004, p. 549; Leaffer, Marshall,

resultados,⁵⁴⁷ al grado de que existen varias posturas que afirman que la referida doctrina es contraria a la seguridad jurídica.⁵⁴⁸ De igual forma, se le ha objetado que es una doctrina que tiende a favorecer el uso transformativo de obras y no así el uso para mero consumo, a pesar de que realizar cierto tipo de copias (por ejemplo, con fines de autorrealización personal) puede ser algo muy valioso e, incluso, digno de protección por la libertad de de expresión.⁵⁴⁹

Empero, a pesar de lo “elusiva” que pudiera ser la doctrina del *fair use*, la jurisprudencia estadounidense ha ido creando ciertas directrices generales.⁵⁵⁰ Inclusive, como ha demostrado Samuelson,⁵⁵¹ el *fair use* es más coherente y sus resultados más previsibles de lo que muchos piensan.⁵⁵²

También debe tenerse en cuenta que la fortaleza del *fair use* reside en su flexibilidad y posibilidad de generar resultados equilibrados,⁵⁵³ pues como bien dice Senfileben: “In favour of the fair use doctrine, it can moreover be asserted that a flexible set of abstract criteria has a much larger potential for reacting to new and unexpected constellations”.⁵⁵⁴

Inclusive, al analizar las sentencias en casos de *fair use* y clasificarlas por temas, Samuelson demuestra que los resultados son razonablemente previsibles y que hay un alto número de asuntos en donde la defensa es exitosa.⁵⁵⁵ Por tal razón, la citada profesora critica a los jueces y académicos que ligeramente repiten afirmaciones sobre lo complicado que es el *fair use*, y en

op. cit., nota 462, p. 433; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 106, p. 118; Want, Robert S., *op. cit.*, nota 526, p. 38.

⁵⁴⁷ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 2; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, p. 294.

Cfr. las críticas de Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 292; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 66; y Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 554 (quien, además, menciona la problemática de tener que ir generando soluciones caso por caso).

⁵⁴⁸ Para una referencia a esas posturas, *cfr.* Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 162.

⁵⁴⁹ Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, pp. 562 y ss.

⁵⁵⁰ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 460 y 461; y Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, p. 10.

⁵⁵¹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 2.

⁵⁵² En este sentido, *cfr.* los interesantes resultados del estudio empírico sobre el *fair use*, realizado por Beebe, Barton, *op. cit.*, nota 519, pp. 621 y 622.

⁵⁵³ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 2; Kur, Annette, *op. cit.*, nota 48, pp. 9 y 10; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, p. 294; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 519, p. 217.

⁵⁵⁴ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 164.

Véase también, Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 554; y Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 68.

⁵⁵⁵ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 71.

En el mismo sentido se pronuncia Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 96, p. 2.

cambio, los exhorta a encontrar los patrones comunes en la jurisprudencia que hacen más previsible esa doctrina.⁵⁵⁶

En otro orden de ideas, además de la cláusula general y abierta de *fair use* prevista en el artículo 107 de la *Copyright Act*, el sistema estadounidense de restricciones se complementa con un listado concreto de diversas restricciones al *copyright*, por ejemplo: reproducciones para bibliotecas y archivos (artículo 108), comunicaciones públicas con motivo de enseñanza (artículo 110), grabación efímera (artículo 112), copias de respaldo para programas de cómputo (artículo 117), reproducciones para invidentes (artículo 121), etcétera.

Así, resulta muy interesante el sistema de EUA, pues mezcla tanto un listado de restricciones puntuales, como una cláusula general (artículo 107) lo suficientemente flexible para aplicarse a casos no previstos expresamente en el listado de restricciones. De esta forma, el legislador ha tratado de establecer restricciones concretas en donde considera que el derecho exclusivo sobre la obra debe ceder ante los intereses de los usuarios, pero al mismo tiempo, el legislador reconoce que es imposible prever *a priori* todas las restricciones que deban existir, por lo que delega en los jueces la función de analizar casos concretos no previstos en la ley para determinar si la utilización no autorizada de la obra es lícita o no.

Sin embargo, en el sistema de EUA la cláusula general de *fair use* del artículo 107 es el elemento primordial en materia de restricciones al *copyright*, mientras que las restricciones concretas formuladas por el legislador, se encuentran en un segundo término.

Antes de concluir este apartado, expondremos brevemente algunos casos emblemáticos de la jurisprudencia estadounidense con el fin de ilustrar cómo aplican el *fair use* los tribunales de ese país. Los asuntos a los que nos referiremos son los siguientes: *Harper & Row, Publishers, Inc. vs. Nations Enters* (por ser uno de los principales casos sobre esta doctrina), el conocido caso *Betamax* (por también ser emblemático e ilustrar cómo algo no previsible por el legislador fue resuelto gracias a la cláusula abierta del mencionado artículo 107), y el *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.* (que es un caso sobre parodia, la cual tampoco fue prevista expresamente por el legislador del vecino del norte).

Comencemos la exposición de casos por orden cronológico. En el llamado caso *Betamax* de 1984 (*Sony Corp of Am. vs. Universal City Studios*) un estudio cinematográfico demandó a una compañía fabricante de videocasetas, pues, con las mismas, los consumidores grababan películas de la

⁵⁵⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 73.

televisión, alegando que la empresa demandada contribuía a la violación⁵⁵⁷ del *copyright* al proporcionar el instrumento para cometerla.⁵⁵⁸ La Suprema Corte resolvió que el *time-shifting* (cambio de tiempo) derivado de grabar un contenido televisivo para verlo en un momento diverso al de la transmisión en un ámbito meramente privado, constituía un *fair use*, ya que el actor no pudo probar que esa práctica generara un daño potencial al mercado de la obra y además se trataba de un uso no comercial (aunque en contra de considerar eso como un *fair use*, el tribunal encontró que se trataba de obras de ficción y se copiaban películas enteras; pero al final pesaron más los otros dos factores).⁵⁵⁹

En el caso *Harper & Row* de 1985, el expresidente Gerald Ford había celebrado un contrato con la editorial *Harper & Row* para publicar sus memorias; esta editorial, a su vez, llegó a un acuerdo con la revista *Time* para la publicación de varios fragmentos del libro. Sin embargo, la revista *The Nation* publicó sin autorización una parte del libro de Ford, relativo al perdón que concedió a Richard Nixon. Como consecuencia, *Time* dio por terminado su contrato con *Harper & Row*, y esta última demandó a la empresa responsable de *The Nation*, alegando una infracción de *copyright*. La demandada se defendió alegando que estaba informando al público sobre un hecho trascendente en la vida política de los EUA, además de que el expresidente Ford era una figura pública. Sin embargo, la Suprema Corte, luego de aplicar la prueba del *fair use*, resolvió que sí había una violación de derechos, pues aunque el segundo criterio del *test* (naturaleza de la obra) favorecía al demandado (ya que la obra usada era de carácter informativo), el resto no. En efecto, el *tipo de uso* era comercial (de hecho, se trató de una revista que sacó el contenido antes que un competidor, por lo que hubo mala fe), la *porción usada* era substancial (pues se trataba de uno de los pasajes más llamativos e importantes del libro de Ford), y el *efecto del uso* en el mercado potencial también fue negativo (lo que llevó a la terminación del contrato).⁵⁶⁰

Por lo que se refiere al caso *Campbell vs. Acuff-Rose* de 1994, este se originó por una obra derivada del grupo de rap 2 *Live Crew* que parodió

⁵⁵⁷ En el sistema de responsabilidad civil de EUA existe a figura del *contributory infringement*, la cual se actualiza cuando intencionalmente se ayuda a una persona para que esta viole un derecho (por ejemplo, un derecho intelectual). Cfr. Black, Henry Campbell, *op. cit.*, nota 520, p. 920.

⁵⁵⁸ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 441.

⁵⁵⁹ *Idem*; Madison, Michael J., "Fair use and social practices", en Yu, Peter K., *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I, pp. 187 y 188; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 531.

⁵⁶⁰ Cfr. Madison, Michael J., *op. cit.*, nota 559, pp. 189 y 190.

la canción “Oh, Pretty Woman” de Roy Orbison y William Dee,⁵⁶¹ incluyendo referencias a una mujer calva, con mucho vello y que salía simultáneamente con dos hombres.⁵⁶² *Acuff-Rose Music, Inc.*, la editora musical titular de los derechos de la canción popularizada por Orbison, se negó a conceder a *2 Live Crew* la autorización para la versión satírica de la canción, por lo que los raperos decidieron comercializar la obra derivada sin permiso del titular del *copyright* sobre la obra primigenia, lo que detonó el litigio.⁵⁶³

Aunque los dos primeros criterios del examen de *fair use* (el tipo de uso y la naturaleza de la obra) desfavorecían a *2 Live Crew* pues su versión estaba destinada a ser comercializada, la Suprema Corte falló a su favor alegando que al ponderar los criterios que establece la *Copyright Act*, debe pesar más que se trate de un uso transformativo (crear una nueva expresión y dar un nuevo mensaje) a que si el uso es o no comercial.⁵⁶⁴ Al analizar el tercer criterio, la corte señaló que la cantidad que una parodia debe tomar de la obra preexistente debe ser la suficiente para poder evocarla, señalando que, en el caso en estudio, *2 Live Crew* no excedió ese límite.⁵⁶⁵ En cuanto al cuarto criterio, los magistrados resolvieron que, aunque un efecto de la parodia puede ser el afectar la demanda de la obra parodiada (por ser una crítica devastadora), ese no es el tipo de daño al mercado al que se refiere el *fair use*, pues lo relevante es si la parodia suple la demanda por la obra primigenia, concluyendo el tribunal que la parodia no substituye a la obra parodiada en el mercado, por lo que no hay interferencia significativa entre una y otra.⁵⁶⁶ Aunque sí es requisito que la parodia haga mofa, en alguna medida, de la obra parodiada, y no que esta última se utilice como mero instrumento para satirizar alguna otra cuestión.⁵⁶⁷

Así, se puede apreciar que lo que caracteriza al sistema de *fair use* es su flexibilidad, la cual es un arma de doble filo: por un lado, ayuda a resolver

⁵⁶¹ Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 51 y 52; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 453; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 16.

⁵⁶² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 52.

⁵⁶³ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 453; y Madison, Michael J., *op. cit.*, nota 559, pp. 191-193.

⁵⁶⁴ LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, pp. 297 y 298; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 453 y 454; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 544.

⁵⁶⁵ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 454 y 455.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 455 y 456; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, pp. 195 y 196; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 544.

⁵⁶⁷ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 456 y 457; y Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 195.

muchos problemas no previstos en ley, pero por el otro lado, puede generar una buena dosis de inseguridad jurídica (aunque su aplicación progresiva y seria, lleva a resultados más previsibles).

A continuación veremos cómo opera el sistema en el Reino Unido.

2. *El fair dealing y otras restricciones en el Reino Unido*

El sistema inglés de restricciones no es tan abierto como el de EUA,⁵⁶⁸ como veremos a continuación; pero aun así, deja mayor margen de manobra a los jueces que los sistemas de la corriente del *droit d'auteur*.

En la actualidad existen tres clases de restricciones en el Reino Unido: (a) el *fair dealing*, (b) restricciones adicionales al *fair dealing*, y (c) la *public policy* o interés público.⁵⁶⁹ Las dos primeras clases tienen su fundamento en el texto mismo de la ley, lo que implica que el sistema inglés se basa, principalmente, en restricciones definidas por la ley, lo que lo hace diferente al sistema de EUA.⁵⁷⁰

Desde la aparición del Estatuto de la Reina Ana hasta 1911, las restricciones al *copyright* eran creadas por los tribunales, es decir, eran *judge-made law*;⁵⁷¹ nota propia de los países de la familia del *common law*. Sin embargo, a partir de 1911 la legislación inglesa de *copyright* ha contenido excepciones expresas a los derechos de los titulares, dentro de las que encontramos las disposiciones del *fair dealing*⁵⁷² que, al igual que el *fair use* en EUA, es una defensa.⁵⁷³

La vigente *Copyrights, Designs and Patents Act* de 1988, en su artículo 30, establece las tres hipótesis de *fair dealing*, mismas que son las siguientes:⁵⁷⁴

⁵⁶⁸ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, pp. 202 y 203; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 293; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 23; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 105.

⁵⁶⁹ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 474, 477 y 481.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 475.

⁵⁷¹ Garnett, Kevin, "The impact of the Human Rights Act 1998 on UK copyright law", en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 174.

⁵⁷² *Idem*.

⁵⁷³ Waelde, Charlotte, "Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric", en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 299.

⁵⁷⁴ Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 71; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 202; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 43; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

- Usos de obras con fines de investigación no comercial y estudio, lo que incluye compilaciones de breves fragmentos para uso en escuelas, la copia y fotocopia de obras en el transcurso de clases o con fines de evaluación, comunicar públicamente obras en escuelas bajo determinadas circunstancias, así como ciertos usos por bibliotecas y archivos, entre otros casos;⁵⁷⁵
- Usos para reportar eventos de actualidad, excluyendo las fotografías;⁵⁷⁶
- Usos para la crítica o reseña de las obras utilizadas o de obras diversas.⁵⁷⁷

Dichas disposiciones deben interpretarse por el juez en términos amplios y generosos, es decir, de manera no restrictiva,⁵⁷⁸ lo que distingue el sistema inglés de los sistemas continentales (en donde la tesis imperante es la interpretación restrictiva).

Además, en cada uno de esos casos, el juez debe hacer un análisis para concluir si el uso de la obra fue “justo” (*fair*) tomando en cuenta todas las circunstancias del asunto en particular,⁵⁷⁹ lo que, consideramos, también da cierto margen de apreciación judicial.

En este sentido, el asunto que definió los parámetros para medir el concepto de *fairness*, es el caso *Hubbard vs. Vosper* de 1972,⁵⁸⁰ en que se establecieron tres elementos a considerar: (1) el número y extensión de los extractos tomados de una obra (pues si son muchos y muy largos, no puede considerarse justo su uso), (2) el tipo de uso de la obra ajena (pues puede ser *fair dealing* si se usa para un comentario, crítica o reseña, pero no para proporcionar la misma información que el autor con un propósito competitivo); y (3) la proporción de lo tomado en el contexto de la obra propia (extractos largos en comentarios cortos pueden no ser justos, pero sí lo pueden ser si el extracto es corto y el comentario largo).⁵⁸¹

⁵⁷⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 475 y 476.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 476.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 477.

⁵⁷⁸ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 175; y Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474.

⁵⁷⁹ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 203; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 474; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 574, p. 76.

⁵⁸⁰ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 58; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 477; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 204.

Desde luego, esta apertura y falta de lineamientos concretos e invariables, ha llevado a que se erijan contra el *fair dealing* las mismas críticas que contra el *fair use* de EUA: la falta de certeza o seguridad sobre qué usos están permitidos y cuáles están prohibidos.⁵⁸² También se critica que los parámetros del caso *Hubbard vs. Vosper* fueron creados para obras literarias, pero son de difícil aplicación a otro tipo de creaciones, como las musicales, plásticas o audiovisuales.⁵⁸³

Por otro lado, existen una serie de restricciones, muy abundantes, adicionales al *fair dealing*, previstas por la legislación inglesa, por ejemplo, el uso de obras plásticas permanentemente situadas en público, retransmisiones por cable, cambios de tiempo o *time shifting*, usos incidentales, usos en procedimientos parlamentarios y judiciales, uso de obras anónimas, copias para invidentes, etcétera.⁵⁸⁴

Finalmente, el tercer caso de restricciones (además del *fair dealing* y las restricciones particulares ya vistas) son las que se derivan de la *public policy*. Como dicen Cornish y Llewelyn, además de las ya referidas restricciones definidas por el legislador, los jueces conservan el poder de negar la protección del *copyright* con base a consideraciones de políticas públicas. Esto se presenta principalmente en dos circunstancias: cuando se trata de una política en contra de que se proteja una obra (por ser obscena, difamatoria, inmoral, blasfema, antirreligiosa o seriamente engañosa para el público) o cuando se trata de una política que busca favorecer la diseminación de la obra.⁵⁸⁵ Este tipo de restricciones son conocidas también como de “interés público”.⁵⁸⁶

Durante las décadas de 1960 a 1980, se resolvieron en los tribunales ingleses una serie de casos en donde se reconoció al interés público como

⁵⁸² Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 57.

De hecho, estos académicos británicos explican que ante la falta de reglas claras en la ley, las industrias culturales han establecido ciertos códigos y prácticas, como el usar un máximo de 400 palabras de una obra literaria en prosa. Empero, por ser meras prácticas no necesariamente respaldadas por la ley, quienes cumplan con esos códigos o convencionalismos no necesariamente están exentos de una sanción si un tribunal encuentra que la conducta es violatoria del *copyright*. *Cfr. Ibidem*, p. 59.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁸⁴ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, pp. 213 y ss.; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 477-481; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 574, pp. 76 y ss.

⁵⁸⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, pp. 481 y 482.

⁵⁸⁶ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 175; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 219; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 80; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 574, p. 81; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 573, pp. 299 y 300.

una defensa contra acciones por violación de *copyright*, independiente de las restricciones concretas formuladas en la ley (entre ellas, el *fair dealing*). Como consecuencia de esos precedentes, el legislador de 1988 incorporó, en el artículo 171.3 de la ley vigente, una disposición relativa al interés público,⁵⁸⁷ de la siguiente forma: “Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright on the grounds of public interest or otherwise”.

Se puede observar que se trata de una cláusula general y abierta, lo suficientemente amplia para que los jueces puedan amparar muchos usos que no embonarían en ninguna de las hipótesis particulares de *fair dealing* u otras restricciones establecidas por el legislador. Además, esta defensa abierta, también separa el sistema de restricciones inglés de los sistemas cerrados, tradicionalmente adoptados por los países del *droit d’auteur*.

Así, aunque la ley no contenga ninguna restricción específica, habrá casos en que las libertades informativas prevalecerán sobre el *copyright* si hay un claro interés público en que esa información se disemine sin autorización.⁵⁸⁸ Por lo tanto, el interés público añadió cierto grado de flexibilidad adicional a lo que determinaba la ley.⁵⁸⁹

Los principales criterios que aplican los tribunales al evaluar el interés público, son los siguientes:

- Se debe distinguir el *interés público* respecto del *interés del público*, pues sólo el primero se puede alegar como defensa en un juicio de *copyright*.⁵⁹⁰ Sería información de interés público lo relativo a la salud pública, la seguridad pública, la corrupción de los funcionarios públicos, la moral pública, la competencia de las agencias públicas, etc. En cambio, sólo sería información del interés del público aquella que gratifique la curiosidad del público o sólo pretenda afectar la imagen de una figura pública.⁵⁹¹
- Se ha de examinar meticulosamente si las exigencias del interés público implican que la obra deba difundirse al público en general o si sólo deba difundirse a las autoridades competentes, como la policía.⁵⁹²

⁵⁸⁷ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 81; y Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 219.

⁵⁸⁸ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 176.

⁵⁸⁹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 80.

⁵⁹⁰ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 176.

⁵⁹¹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 83 y 85.

⁵⁹² *Ibidem*, pp. 86 y 87; y Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 177.

- También se ha de considerar si la publicación de parte de una obra es en verdad necesaria para satisfacer un genuino interés público, o si ese interés puede satisfacerse de alguna forma en que no se afecte el *copyright*.⁵⁹³

En conclusión, podemos observar que en el sistema inglés la cláusula general y abierta (en este caso, relativa al interés público) es sólo secundaria y subsidiaria al elemento central que son las restricciones concretas listadas por el legislador. En cambio, la situación es diferente en EUA, en donde lo central y primordial es la cláusula abierta de *fair use*, mientras que las hipótesis legislativas de restricciones en particular pasan a un segundo plano. De ahí que podamos concluir que el sistema de restricciones en EUA es más flexible que el británico, aunque este último es menos riguroso que los sistemas que comúnmente existen en los países neorromanistas.

De hecho, no sorprende que una de las principales críticas al sistema inglés sea que, a pesar de dejar ciertos márgenes de moderada flexibilidad (como la interpretación laxa del *fair dealing* o la cláusula abierta de interés público), al final es un sistema restrictivo que no da cuenta de todas las exigencias de la libertad de expresión u otros intereses involucrados.⁵⁹⁴

Pasemos ahora a estudiar el régimen canadiense, para concluir nuestro estudio de los sistemas abiertos.

3. *El caso de Canadá*

Canadá sigue un sistema de restricciones muy similar al del Reino Unido (posiblemente influenciado por este), pues, por un lado, están los casos de *fair dealing* previstos por el legislador (y otra serie de restricciones estatutarias), y por otro lado, existe una defensa genérica de interés público. Veámoslo brevemente.

En primer lugar, el artículo 29 de la legislación canadiense de *copyright*, contempla el *fair dealing* en casos de investigación o estudio privado, debiendo citarse la fuente. En segundo lugar, el artículo 29.1 se refiere al *fair dealing* en casos de crítica o reseña, también debiendo citarse la fuente. En tercer lugar, el artículo 29.2 regula el *fair dealing* en casos del reportaje de noticias.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Garnett, Kevin, *op. cit.*, nota 571, p. 177.

⁵⁹⁴ En este sentido, véase Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 78

⁵⁹⁵ Tawfik, Myra J., “International copyright law and fair dealing as a user right”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, abril-junio 2005, pp. 4 y 5; Goudreau, Mistrale, “Introduc-

En cada hipótesis, el juez debe medir qué tan justa ha sido la utilización de la obra, tomando en cuenta el número y extensión de los extractos, su proporción respecto de los comentarios adicionales, la naturaleza de la obra a la que se incorpora, etcétera.⁵⁹⁶ De hecho, según estableció la Suprema Corte canadiense en el caso *CCH Canadian Ltd vs. Law Society of Upper Canada* de 2004, los factores que deben tomarse para medir el *fair dealing* en los asuntos permitidos por ley, son: (1) el propósito del uso, (2) el tipo de uso, (3) la cantidad de obra usada, (4) alternativas a ese uso, (5) la naturaleza de la obra, y (6) efectos en el mercado de la obra.⁵⁹⁷

Además de esos casos particulares de *fair dealing*, la ley prevé una serie de restricciones particulares a favor de bibliotecas, archivos y museos (artículos 29.4 a 30.4).⁵⁹⁸

Por otra parte, adicionalmente las restricciones enunciadas en la ley, en Canadá se prevé también una defensa basada en el interés público, aunque, a diferencia del Reino Unido, no está formulada expresamente en la ley, sino que es de fuente jurisprudencial.⁵⁹⁹

Un punto destacado de la situación en Canadá es lo revolucionaria que ha sido su Suprema Corte al interpretar el *fair dealing*, pues en el citado caso *CCH Canadian Ltd vs. Law Society of Upper Canada* resolvió, en primer lugar, que debe darse paso a interpretaciones abiertas de la ley y que, particularmente, el *fair dealing* no puede interpretarse restrictivamente; en segundo lugar, determinó que el *fair dealing* se traduce en derechos subjetivos a favor de los usuarios (es decir, no es una mera defensa en juicio).⁶⁰⁰

Con esto terminamos el estudio de los sistemas abiertos de restricciones, y entraremos, en el siguiente apartado, al análisis de la dimensión iusfundamental de las restricciones al derecho de explotación.

ción al derecho de autor canadiense”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, 1a. reimp. de la 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 46; D’Agostino, Giuseppina, “Healing fair dealing? A comparative copyright analysis of canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use”, *Mc Gill law journal*, Canadá, vol. 53, 2008, p. 318.

⁵⁹⁶ Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 595, p. 46.

⁵⁹⁷ Bertrand, Lise, “Copyright law and copyright collectives in Canada”, en LaRoche, Kevin L. (coord.), *Intellectual property and related commercial litigation in Canada*, 3a. ed., Canadá, Border Ladner Gervais, 2008, p. 201; y Tawfik, Myra J., *op. cit.*, nota 595, p. 6.

⁵⁹⁸ D’Agostino, Giuseppina, nota 595, p. 319.

⁵⁹⁹ Gendreau, Ysolde, “Canadian copyright law and its charters”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 248; y D’Agostino, Giuseppina, nota 595, p. 319.

⁶⁰⁰ Tawfik, Myra J., *op. cit.*, nota 595, p. 5; y D’Agostino, Giuseppina, nota 595, p. 315.

X. DERECHOS HUMANOS QUE FUNDAMENTAN LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

Una vez repasados los principales sistemas de restricciones a los derechos de autor (con especial énfasis en la legislación mexicana), procederemos en el presente apartado a realizar un breve análisis de los principales derechos humanos que dan soporte a las restricciones a los derechos de explotación. Esto en virtud de que, como ya concluimos en el apartado 1 del presente capítulo, la protección de los derechos humanos es la justificación más plausible a las restricciones a los derechos de explotación, en el presente apartado pretendemos contestar las preguntas de ¿cuáles son y en qué consisten los derechos humanos que pretenden ser protegidos por las restricciones a los derechos de autor? Adicionalmente, haremos unos pequeños comentarios sobre la relación entre cada uno de esos derechos humanos y los derechos de autor.

1. *El derecho a la información*

Este es, sin lugar a dudas, el derecho humano que está generando las más acaloradas discusiones en relación con los derechos de autor;⁶⁰¹ por tal razón, es el que tratamos primero y con mayor profundidad. En esta tónica, empezaremos explicando su concepto y la evolución que tuvo la libertad de expresión para lograr su configuración moderna como derecho a la información, para luego estudiar sus funciones, su regulación en México y sus relaciones con los derechos de autor.

A. *De la libertad de expresión al derecho a la información*

El ser humano que vive en sociedad se desarrolla y progresa mediante el contacto con los demás, intercambiando ideas, informaciones y opiniones que le aportan inteligencia, experiencia y conocimiento, permitiéndole tomar decisiones sobre su vida.⁶⁰² En este sentido, Miguel Carbonell explica:

La posibilidad de que todas las personas participen en discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una “racionalidad discursiva” (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya

⁶⁰¹ Como ejemplo, véase Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 273, p. 43.

⁶⁰² Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, 5a. ed., México, Siglo XXI, 1997, pp. 138 y 147.

un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.⁶⁰³

Como consecuencia, en las sociedades occidentales se fue generalizando, como un valor, la llamada “libertad de expresión” de los doctrinarios liberales, cuyo principal movimiento fue la revolución francesa, la cual, al enfrentarse al régimen absolutista, proclamó abiertamente la necesidad de que toda persona fuera libre de expresar sus ideas, incluso para criticar a los gobernantes y ocasionar cambios en la esfera política.

En este tenor, como bien explica Escobar de la Serna, los doctrinarios liberales concibieron la vida económica basada en las libertades de contratación y comercio, rechazando cualquier traba a esas libertades. Y resulta que, con base a esas ideas económicas, crearon la noción de “mercado de las ideas”, en el cual el libre juego de opiniones alcanzará la verdad oculta con base a un debate público y racional, del que resulta la opinión pública.⁶⁰⁴

Dicho movimiento liberal —paulatino en Inglaterra y más violento en Francia—⁶⁰⁵ tuvo como uno de sus frutos la llamada “constitucionalización de la libertad de expresión”, expresada en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia) y en el *Bill of Rights* de 1791 (primera enmienda a la Constitución de EUA).⁶⁰⁶ Por primera vez se consagraba, como un derecho básico, la posibilidad de difundir ideas libremente.

En esa concepción tradicional de la libertad de expresión, tal derecho era representado como un límite a la actividad del Estado: ninguna autoridad podía imponer traba o impedimento alguno para que los ciudadanos comunicaran su pensamiento. Además de que la conducta protegida era la *difusión* de información, es decir, la actividad del individuo por virtud de la cual hacía llegar datos y opiniones a otros.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria coincide en que la DUDH y los posteriores tratados en la materia, reconfiguran y amplían la tradicional libertad de expresión para convertirla en el moderno *derecho a la información*.⁶⁰⁷ Como ejemplo, veamos las palabras de Escobar:

⁶⁰³ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2005, pp. 371 y 372.

⁶⁰⁴ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001, p. 37.

⁶⁰⁵ Machado Arias, Juan Pedro, *Las restricciones a la libertad de difusión de información periodística en México*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2002, p. 64.

⁶⁰⁶ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, pp. 40 y 41.

⁶⁰⁷ Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed., México, UIA, Fundación Manuel Buendía, 1998, p. 17; Carpizo,

El derecho a la libertad de expresión establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se convierte en un derecho realmente conocido con carácter universal como derecho a la información en 1948, con la proclamación que en su artículo 19 hace la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, precepto que marca claramente el contenido del derecho a la información.⁶⁰⁸

En igual sentido, Sergio López-Ayllón, al citar diversos tratados sobre derechos humanos, afirma que:

...estos instrumentos contienen la formulación moderna de la libertad de expresión. En efecto, estos artículos reformulan las libertades tradicionales de expresión e imprenta para adaptarlas a las nuevas condiciones de la información... Es justamente este nuevo contenido el que, de acuerdo con la doctrina, constituye el “derecho a la información”.⁶⁰⁹

Jorge, y Villanueva, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México”, en Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Valadés, Diego (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 74; Cendejas Jáuregui, Mariana, “Derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho comparado de la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, enero-junio 2010, p. 43; Machado Arias, Juan Pedro, *op. cit.*, nota 605, pp. 5 y ss.; Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 3 y 4; Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008, p. 39; López-Ayllón, Sergio, *Derecho de la información*, México, Mc Graw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 7, 13 y 14.

Inclusive, la Corte Suprema de Argentina también le ha dado este alcance al derecho a la información, como se puede apreciar en su sentencia de 11 de diciembre de 1984, dictada en el caso *Ponzetti de Balbín, Indalia, vs. Editorial Atlántida S.A.*

En igual sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional colombiana, como se puede constatar, por ejemplo, en sus sentencias de 9 de septiembre de 1992 y de 5 de diciembre de 1997.

⁶⁰⁸ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, p. 66.

⁶⁰⁹ López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 162.

Mismo apunte hace Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, en Carbonell, Miguel, y Valadés, Diego (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 38 y 39.

Ideas sobre las que profundiza Mariana Cendejas, quien nos explica la dimensión social y no meramente liberal del derecho en estudio, afirmando que la doctrina del derecho a la información es una concepción crítica del pensamiento liberal sobre la aplicación de las libertades informativas tradicionales, en particular por constituir un derecho que favorecía primordialmente al informador, así como el que los medios de comunicación estuvieran sometidos a los imperativos del mercado, por lo que ahora se requiere una mayor participación del Estado para lograr la difusión y adquisición de información.⁶¹⁰

Por nuestra parte, nos adherimos a esa doctrina mayoritaria y coincidimos con Ekmekdjian en que la denominación más adecuada para el derecho en estudio es “derecho a la información”, rótulo que engloba todo un haz de facultades relativas al intercambio de información.⁶¹¹ Por lo tanto, procuraremos a continuación, en la mayor medida de lo posible, utilizar el término “derecho a la información”, y sólo de manera excepcional usaremos “libertad de expresión” cuando nos refiramos a doctrina o disposiciones jurídicas que echen mano de tal denominación.

En otro orden de ideas, se aprecia que, a diferencia de la tradicional libertad de expresión, el moderno derecho a la información no se limita en tutelar la difusión de información, sino también su *recepción*, es decir, se trata de un derecho de doble vía. De ahí que López-Ayllón⁶¹² considere que las

⁶¹⁰ Cendejas Jáuregui, Mariana, *op. cit.*, nota 607, pp. 31 y 32.

Véase también Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008, p. 7; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justicia-bilidad en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 71 y 72; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, p. 39.

⁶¹¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, Buenos Aires, 2a. ed., Depalma, 1996, p. 2.

⁶¹² López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 607, p. 14.

También *cf.* Ekmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 611, p. 4; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, p. 67; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 607, pp. 4, 21 y 22; Bauzá, Marcelo, “Propiedad autoral en la era tecnológica e informacional. Un desafío no resuelto aún”, en VV.AA., *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Federación Iberoamericana de Derecho e Informática, 2010, t. I, p. 106; Cendejas Jáuregui, Mariana, *op. cit.*, nota 607, pp. 36 y ss.; Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa-IMDPC, 2009, p. 148; Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, Universidad de Guadalajara, Cámara de Diputados, 2006, pp. 65 y 66; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites a los derechos fundamentales*, México, Porrúa-ELD-Universidad Complutense, 2011, p. 230 y 231.

facultades que integran este derecho —facultades de difundir, de investigar y de recibir informaciones— se agrupen en dos vertientes: el *derecho a informar* y el *derecho a ser informado*.

Esto significa que el derecho a la información trasciende su origen liberal, de manera que el Estado ya no debe limitarse a no intervenir en los procesos informativos, sino que, ahora, debe realizar acciones positivas para lograr un mayor y más trascendente intercambio de informaciones.⁶¹³

Asimismo, es importante destacar que el objeto del derecho a la información es, en principio, *toda clase* de información:⁶¹⁴ tanto información pública⁶¹⁵ como información privada, tanto información objetiva (datos) como información subjetiva (opiniones e ideas).⁶¹⁶⁻⁶¹⁷

Por consiguiente, y luego de una reconstrucción dogmática del derecho humano en estudio, López-Ayllón nos proporciona la siguiente definición estándar: “El ‘derecho a la información’ (o la libertad de expresión o la libertad de información) comprende así tres facultades interrelacio-

Véase, asimismo, el párrafo 30 de la Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶¹³ Por ejemplo, entre las acciones positivas que el Estado puede realizar en esta materia, López-Ayllón menciona: el establecimiento de los derechos de réplica y de rectificación, la promulgación de normas sancionadoras y de un régimen de responsabilidad civil, la conexión de prestaciones para que ciertos grupos sociales o partidos políticos accedan a los medios de comunicación, etcétera. Véase López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 609, p. 166.

Cfr. también Bertoni, Eduardo A., “El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Guevara B., José A., Martín, Claudia, y Rodríguez-Pinzón, Diego (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1a. reimp., México, Fontamara, UIA, American University, 1996, pp. 406-408.

⁶¹⁴ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, p. 67

⁶¹⁵ En este sentido, el *derecho de acceso a la información pública* (a veces llamado, simplemente, derecho a la información), es sólo una de las especies del derecho a la información, o, mejor dicho, una de las facultades que lo integran, pues su objeto se limita a la información en manos del poder público (información pública) y su ejercicio a la modalidad de acceso a esa información (derecho a ser informado).

Por tal razón, es acertado el comentario de Ernesto Villanueva cuando indica que “el derecho de acceso a la información pública sería entonces un círculo más pequeño que formaría parte del círculo amplio del derecho a la información”. Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, nota 612, p. 69.

⁶¹⁶ La *información objetiva* son los hechos, datos y noticias, mientras que la *información subjetiva* consiste en las opiniones e ideas. *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, *Derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 162 y 163.

⁶¹⁷ Desde luego, esta es la configuración *prima facie* de este derecho fundamental, pues otros derechos y bienes constitucionales operarán para restringirlo e impedir la difusión de ciertas informaciones en determinados casos (por ejemplo, la intimidad, la propia imagen, la seguridad nacional, el honor, el secreto financiero, el secreto empresarial, etcétera).

nadas: las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento”.⁶¹⁸

Una vez definido el derecho fundamental en estudio, pasemos a ver sus propósitos, según la doctrina en la materia.

B. *Funciones del derecho a la información*

En el mundo occidental existe consenso en proteger el derecho a la información, pero no hay acuerdo sobre el por qué proteger ese derecho humano. Efectivamente, las razones justificativas del derecho a la información son varias e, incluso, contradictorias. Esta pluralidad de justificaciones está presente tanto en los países que seguimos la tradición europea continental, como en los del *common law* (por ejemplo los EUA).

Las principales justificaciones filosóficas del derecho a la información en la doctrina estadounidense⁶¹⁹ (pero que también se utilizan en los países neorromanos)⁶²⁰ son las siguientes:

a) *Justificación basada en la democracia*. La libertad de expresión es indispensable para que los ciudadanos puedan autogobernarse en una democracia, pues se requiere libertad para comunicar y recibir ideas, y así poder tomar decisiones.⁶²¹ Como bien dice Faúndez Ledesma: “No cabe duda que el debate libre y abierto es, en sí mismo, un componente de la democracia, que permite persuadir a los demás de aquello que es objetable para el gobierno”.⁶²² Mientras que Carbonell explica:

⁶¹⁸ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 609, p. 163.

⁶¹⁹ Rosenfeld, Michel, “La filosofía de la libertad de expresión en América (*sic*, EUA)”, trad. de Javier Dorado Porrás, en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa, CNDH, 2004, p. 238.

⁶²⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 33 y ss.; y Benente, Mauro, “Tensiones entre derecho a la intimidad y libertad de expresión. El caso argentino”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 54-57.

⁶²¹ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Oxford University Press, Nueva York, 2005, pp. 18 y ss.; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 31 y 32; Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, p. 238.

⁶²² Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, pp. 71 y 72.

Cfr. también Macmillan, Fiona, “Commodification and cultural ownership”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 38 y 39.

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.⁶²³

Bajo esta justificación sólo sería protegible el discurso político; y para algunos, ni siquiera ese tipo de discurso en su totalidad, pues expresiones políticas antidemocráticas no tendrían cabida ni utilidad en el proceso democrático⁶²⁴ (mientras que otros estiman que la libertad de expresión sí protege el discurso abolicionista de la democracia).⁶²⁵

Una variante de esta tesis es la que afirma que el derecho a la información sirve como válvula de seguridad, pues ayuda a desahogar las tensiones provocadas por el descontento social.⁶²⁶

Esta justificación no sólo se encuentra firmemente arraigada en la doctrina judicial de los EUA,⁶²⁷ sino que también podemos verla expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶²⁸ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶²⁹

En nuestro país, la Primera Sala de la SCJN señaló, en el caso *Crédito Afianzador*,⁶³⁰ que la publicidad (expresión comercial) sí está protegida por la libertad de expresión, aunque se encuentra muy alejada de su núcleo esencial, mismo que se enfoca, más bien, al discurso político.⁶³¹ En igual sentido,

⁶²³ Carbonell, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 23.

⁶²⁴ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, p. 238.

⁶²⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 623, p. 23.

⁶²⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 77.

⁶²⁷ *Cfr.*, por ejemplo, los casos *Terminiello vs. Chicago* (1949) y *Mills vs. Alabama* (1966), ambos de la Suprema Corte de ese país.

⁶²⁸ Señalando que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada”. Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) sobre colegiación obligatoria de periodistas.

⁶²⁹ Como ejemplo, *cfr. Sürek vs. Turquía* de 1999.

⁶³⁰ Amparo en revisión 91/2004, sentencia de 20 de octubre de 2004.

⁶³¹ Explicando así la Corte que “la libertad de expresión e imprenta goza de una vertiente pública e institucional que le confieren un papel centralmente importante en los regímenes democráticos. Esta vertiente destaca que la libertad de expresión e imprenta contribuye de

el Pleno de nuestro Máximo Tribunal también ha estimado que la libertad de expresión tiene una función (a la que llama “estructural”) que la convierte en la piedra de toque de la existencia y calidad de la democracia.⁶³²

También resulta destacable lo señalado por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el caso *Presunto Culpable*,⁶³³ en donde se vuelve a reconocer esa vertiente pública del derecho a la información.⁶³⁴

b) *Justificación basada en el contrato social*. Esta justificación es parecida a la anterior, pero con un alcance más amplio. Parte del supuesto de que las instituciones políticas y sus cambios son legítimos si pueden justificarse en términos de un acuerdo entre los miembros de la sociedad, por lo que deben protegerse todas las ideas que sirven para que esos miembros tomen decisiones y lleguen a un acuerdo. Empero, a diferencia de la justificación basada en la democracia, la fundada en el contrato social no excluye *ex ante* ninguna idea que pudiera ser relevante para la toma de decisiones de los miembros del contrato social.⁶³⁵

manera esencial a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa. La libre interacción de las más variadas y contrastadas opiniones contribuye a conseguir un cuerpo extenso de ciudadanos activos, comprometidos con los asuntos públicos, y atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes”, y agregando: “Desde esta perspectiva, se entiende que las libertades de expresión e imprenta protejan de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo de expresar sus ideas en materia política, y que otro tipo de discursos expresivos, como el comercial —el relevante para la resolución del presente amparo— estén mucho más desconectados de la función que otorga a estos derechos su singular posición dentro del esquema estructural de funcionamiento de la democracia representativa”. *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁶³² Afirmando el Pleno que: “El discurso político está más directamente relacionado que otros —por ejemplo, el discurso de la publicidad comercial, o el que es propio de la industria del entretenimiento—, con la función pública e institucional de la libertad de expresión. Por tanto, garantizar su plena y libre difusión resulta especialmente relevante para que la libertad de expresión cumpla cabalmente con su posición estratégica en el proceso por el que la opinión pública se forma en el marco funcional de la democracia representativa”. Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006, sentencia del 7 de diciembre de 2006.

⁶³³ Queja 37/2011 (promovida contra la suspensión provisional que impedía la exhibición en cines del polémico documental), sentencia del 8 de marzo de 2011, p. 42.

⁶³⁴ “Luego, el derecho a la información es un derecho fundamental que goza de una vertiente pública, colectiva o institucional que lo convierte en pieza básica para el adecuado funcionamiento de la sociedad democrática, es decir, se trata de una libertad no sólo individual sino que tiene una dimensión social y exige que se respete el derecho de los individuos como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo que hace que revista la característica de ser de orden público y de interés social”. *Idem*.

⁶³⁵ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, pp. 238 y 239.

Esta postura abierta tuvo especial influencia en la CADH, cuando en su artículo 13.2 prohíbe la censura previa, tomando una posición protectora de *toda clase de informaciones* y excluyendo controles apriorísticos. En igual sentido, el artículo 7o. de nuestra Constitución establece una prohibición de previa censura.

c) *Justificación basada en la búsqueda de la verdad.* En este caso, no sólo se protegen las ideas políticas, sino cualquier clase de expresiones (incluyendo las artísticas), que puedan contribuir a descubrir la verdad o desenmascarar una falsedad.⁶³⁶ John Milton se mostró partidario de la libre circulación de las ideas, incluso de aquellas engañosas o falsas, pues su confrontación con la verdad las evidenciaría, y el hombre conocedor de una pluralidad de ideas, podría llegar a la verdad.⁶³⁷ Bajo esta concepción, toda clase de ideas deben circular y no debiera privarse a los receptores de su derecho a juzgar,⁶³⁸ ya que para descubrir la verdad se necesita discutir todos los elementos relacionados con el tema en cuestión.⁶³⁹

En este sentido, la Suprema Corte de EUA ha señalado que las afirmaciones falsas deben protegerse simplemente porque son indispensables en un debate libre para confrontarse con las afirmaciones verdaderas;⁶⁴⁰ mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte que un sistema de control para garantizar la corrección y veracidad de la información puede generar grandes abusos y “viola el derecho a la información”.⁶⁴¹

d) *Justificación basada en la autonomía individual.* Según la cual, la dignidad y autonomía individual requieren que se proteja toda forma de autoexpresión, lo que implica una amplísima libertad.⁶⁴² Así, estaríamos frente a un derecho individual que se deriva de la propia naturaleza, que es retenido por los individuos frente al Estado.⁶⁴³ En este sentido, Dwor-

⁶³⁶ *Ibidem*, pp. 240 y 241; Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 621, pp. 7 y ss.; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 622, p. 37; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 31.

⁶³⁷ Milton, John, *Areopagítica*, México, trad. José Carner, 3a. ed., FCE, Sociedad Interamericana de Prensa, 2000, pp. 76 y ss.

En particular, este autor, al hablar de la verdad, nos dice: “Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro? Su confutación es el medio mejor y más seguro de suprimir lo dañoso”. *Ibidem*, p. 92.

⁶³⁸ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 51.

⁶³⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 623, p. 16.

⁶⁴⁰ Caso *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* de 1974.

⁶⁴¹ Opinión Consultiva 5 (OC-5/85) sobre colegiación obligatoria de periodistas.

⁶⁴² Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, p. 241; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 622, p. 38; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 31.

⁶⁴³ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 38.

kin estima que hay un vínculo entre dignidad y libertad de expresión,⁶⁴⁴ al grado que “la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree”.⁶⁴⁵

Sin embargo, el proteger esta autonomía y dignidad de los emisores puede repercutir negativamente en la autonomía y dignidad de algunas personas,⁶⁴⁶ por ejemplo, cuando en aras de la libre expresión se afecta la vida privada o el honor de otro individuo, en cuyo caso pueden haber más restricciones al discurso del emisor, en las hipótesis donde el mensaje no tiene un trasfondo político o de interés público.

Una variante de esta justificación, a nuestro entender, es la tesis que afirma que el derecho a la información promueve el *desarrollo y realización personal*, pues la dignidad humana es reafirmada al permitir a las personas el comunicar sus pensamientos, ideas o sentimientos. No obstante, a esta concepción se le objeta que el desarrollo personal no es algo exclusivo del derecho a la información, ni justifica darle a este derecho un trato preferente respecto a otras actividades igualmente gratificantes.⁶⁴⁷

Esta justificación ha sido adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que la libertad de expresión es condición elemental para la realización plena de cualquier individuo.⁶⁴⁸ De igual forma, la Suprema Corte de EUA ha señalado que la libertad de expresión es coherente con el principio de dignidad humana de cada individuo.⁶⁴⁹

Como se puede apreciar, las tres primeras justificaciones ya explicadas son de carácter utilitarista, por lo que atienden a un beneficio colectivo o función social; mientras que la cuarta justificación es más bien individualista, considerando al derecho a la información como un fin por sí mismo y vinculado a la dignidad humana.⁶⁵⁰

En los EUA suelen preponderar las justificaciones utilitaristas, como nos demuestran las siguientes palabras de Owen Fiss, quien afirma que:

⁶⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. de Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, pp. 295 y 298.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 298.

⁶⁴⁶ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, pp. 241 y 242.

⁶⁴⁷ Sobre esta tesis, *cf.* Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, pp. 44, 45 y 47.

Véase también Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 621, pp. 13 y ss.; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 623, pp. 20 y ss.

⁶⁴⁸ Caso *Marónek vs. Eslovaquia* de 2001.

⁶⁴⁹ *Cfr.* el conocido caso *Cohen vs. California* de 1971.

⁶⁵⁰ Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, p. 241; y Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 35.

...el propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar.⁶⁵¹

En cambio, en los países de la Europa continental y los que se encuentran en la misma familia jurídica, se le suele dar más peso a la justificación relativa a la autonomía individual, lo cual es reflejado en los tratados sobre derechos humanos, ya que tienen como punto de partida la dignidad individual, y sólo incidentalmente la producción de beneficios al grupo social.⁶⁵²

Coincidimos con las posturas doctrinales⁶⁵³ que no reducen la justificación del derecho a la información a una sola, sino más bien la reconocen en la compleja conjunción de todas las justificaciones explicadas. De hecho, según el tipo de mensaje y las circunstancias del caso concreto, se enfatizará más alguna justificación o aspecto del derecho a la información que sea de especial relevancia para el asunto en particular. Como ejemplo, a pesar del fuerte peso de las tesis individualistas en los países neorromanistas, no es raro encontrar sentencias donde se le dé mucha importancia a las cuestiones utilitaristas, como es el caso de los asuntos donde el interés público en una sociedad democrática se utiliza como parámetro para medir la legitimidad del ejercicio del derecho a la información frente a colisiones con ciertos derechos de la personalidad (como el derecho a la propia imagen o el derecho a la intimidad).

Por ejemplo, en el caso de nuestro país, la Primera Sala de la SCJN ya se ha decantado por una fundamentación mixta del derecho a la información, al afirmar:

La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, trad. Jorge F. Malem Seña, Fontamara, 1997, p. 23.

⁶⁵² Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 93.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 88; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 31 y 32; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 623, p. 23; Rosenfeld, Michel, *op. cit.*, nota 619, p. 236.

⁶⁵⁴ A lo que añade: "Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión".

Abordado que fue este tema, corresponde a continuación echar un somero vistazo a las disposiciones jurídicas más relevantes en nuestro sistema jurídico.

C. *Notas sobre su regulación en México*

El derecho a la información es un derecho humano, por lo tanto, para conocer su regulación en nuestro país, hay que ubicar las disposiciones de derecho fundamental vigentes, las cuales se encuentran, como se mencionó en el capítulo primero de la presente investigación, tanto en nuestra Constitución como en los tratados de derechos fundamentales incorporados al derecho mexicano por vía del artículo 133 constitucional.

En primer lugar, la disposición iusfundamental básica en esta materia es el artículo 6o. constitucional.⁶⁵⁵ La redacción original del primer párrafo de esta disposición no contenía las referencias al derecho a la información ni al derecho de réplica. Así, en el texto constitucional originario se observa la concepción tradicional de libertad de expresión, deudora de los doctrinarios liberales. Fue en 1977 cuando dicho artículo fue adicionado con la frase: el “derecho a la información será garantizado por el Estado”; modificación que llevó a muchas especulaciones e, incluso, a algunos desafortunados criterios de la SCJN.⁶⁵⁶ Sin embargo, como bien explicó López-Ayllón

sión y desarrollo individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales —el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático”. *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 287.

⁶⁵⁵ Cuyo párrafo inicial reza: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de 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”.

⁶⁵⁶ La Segunda Sala de la SCJN determinó que el derecho a la información no era un derecho a favor de todos los gobernados, sino una “garantía social” para regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos. *Cfr.* “INFORMACION. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 6O. DE LA CONSTITUCION FEDERAL”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. X, agosto de 1992, p. 44.

en una importantísima investigación, ese derecho a la información es muy amplio, pues se trata del derecho subjetivo de toda persona para buscar, recibir y difundir cualquier clase de informaciones,⁶⁵⁷ de forma que no está limitado exclusivamente al acceso a la información pública, ni mucho menos se encuentra restringido a las prerrogativas de los partidos políticos.

Por lo que hace al derecho de réplica, se trata de una adición al texto constitucional del año 2007, que tuvo como propósito mencionar expresamente en nuestra Carta Magna esa salvaguarda en los procesos de comunicación. En el mismo año se le incorporaron, al artículo 6o. en glosa, diversas clarificaciones sobre el contenido mínimo del derecho de acceso a la información pública (esto fue una respuesta al fenómeno de que diversos poderes locales expidieron leyes de acceso a la información que más bien propiciaban la opacidad).

Asimismo, sobre el artículo 6o. constitucional cabe resaltar que contempla a “los derechos de terceros” como una restricción que el legislador puede imponer al derecho a la información (desde luego, cumpliendo con el principio de proporcionalidad), lo cual retomaremos más adelante para valorar qué tan justificados están los derechos de autor como restricciones al derecho a la información (sobre la relación entre esos derechos, véase *infra* el siguiente apartado).

Otro artículo destacado dentro de la Constitución es el 7o., el cual establece la libertad de “escribir y publicar escritos”. Para Burgoa Orihuela,⁶⁵⁸ la diferencia entre la libertad de imprenta (artículo 7o.) y la libertad de expresión (artículo 6o.), es que la primera tutela la manifestación del pensamiento por medios escritos (libros, periódicos, revistas, etcétera), mientras que la segunda protege la expresión verbal (discursos, radiotransmisiones, conferencias, etcétera).⁶⁵⁹ Mientras que Carbonell considera que la libertad de imprenta es una modalidad del genérico derecho a la libertad de expresión del artículo 6o. constitucional.⁶⁶⁰ En igual sentido, Margadant explica que el artículo 6o. habla de la expresión de las ideas *en general*, mientras que el 7o. hace referencia, de manera especial, a la libertad de imprenta; bifurcación que existe desde la Constitución de 1857.⁶⁶¹ En los

⁶⁵⁷ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 616, pp. 207 y 208.

⁶⁵⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, 32a. ed., Porrúa, 2000, p. 360.

⁶⁵⁹ En el mismo sentido, Del Castillo del Valle, Alberto, *La libertad de expresar ideas en México*, México, Duero, 1995, pp. 53 y 93.

⁶⁶⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 427.

⁶⁶¹ Margadant, Guillermo Floris, “La libertad de imprenta en el constitucionalismo norteamericano y en el mexicano”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*

mismos términos se pronuncia Enrique Carpizo.⁶⁶² Consideramos acertada la postura de Carbonell, Carpizo y Margadant, pues el artículo 6o. habla, en general, de la “manifestación de las ideas”, sin restringirla a ninguna modalidad.

Desde luego, y como anticipamos en el capítulo primero de la presente investigación, los tratados de derechos humanos incorporados al derecho mexicano en términos del artículo 133 constitucional, también contienen normas de derecho fundamental, máxime lo dispuesto por el artículo 1o. de nuestra Ley Suprema. Por lo tanto, el panorama del derecho a la información en México no estaría completo si no revisamos los principales acuerdos internacionales.

En primer lugar tenemos el PIDCP, cuyo artículo 19 dispone:

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Hay varios puntos que nos interesa destacar de esa disposición. En primer lugar, la preponderancia que le da a la función de tutela de la autonomía individual (sin hacer énfasis en cuestiones utilitarias), pues se protege información *de toda índole*, es decir, el derecho a la información va mucho más allá del discurso político, puesto que protege toda clase de discursos y expresiones, incluyendo las artísticas.

En segundo lugar, y coherente con esa justificación del derecho a la información, faculta al legislador ordinario (mediante una reserva de ley) para restringir ese derecho fundamental con el fin de asegurar “los derechos de los demás”, lo que nos vuelve a plantear el tema de los derechos de autor como restricciones legítimas al derecho a la información.

en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, p. 1136.

⁶⁶² Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 612, p. 153.

Por su parte, la CADH regula el derecho a la información en su artículo 13. Valen para esta disposición los mismos comentarios hechos al PIDCP, respecto a la justificación basada en la autonomía de la voluntad (y la consecuente amplitud de la información protegida por este derecho), así como en relación a la reserva de ley para restringir el derecho a la información en aras de salvaguardar derechos de terceros.

Desde luego, hay una serie de ordenamientos infraconstitucionales que regulan el derecho a la información, como la anacrónica Ley sobre Delitos de Imprenta, la Ley Federal de Cinematografía, la también vetusta Ley Federal de Radio y Televisión, diversas regulaciones civiles sobre los derechos de la personalidad, etcétera. Sin embargo, no las referiremos aquí por bastarnos las disposiciones iusfundamentales directamente estatuidas, para los fines del presente trabajo.

Una vez establecidas las principales disposiciones iusfundamentales relativas al derecho a la información, es momento de adentrarnos al estudio de la manera en que tal derecho interacciona con los derechos autorales.

D. *Sus relaciones con los derechos de autor*

Por sorprendente que pudiera parecer, sólo hasta tiempos recientes se comenzó a analizar a profundidad las relaciones entre el derecho a la información y los derechos de autor.

En forma particular, la doctrina y los tribunales tradicionalmente han partido de la base de que se tratan de instituciones jurídicas complementarias, sin cuestionarse sobre su posible incompatibilidad. Por ejemplo, la doctrina ibérica y latinoamericana normalmente sólo se había dedicado a estudiar los derechos de autor como un medio de *protección a los periodistas*, es decir, como un elemento del estatuto jurídico de los profesionales de la información,⁶⁶³ o como una de las parcelas de estudio de la disciplina conocida como *derecho de la información*.⁶⁶⁴ Pero nada más. No se había hecho mayor cuestionamiento sobre su hipotética contraposición.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Cousido González, María Pilar, *Derecho de la comunicación: derecho de la comunicación impresa*, Madrid, Colex, 2001, vol. I, pp. 135 y ss.; Desantes Guanter, José María, “Capítulo 2: El principio de individualidad: el derecho de autor” en VV.AA., *Derecho de la información (II). Los mensajes informativos*, Madrid, Colex, 1994, pp. 29 y ss.; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, pp. 263; Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, nota 612, p. 298 (con conclusiones equivocadas).

⁶⁶⁴ Luna Pla, Issa, “Derecho de la información como disciplina en México”, *Derecho comparado de la información*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 9, enero-junio 2007, p. 178; y López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 609, p. 174.

⁶⁶⁵ Situación parecida encontramos en los EUA. Resulta ilustrativa la anécdota del profesor Bloom, quien cuenta que en sus clases de *copyright* solía dedicar sólo 10 minutos para tratar

Hugenholtz explica esta falta de estudio conjunto de los derechos de autor y del derecho a la información en los países de la corriente del *droit d'auteur*, por la reticencia de algunas jurisdicciones europeas de aplicar los derechos humanos a relaciones “horizontales” entre ciudadanos, aunada a la mística naturalista de la filosofía de protección a los autores.⁶⁶⁶

En la doctrina estadounidense fue Melville Nimmer, experto tanto en *copyright* como en libertad de expresión, quien en la década de 1970, por primera vez advirtió la posible incompatibilidad entre ambas figuras. Tal abogado señaló que no puede negarse que las leyes de derechos de autor reducen, en algún grado, la libertad de expresión.⁶⁶⁷ Esto no debe sorprendernos, en virtud de que los derechos exclusivos *impiden difundir* ciertos tipos de materiales (obras ajenas) sin la autorización del respectivo titular, lo que afecta el derecho a la información en su vertiente *derecho a informar*.

No obstante lo anterior, recientemente ha surgido un creciente interés académico sobre las relaciones entre los derechos de autor y el derecho fundamental a la información,⁶⁶⁸ el cual se ha traducido en un debate donde dominan dos posturas opuestas: una que considera que los derechos de autor fomentan el derecho a la información, y otra que estima que los derechos de autor son contrarios al derecho a la información.⁶⁶⁹

el tema de la libertad de expresión, y que en su curso de libertad de expresión ni siquiera mencionaba al *copyright*. Cfr. Bloom Jr., Lackland H., “Copyright under siege: the first amendment front”, *Computer law review and technology journal*, vol. IX, núm. 1, otoño 2004, p. 41.

⁶⁶⁶ Hugenholtz, Bernt, “Copyright and freedom of expression in Europe”, <http://www.iwir.nl/publications/hugenholtz/PBH-Engelberg.doc>, enero de 2008, p. 1.

Incluso, como nos explican Strowel y Tulkens, los más radicales defensores de los derechos de autor han alegado que estos son inmunes a la libertad de expresión. Cfr. Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos des libertés e créer et d'user œuvres” en Strowel, Alain, y Tulkens, François (coords.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruselas, De Boeck & Larcier, 2006, p. 9.

⁶⁶⁷ Nimmer, Melville B., “Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?” en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 431.

Para más detalles sobre la evolución de esta clase de estudios jurídicos en EUA, cfr. Garfield, Alan E., “The case for first amendment limits on Copyright Law”, *Hofstra law review*, EUA, vol. 35, 2007, p. 1169.

⁶⁶⁸ Barendt, Eric, “Copyright and free speech theory” en Griffiths, Jonathan y Sutherland, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 11; Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 667, p. 1169; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 666, p. 7; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, pp. 457 y 458.

⁶⁶⁹ “Today, copyright law and freedom of expression are generally perceived as conflicting sets of values”. Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 220.

La verdad, como certeramente apuntó Nimmer, es que ambas posturas son, en esencia, correctas. Esto en virtud de que la relación entre los derechos de autor y el derecho a la información es *paradójica*, pues dichas figuras en algunos aspectos se limitan, y en otros, se promueven mutuamente.⁶⁷⁰

A continuación daremos la explicación a esa paradójica (o ambigua,⁶⁷¹ en el mejor de los casos) relación, apoyándonos en el estudio más serio y objetivo que hemos encontrado, el libro *Copyright's paradox* de Neil Netanel, refiriéndonos primero a la función de los derechos de autor como incentivo al derecho a la información, para luego enfocarnos a su función como carga al derecho a la información.

a. Los derechos de autor como incentivo del derecho a la información

Como ya vimos en el apartado 1.3 del capítulo segundo de la presente investigación, la aparición del moderno derecho de autor significó un logro a favor de la libertad de expresión y un golpe contra de la censura,⁶⁷² de ahí

⁶⁷⁰ Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 667, p. 431.

Sobre esta paradoja, también véase, Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, “*Digito ergo sum: file sharing between copyright protection and freedom of speech*”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constitución y principios, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 6 a 10 de diciembre de 2010, p. 3; y Rosén, Jan, “Copyright and freedom of expression in Sweden – private law in a constitutional context”, en Torremans, Paul (coord.), *Copyright law: a handbook of contemporary research*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 355.

⁶⁷¹ Couto, Alexandra, “Copyright and freedom of expression: a philosophical map”, en Gosseries, Axel, Marciano, Alain, y Strowel, Alain (coords.), *Intellectual property and theories of justice*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2008, p. 160.

⁶⁷² *Cfr.* Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 48.

Mientras que Samuelson afirma que el Estatuto de la Reina Ana adoptó los valores de la ilustración y creó un sistema de *copyright* en donde la censura no tenía un lugar de honor. Véase, Samuelson, Pamela, “Copyright, commodification, and censorship: past as prologue – but to what future?”, en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 67.

En este tenor, Gendreau indica que las primeras leyes autorales modernas implicaron un triunfo de la libertad de expresión de los autores sobre el control de la *Stationers Company* en Inglaterra y sobre los titulares de privilegios en Francia. *Cfr.* Gendreau, Ysolde, *op. cit.*, nota 669, p. 220.

Por tal razón, Geiger nos refiere que “since its origin, copyright has partly be considered as a means to guarantee free circulation of ideas within society. Far from being an egotistic right, copyright (and the author’s right) was designed as a right vested with an important social function, which largely justifies its existence”. Geiger, Christophe, “Author’s rights,

que tradicionalmente se haya visto a los derechos de autor y al derecho a la información, como figuras compatibles y complementarias.⁶⁷³

Dicha concepción que encuentra su máxima expresión en el caso *Harper & Row, Publishers, Inc. vs. Nations Enters* de 1985, en donde la Suprema Corte de EUA afirmó que el *copyright* era *el* motor de la libre expresión.⁶⁷⁴

En el mismo tenor, el Pleno de nuestra SCJN, en el famoso caso *Regalias*,⁶⁷⁵ señaló que la libertad de expresión es uno de los principios que informan los derechos de autor, y que estos derechos autorales encuentran sustento constitucional, entre otras disposiciones, en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución.⁶⁷⁶

Asimismo, en el caso *TV Azteca*, la Primera Sala de la SCJN invocó las libertades de expresión e imprenta para reforzar los derechos de los autores, protegiendo sus “expresiones artísticas y las ideas sociales”, así como “la autorrealización de los creadores de obras”.⁶⁷⁷

También puede invocarse lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005, asunto relativo a una violación al derecho a la información (borrado de archivos en computadora e impedimento a la circulación de ejemplares de un libro) y se utilizaron los derechos de autor para combatir ese acto de censura.⁶⁷⁸

copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)”, en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 30.

⁶⁷³ Como bien indica Sundara, aunque los derechos de autor pudieran restringir en algunos casos la libertad de expresión, no se oponen a los valores mismos de esa libertad. *Cfr.* Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 228.

Inclusive, afirma De Cock que los derechos de autor y la libertad de expresión tienen el mismo origen. Véase, De Cock Buning, Madeleine, “Expansion and convergence in copyright law”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 48.

⁶⁷⁴ “...it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas”. Sentencia del 20 de mayo de 1985, párrafo III.B.

⁶⁷⁵ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia del 16 de abril de 2007.

⁶⁷⁶ *Cfr.* las pp. 19 y 20 de esa sentencia.

⁶⁷⁷ Amparo directo 11/2011, sentencia del 2 de mayo de 2012, p. 172.

⁶⁷⁸ “Al respecto, el Tribunal estima que el contenido del derecho de autor, el cual protege el aprovechamiento, la autoría y la integridad de la obra, así como incluye en su ejercicio la facultad de difundir la creación realizada, se encuentra íntimamente relacionado con las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafo 107.

De hecho, por más que existan quienes lo quieran negar, los derechos de autor cumplen diversas funciones como incentivo al derecho a la información. Esas funciones son, de acuerdo con Netanel,⁶⁷⁹ las siguientes: función de producción, función estructural y función expresiva. Repasemos brevemente cada una de ellas.

a) *Función de producción*. Los derechos de autor (concretamente los de explotación) son incentivos económicos que fomentan que los autores y editores difundan obras al público.⁶⁸⁰ Como, bien dice Aicher, cualquier clase de obra tiene un costo de producción, distribución y consumo, y los creadores requieren de motivaciones para crear.⁶⁸¹ Incluso ahora, época en que Internet y otras tecnologías digitales abaratan los costos de producción y difusión de las obras, sigue existiendo un número considerable de creaciones que requieren cierta inversión de tiempo y dinero, que no se producirían si no se proporcionaran medios para recuperar esas inversiones (por ejemplo, numerosas películas, periodismo de investigación, programas de televisión, etcétera).⁶⁸² Así, sin mecanismos de remuneración para autores y editores,

⁶⁷⁹ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 82.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, pp. 84-86.

En este sentido, nos explica Rangel Medina: “si está protegido, el autor se verá estimulado para crear nuevas obras, enriqueciendo de esta manera la literatura, el teatro, la música, etcétera, de su país”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

Esta función también es explicada por Masiyakurima, Patrick, “The free speech benefits of fair dealing defences”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 237 y ss.; Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 248; y Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, *op. cit.*, nota 670, p. 2.

En contraposición, Tushnet indica que hay muchas obras que se crean sin que su incentivo sea la protección autoral. *Cfr.* Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 541.

⁶⁸¹ Aicher, William F., *Starving the artist. How the Internet culture of “free” threatens to exterminate the creative class, and what can be done to save it*, EUA, CreateSpace, 2010, p. III.

⁶⁸² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 86-88.

Lo mismo es advertido por el maestro Rangel, cuando nos refiere que “las inversiones que son necesarias, por ejemplo para la producción de películas o para la edición de libros, serán más fáciles de obtener si existe una protección efectiva”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

De hecho, la ausencia de derechos intelectuales llevaría a un empresariado parasitario que no invertiría en la creatividad y sólo esperaría a que un competidor lanzara algo al mercado para copiarlo. En este esquema, la inversión en creatividad únicamente se daría en casos excepcionales: “No one would invest in innovation or creation, except in a couple of cases where no other solution would be available, as it would give them a competitive disadvantage. All competitors would just wait until someone else made the investment, as they would be able to use the results as well without investing money in innovation and creation and without taking the risks”. Firth, Alison, “‘Holding the line’ – the relationship between

existirían menos obras de ese tipo, lo que es contrario al derecho a la información e implicaría un sistema más pobre, al haber menos obras o discursos expresivos.⁶⁸³

Sin embargo, cabe señalar que esta función de producción no se reduce sólo a incentivos económicos, pues como correctamente afirman Ortland y Schmücker, los derechos de autor pueden influir a los autores, incluso, en cómo estructurar estéticamente su obra y hacer estrategias sobre su forma de difusión.⁶⁸⁴ Amén de que el saber que se protegerá la integridad de la obra (no tergiversándose las ideas del autor) y que se le reconocerá su esfuerzo creativo (paternidad), constituye también un incentivo para que los autores decidan crear. Se trata de incentivos no económicos, pero que, hasta cierto punto, también influyen en la decisión de crear y/o divulgar una obra.

Así, en relación con la función de producción de los derechos autorales, Sundara nos recuerda que si bien es cierto que en algunos casos la tutela a los autores puede afectar el acceso a la información, también es cierto que esa información se incorpora en productos intangibles que no existirían si no hubieran sido creados por un autor.⁶⁸⁵

b) *Función estructural*. Los derechos de autor no sólo generan más cantidad de expresiones creativas (función de producción), sino también propician cierto tipo de emisores y de expresiones: fomentan voces independientes. En efecto, los derechos de autor sirven para financiar la creación y difusión de expresiones, sin necesidad de acudir a la nobleza o a las autoridades (y sin necesidad de comprometerse con su punto de vista), ya que se trata de derechos que fueron diseñados para generar un *sector expresivo* fuerte y *autodependiente* fuera del aparato estatal; lo que implica un sector central para la libertad de expresión, pues fomenta una discusión verdaderamente libre y sirve de guardián contra el abuso del poder estatal.⁶⁸⁶

De ahí que Akester afirme que: “Al proveer un mecanismo de recompensa que permita la creación de obras independientemente de un sistema

the public interest and remedies granted or refused, be it breach of confidence or copyright” en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 434.

⁶⁸³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 89.

⁶⁸⁴ Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1776.

⁶⁸⁵ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 212.

⁶⁸⁶ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 89.

Véase también Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 680, p. 248.

de beneficencia, el derecho de autor fomenta la formación y expresión no censurada e imparcial de opiniones”.⁶⁸⁷

Cuando se estableció el moderno derecho de autor, por primera vez los creadores tuvieron la posibilidad de ganarse su sustento mediante la comercialización de su trabajo, y no a través del mecenazgo; por primera vez, los autores pudieron elegir los temas que les interesaba tratar y, encontrar así, su voz propia, sin tener que sujetarse a las agendas particulares de los mecenas y gobernantes.⁶⁸⁸

Esto es particularmente evidente en la Constitución mexicana, pues la palabra “autores” no sólo aparece en la cláusula constitucional de derecho intelectual (artículo 28, párrafo noveno) y en las facultades del Congreso para legislar en la materia (artículo 73, fr. XXV), sino también en el artículo 7o. (libertad de prensa), el cual proscribe que las leyes y autoridades exijan fianzas a los autores e impresores. Con tal disposición se observa la preocupación del constituyente de que no se callen las voces independientes de los autores, lo que a su vez nos demuestra la importancia de darles cierta protección a los creadores para que funcione el derecho a la información.

Por ende, por un lado hay un beneficio colectivo, pues el derecho a la información se ve estimulado al lograr que un autor produzca y difunda sus creaciones, pero por otro lado, como nos refiere Couto,⁶⁸⁹ también se satisface la libertad de expresión de los autores, en tanto se les asegura que su obra no será usada sin su autorización.

c) *Función expresiva*. Los derechos de autor expresan y simbolizan ciertos valores propios del derecho a la información y de la democracia liberal. En primer lugar, expresan el ideal de la ilustración relativo a individuos que exteriorizan sus ideas, y por ende, que aportan su distintiva personalidad y sus concepciones propias. En segundo lugar, los derechos de autor simbolizan el ideal republicano de ciudadanos que contribuyen al debate público. En tercer lugar, los derechos de autor encapsulan el ideal del “progreso”,

⁶⁸⁷ Akester, Patricia, “El proyecto de tratado de la OMPI sobre radiodifusión y su impacto en la libertad de expresión”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, abril-junio 2006, p. 34.

En el mismo sentido, *cf.* Yu, Peter K., “Promoting Internet freedom through the copyright system”, *E-journal USA*, EUA, vol. 15, núm. 6, junio 2010, p. 7.

⁶⁸⁸ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 90 y 91; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 687, p. 7.

Sobre los efectos culturales positivos que trajo la independencia respecto de los mecenas y la autofinanciación de los autores, *cf.* Vessillier-Ressi, Michèle, “El oficio del creador”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre 1995, p. 11.

⁶⁸⁹ Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 671, p. 160.

pues para lograrlo se requiere acumular conocimiento y propiciar discusiones.⁶⁹⁰

Además, y en abono a las tres funciones explicadas por Netanel, podemos afirmar que, si ya constatamos que el derecho a la información encuentra una de sus justificaciones en la autonomía individual (autoexpresión) y que esa es, quizás, la justificación de ese derecho con más calado en los tratados de derechos humanos,⁶⁹¹ no es difícil ver que los derechos de autor incentivan esta función del derecho a la información, pues protegen la personalidad del autor expresada en su obra y, como bien dice Masiyakurima, hay una clara influencia entre la autorrealización y la protección de la personalidad de los autores.⁶⁹²

De ahí que, oportunamente, Sundara indique que: “However, in relation to creative work, it is also important to recognize that the public is not dealing with expression and information in abstract terms: rather, the work emanates from a particular individual, in a particular form, and it represents the culmination of an individual, creative process”.⁶⁹³

Por tanto, la autonomía individual o autorrealización es otra de las funciones de los derechos de autor que actúan como incentivo al derecho a la información, y nos demuestran la compatibilidad entre ambas figuras.

Incluso, esto es más evidente aun en el caso de los derechos morales, pues facultades como la de divulgación y la de integridad están estrechamente vinculadas con el derecho a la información, pues cuando el autor decide difundir su creación (y darle cierto contenido a ella) está ejerciendo su libertad de expresión, tanto en el sentido de decir qué se quiere expresar como al elegir que lo expresado le llegue al público.

Así, si un intermediario interrumpe, impide o mutila la difusión de una obra, no sólo estará violando el derecho moral de autor, sino el derecho a la información. En este sentido, explica Roselló, profesor de la Universidad de La Habana:

...protegiendo los derechos morales del autor, estamos también contribuyendo de forma indirecta a proteger la libertad de expresión y el derecho a la información: señaladamente con el derecho a la integridad y a la paternidad, nos aseguramos, desde la perspectiva del autor, que las ideas por él expresadas en el acto de creación (que son, no se olvide, “emanaciones de su personalidad”) lleguen al público de la manera exacta en que tal expresión se

⁶⁹⁰ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 104-106.

⁶⁹¹ Véase *supra* la letra B, del número 1 del subcapítulo X, del presente capítulo.

⁶⁹² Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 680, p. 244.

⁶⁹³ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 211.

produjo, y asociadas (o no) a su nombre o aun seudónimo (siempre según la elección del autor), lo cual es sin dudas interés principal del propio autor, pero también, aunque en menor escala quizá, de ese mismo público.⁶⁹⁴

En términos similares se pronunció la Primera Sala de la SCJN en el caso *TV Azteca*, al afirmar lo siguiente en sede de la facultad moral de integridad:

En virtud de lo antes señalado, es estima fundado el cuarto concepto de violación, por lo que hace al argumento consistente en que la responsable violó lo dispuesto por los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República, al considerar válido que mediante un contrato privado se puedan mutilar o cercenar las expresiones artísticas y las ideas sociales de los directores, ya que se afecta la libre manifestación de las ideas y obstruye la expresión en materia cultural así como la autorrealización de los creadores de obras.⁶⁹⁵

b. Los derechos de autor como cargas del derecho a la información

Los derechos de autor no sólo constituyen incentivos al derecho a la información, sino que, en algunos casos, pueden representar una carga para ese derecho humano.

Los derechos de autor limitan los contenidos discursivos que una persona puede emitir en ejercicio de su derecho a la información, pues para dar un mensaje, en principio, no se puede utilizar la obra (forma de expresión) de otras personas, sino debe hacerse con las propias palabras del informante. Como bien dice Jan Rosén:

...anybody's right to express himself must per definition be limited by the other's copyright to the *form* of expression used by the speaker, that is if the speaker wishes to express himself or herself with the original wording of someone else. Copyright as a limitation to freedom of expression can't be denied!⁶⁹⁶

En igual tenor, Faúndez Ledesma reconoce expresamente a los derechos de autor como restricciones al derecho a la información, apuntando que: "Si bien, en principio, la protección de la propiedad intelectual no afecta al

⁶⁹⁴ Roselló Manzano, Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, ASEDA, 2011, p. 36.

⁶⁹⁵ Amparo directo 11/2011, sentencia del 2 de mayo de 2012, p. 172.

⁶⁹⁶ Rosén, Jan, "Freedom of expression", *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 1.

contenido de la expresión, ella restringe la divulgación de información, e impone limitaciones en cuanto a su acceso y utilización”.⁶⁹⁷ Mientras que el desaparecido profesor holandés, Guillermo F. Margadant, advirtió que los derechos de autor limitan las expresiones de todos aquellos que no son titulares del respectivo derecho autorial.⁶⁹⁸ Por su parte, Susana Navas advierte: “Paladino aparece, pues, que el derecho de autor supone una traba, en muchos casos, a este derecho a informar”.⁶⁹⁹

Desde luego, estos elementos de conflicto entre libertad de expresión y derechos de autor siempre han existido, pero en tiempos recientes son más evidentes, insistentes y hasta nocivos.⁷⁰⁰ En particular, y como veremos en el siguiente capítulo, se debate sobre el acceso y la circulación de información por Internet.⁷⁰¹

Siguiendo a Netanel,⁷⁰² las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información, pueden clasificarse en tres: cargas censoras, costos prohibitivos y cargas distributivas.

⁶⁹⁷ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 620, p. 518.

En este sentido, Craig apunta: “copyright laws allow individuals to call upon the state to prevent someone from speaking or expressing themselves in a particular way”. Craig, Carys J., *Copyright, communication and culture. Towards a relational theory of copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2011, p. 205.

Por su parte, Strowel y Tulkens afirman: “The conflict between copyright and freedom of expression is not imaginary. The issue rightly attracts academic attention for its genuine interest”. Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 479, p. 295.

Mientras que Bonadio y Pollicino indican: “Thus copyright can be used to restrict the free use of existing works and as a result it has the potential to limit the flow of information necessary to form and communicate personal opinions”. Bonadio, Enrico, y Pollicino, Orreste, *op. cit.*, nota 670, p. 1.

Cfr. también Gross, Robin, “Intellectual property rights and the information commons”, en Frank Jørgensen, Rikke (coord.), *Human rights in the global information society*, EUA, MIT, 2006, p. 109; Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 671, p. 160; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 458; Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 680, p. 241; Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 212; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 538; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 687, pp. 7 y 8.

Asimismo, véase el análisis que de este conflicto hace el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (Perú), en la resolución 0372-2006/TPI-INDECOPI dictada el 21 de marzo de 2006, p. 17.

⁶⁹⁸ Margadant, Guillermo Floris, *op. cit.*, nota 661, p. 1126.

⁶⁹⁹ Navas Navarro, Susana, “Libertad de expresión, libertad de información y derecho de autor”, *Anuario de propiedad intelectual 2005*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2006, p. 401.

⁷⁰⁰ Lange, David, y Powell, Jefferson H., *No law: intellectual property in the image of an absolute first amendment*, EUA, Stanford Law Books, 2009, p. 305; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 672, p. 30; y Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, pp. 540 y 541.

⁷⁰¹ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 573, p. 305.

⁷⁰² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 109 y 110.

a) *Carga censora*. Si bien los derechos de autor modernos nacieron como un instrumento contra la censura,⁷⁰³ en la actualidad pueden ser utilizados por sus titulares como armas para silenciar algunas voces.

Este es el fenómeno que se conoce como “censura privada”, y se genera cuando el titular de los derechos de autor busca evitar la crítica, que se difunda información embarazosa o que un tercero con ideas políticas o religiosas diferentes las manifieste, o, simple y sencillamente, los derechos de autor se utilizan por el titular como una respuesta agresiva contra sus competidores.⁷⁰⁴ Un ejemplo clásico es el de la Iglesia de Cienciología, la cual, invariablemente, inicia juicios en contra de periodistas o detractores que difunden sus textos.⁷⁰⁵

Asimismo, los derechos de autor pueden generar “auto-censura”, pues existen casos en que una persona decidirá no difundir cierto mensaje ante el riesgo de que se le demande por una supuesta violación a derechos de autor (incluso en el supuesto de que no exista tal violación), pues los meros costos de defenderse en juicio pueden servir para disuadir a la persona de emitir el mensaje.⁷⁰⁶ Aunque, desde luego, este *chilling effect* no es consecuencia exclu-

⁷⁰³ Véase *supra* la nota al pie 672 del presente capítulo, así como el apartado del número 3 del subcapítulo I, del capítulo segundo.

⁷⁰⁴ Sobre el particular, apunta Goldstein: “Although its censorship function was dissipated with enactment of the Statute of Anne, copyright persists in its potential for conflict with first amendment. Dispensed by the government, copyright still constitutes the grant of a monopoly over expression”. Goldstein, Paul, “Copyright and the first amendment”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 434.

En general, sobre la censura privada, *cf.* Gordon, Wendy J., “Copyright norms and the problem of private censorship”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 67 y ss.

También sobre este tópico, véase Gross, Robin, *op. cit.*, nota 697, p. 109; Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 230; Vaidhyanathan, Siva, *The anarchist in the library*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 186; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 687, p. 9.

⁷⁰⁵ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 111 y 112.

Desde luego, esta clase de censura privada afecta menos al derecho a la infomación que la censura estatal, pues mientras que la segunda impide tajantemente la difusión del mensaje como tal, los derechos de autor no dan control sobre el mensaje en sí mismo, sino sólo sobre una de las muchas formas de expresar ese mensaje. Así, los derechos de autor difícilmente pueden impedir que el mensaje (como tal) se difunda.

Empero, surge el tema de la efectividad discursiva, pues a veces el mensaje tendrá menor impacto si usamos una expresión propia a que si usamos la expresión (obra) ajena. Sobre este punto, *cf. ibidem*, p. 112, e *infra* nota al pie 733 del presente capítulo.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 112.

En este sentido, Samuelson afirma: “Copyright can, of course, chill free speech and free expression even when copyright owners don’t sue, for a claim of copyright infringement has

siva (ni siquiera propia) de los derechos de autor, sino más bien de la temeridad en el ejercicio abusivo de derechos y, principalmente, de los costos que las vías procesales implican para la defensa de cualquier tipo de derecho (no sólo del derecho a la información).

b) *Costos prohibitivos*. En muchos casos si, para emitir un mensaje, se desea usar obras ajenas, debe ubicarse quién controla los derechos de autor, negociar una licencia y pagarla, lo que en varios supuestos puede implicar un costo prohibitivo, que se traduce en que el mensaje no se emita o se emita de una forma menos efectiva. Lo mismo puede suceder cuando el titular de derechos imponga un precio muy alto para permitir el uso de la obra.⁷⁰⁷

Como una variante de los costos prohibitivos, podríamos también hablar de los *costos de acceso*. Si ya vimos que, dada su evolución, el derecho a la información no sólo comprende la posibilidad de difundir información, sino también la facultad de recibirla, resulta que los derechos de autor (cada vez con más intensidad), se erigen como una barrera al acceso de cierta información. Esto es particularmente evidente con el advenimiento de Internet y la configuración del llamado “derecho de acceso”.⁷⁰⁸

c) *Cargas distributivas*. Algunos mensajes, para ser efectivos, requieren utilizar obras preexistentes. En este sentido, las cargas de usar obras ajenas son más pesadas para algunos emisores que para otros; esto en virtud de que una gran empresa con una amplia cartera de derechos de autor, tendrá un nutrido catálogo de obras para elegir cuáles incorporar a su mensaje (sin mayores costos) y tendrá un mejor poder de negociación para lograr el uso de obras cuyos derechos pertenecen a otras personas; en cambio, a una persona que no tenga ese beneficio le será más oneroso utilizar obras ajenas.⁷⁰⁹

Por lo tanto, puede concluirse que, en determinadas circunstancias, los derechos de autor se oponen a las finalidades del derecho a la información. En consecuencia, en el siguiente apartado veremos cuáles han sido las respuestas jurídicas para atender tal problemática, y evaluaremos si han servido a tal propósito.

especially strong chilling effects on individuals and groups with modest financial resources”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 8.

⁷⁰⁷ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 116, 140 y 141.

⁷⁰⁸ Estos temas se tratan a detalle en el siguiente capítulo de este trabajo.

⁷⁰⁹ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 144, 147 y 152.

c. Vías de atenuación de las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información. Función de las restricciones al derecho de explotación

Así las cosas, al ser los derechos de autor *uno* de los incentivos al derecho a la información (pues como afirma Netanel, no es único),⁷¹⁰ y al existir un derecho humano que ordena la protección de los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible (como ya vimos en el capítulo previo), no puede sostenerse que el derecho a la información exija la desaparición de los derechos de autor. Como bien dice Netanel, *los beneficios que los derechos de autor traen al derecho a la información, pesan más que sus costos*.⁷¹¹ De ahí que “el derecho de autor y la libertad de expresión no deben tenerse como sustentadores de principios opuestos”.⁷¹²

Inclusive, nuestro sistema jurídico contempla la posibilidad de que el derecho a la información sea restringido para salvaguardar los derechos de los autores. En efecto, la Constitución mexicana, el PIDCP y la CADH, permiten expresamente que el legislador ordinario restrinja el derecho a la información para salvaguardar derechos de terceros (como los derechos de

⁷¹⁰ *Ibidem*, pp. 83 y 107.

En tal tenor, Geiger admite sin tapujos: “one can even say that copyright’s goal is, at least partly, to guarantee the public’s right to information”. Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 672, p. 32.

Asimismo, véase Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 540.

⁷¹¹ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 10.

En igual sentido, *cf.* Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 458.

Por su parte, Orland y Schmücker recalcan los aspectos positivos de los derechos de autor: “More important, and in some aspects less explored, are the ‘positive’, productive effects of copyright on artistic practices”. Orland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, *op. cit.*, nota 684, p. 1776.

⁷¹² Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 33.

La misma profesora también indica: “At a conceptual level, the rights that underpin access to information and copyright protection are linked within a perpetual cycle of discovery, enlightenment and creation. Freedom of expression, information, science and art promotes this cycle and, as such, is not only an essential element of man’s spiritual freedom and of a democratic society, but also vital for the existence of a dynamic and self-renewing environment of information, knowledge and culture. This process continuously leads to the creation of scientific, literary and artistic production, which may be protected by copyright law. In turn, copyright law provides an incentive/reward mechanism, which aims to promote cultural productivity. Hence, both access to information and copyright protection subsist within the same cultural and creative domain”. Akester, Patricia, “The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture”, estudio encargado por la UNESCO para la 14a. sesión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, junio 2010, p. 2.

Cfr. también Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, p. 40.

autor),⁷¹³ eso sin mencionar las restricciones implícitas que se deriven de la tutela del derecho humano a la protección jurídico-autoral (también previsto en nuestro sistema jurídico).

Por consiguiente, más que propugnar por la desaparición de los derechos de autor, el *quid* del asunto es disminuir o reducir, en la mayor medida de lo posible, las cargas que los derechos de autor le significan al derecho a la información. Sobre este particular, en el último capítulo de la presente investigación exponemos nuestra propuesta para lograr tal objetivo.

No obstante, cabe decir que la teoría general del derecho de autor y las legislaciones del mundo han generado diversos instrumentos o salvaguardas para aminorar esas afectaciones al derecho a la información, a las cuáles se les ha llamado, metafóricamente, “válvulas de escape” o “válvulas de seguridad”.⁷¹⁴

Esas válvulas de escape son: la dicotomía “expresión/contenido” (sobre la cual ya ahondamos en el número 5, del subcapítulo III, del capítulo segundo), el agotamiento de la facultad de distribución, la temporalidad del derecho de explotación (aunada a la figura del dominio público) y, además, las restricciones al derecho de explotación⁷¹⁵.

De todas ellas, destacan la dicotomía “expresión/contenido” y las restricciones al derecho de explotación. La primera, porque los derechos de autor no regulan el mensaje en sí mismo, sino sólo las formas en que se

⁷¹³ Inclusive, siguiendo la línea de pensamiento fijada por la SCJN, restricciones de este tipo serían muy viables tratándose de obras de entretenimiento, en donde la Corte ha determinado que la protección de la libertad de expresión es más débil, por alejarse de su núcleo básico de tutela. *Cfr.* las notas al pie 630 y 631 del presente capítulo.

⁷¹⁴ Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 479, pp. 294 y 295; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 34; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 544; Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 50, p. 1.

⁷¹⁵ Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *Human rights and intellectual property. Mapping the global interface*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, p. 259; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 712, p. 3; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 34; Bauzá, Marcelo, *op. cit.*, nota 612, p. 125; Bloom Jr., Lackland H., *op. cit.*, nota 665, pp. 49 y 61; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 666, pp. 6 y 7; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 672, p. 32; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 458; Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, p. 134; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 63; Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral”, en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, pp. 25 y 26; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 531; Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 696, p. 2; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 553; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 25; Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 666, p. 17; Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression — Intellectual property — Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 11; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 573, p. 293.

expresa el mensaje.⁷¹⁶ Las segundas, porque, como ya vimos en el presente capítulo, facultan para usar las obras sin necesidad de requerir autorización.

De hecho, muchas de las principales restricciones al derecho de explotación tienen como propósito salvaguardar el derecho a la información (en detrimento de los intereses del autor o titular derivado), como sucede con el derecho de cita,⁷¹⁷ la copia privada,⁷¹⁸ la parodia,⁷¹⁹ las informaciones de actualidad,⁷²⁰ la utilización de obras visibles desde lugares públicos,⁷²¹ etcétera.

Por tal razón, Couto afirma que, difícilmente, la satisfacción de la libertad de expresión requiere que se reproduzca una obra en casos diferentes a los que las propias leyes de derechos de autor lo permiten.⁷²²

La existencia de tales válvulas de escape es, probablemente, la razón por la que los tribunales que han analizado las relaciones entre el derecho

⁷¹⁶ Sobre este punto, nos explica Arosamena: “dado que el derecho de autor no protege las ideas sino las formas de expresión, y casi siempre hay formas de expresión alternativas que pueden usarse, no se puede decir que el debido respeto a los derechos de autor realmente obstruya la libertad de expresión”. Arosamena, Gustavo, “Conflicto entre derechos de propiedad intelectual y (otros) derechos humanos: una breve esquematización”, *Revista jurídica de propiedad intelectual*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, t. II, 2009, p. 221.

⁷¹⁷ De Carreras Serra, Lluís, *Derecho español de la información*, España, UOC, 2006, p. 385; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 117, p. 481; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 284, p. 168; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 37; Pereira dos Santos, Manoel J., *op. cit.*, nota 715, p. 27.

⁷¹⁸ López Richart, Julián, “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 185; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1070 y 1071; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 74 y 75; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

⁷¹⁹ Fernandini, Claudia, Torsen, Molly, y Wong, Tzen, “Cultural diversity and the arts: contemporary challenges to copyright law”, en Dutfield, Graham, y Wong, Tzen (coords.), *Intellectual property and human development. Current trends and future scenarios*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 300; Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 114; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 81; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 473, p. 278; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 93, p. 300; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 37; Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 28.

⁷²⁰ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 110; Carreras Serra, Lluís de, *op. cit.*, nota 717, p. 390; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411. Navas Navarro, Susana, *op. cit.*, nota 699, p. 402; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 91; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 7, pp. 286 y 287; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, p. 25.

⁷²¹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Carreras Serra, Lluís de, *op. cit.*, nota 717, p. 391.

⁷²² Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 671, p. 172.

a la información y los derechos de autor, han sido reacios en salir de la legislación autoral y aplicar directamente las normas propias del derecho a la información (normas iusfundamentales).

Por ejemplo, en los EUA, la Suprema Corte ha determinado que la protección a la libertad de expresión ya está incorporada en la propia *Copyright Act* al distinguir entre “expresión” y entre “hechos e ideas” (que no son tutelables),⁷²³ postura que reiteró en el caso *Eldred*, al afirmar que la referida ley ordinaria contiene salvaguardas internas a la libertad de expresión, lo que hace innecesario someter el régimen de *copyright* al escrutinio de la primera enmienda.⁷²⁴ Por lo que resulta claro que, en ese país, el derecho a la información ha tenido poco impacto en temas de derechos de autor.⁷²⁵

En Alemania, si bien algunos jueces de distrito han invocado el artículo 5o. de la Ley Fundamental de Bonn (derecho a la información) para permitir ciertos usos no autorizados de obras, el Tribunal Supremo ha sido más cauto, como se puede apreciar en el caso *Lili Marleen*,⁷²⁶ donde resolvió que el artículo 5o. constitucional no servía como defensa en un asunto de derechos de autor, pues la protección a la libertad de prensa ya está incorporada en la legislación autoral alemana. Sin embargo, también dejó abierta la puerta para que se tomen en cuenta restricciones a los derechos de autor no previstas en la ley, aunque sólo en casos excepcionales e inusuales de necesidad urgente de información.⁷²⁷

En el Reino Unido destaca el caso *Ashdown*,⁷²⁸ en donde el tribunal de apelación, luego de desechar las defensas de *fair dealing* e interés público, salió de la legislación autoral y analizó el asunto con base en la *Human Rights Act*, concluyendo que el *copyright* toma en cuenta las necesidades de la liber-

⁷²³ Caso *Harper & Row, Publishers, Inc. vs. Nations Enters* de 1985.

⁷²⁴ *Eldred vs. Ashcroft* de 2003.

Aunque en este asunto, la Suprema Corte dejó abierta la puerta para acudir a la primera enmienda cuando alguna reforma legislativa vaya más allá de los contornos tradicionales del *copyright*. Cfr. Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 667, p. 1174; LaFrance, Mary, *op. cit.*, nota 521, p. 320; y Netanel, Neil Weinstock, “Copyright and the first amendment: what *Eldred* misses – and portends”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 151.

En este sentido, en el caso *Golan vs. Gonzales* de 2007, el Tribunal del Décimo Circuito determinó que el restablecimiento del *copyright* sobre obras del dominio público (previsto en el artículo 104A de la legislación estadounidense) implica una alteración de los contornos tradicionales del *copyright*, por lo que dicha disposición puede someterse al escrutinio de la primera enmienda.

⁷²⁵ Garfield, Alan E., *op. cit.*, nota 667, p. 1171.

⁷²⁶ Sentencia de 7 de marzo de 1985.

⁷²⁷ En general, véase Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 666, pp. 9 y 10.

⁷²⁸ *Ashdown vs. Telegraph Group Ltd.* de 2002.

tad de expresión,⁷²⁹ por lo que sólo en casos muy raros se presentará un verdadero conflicto entre esos derechos, dejando la puerta abierta para que, en esos asuntos, la libertad de expresión pueda actuar como una salvaguarda externa al *copyright*.⁷³⁰

A decir de Rosén, el asunto *Ashdown* ilustra la posición prevaleciente de la judicatura europea en general: renuencia a aplicar normas constitucionales y de derechos humanos a casos sobre derechos de autor, prefiriendo resolverlos mediante la interpretación de las restricciones al derecho de explotación.⁷³¹

En tal tenor, Netanel indica que los tribunales están en lo correcto al afirmar que las cargas que los derechos de autor imponen al derecho a la información se pueden reducir a través de las diversas salvaguardas que otorgan las propias legislaciones autorales (incluyendo las restricciones al derecho de explotación). Sin embargo, el problema es que esas salvaguardas *no son siempre suficientes* para resolver el problema.⁷³²

A reserva de que en el siguiente capítulo sometamos a examen el actual sistema de restricciones al derecho de explotación, cabe aquí destacar algunos puntos por los que las salvaguardas mencionadas no son suficientes.

En primer lugar, se ha cuestionado la dicotomía “expresión/contenido” y la máxima de no protección de las ideas e información que de tal dicotomía se desprende, pues como ya vimos en el número 5, del subcapítulo III, del capítulo segundo de este trabajo, hay casos en que es muy difícil distinguir entre expresión y contenido, incluyendo aquellos en los que ha habido una fusión entre ambos elementos, como también cuando existen situacio-

⁷²⁹ En particular, en el párrafo 31 de la sentencia, el tribunal afirmó: “It is important to emphasise in the present context that it is only the form of the literary work that is protected by copyright... Thus it is only the freedom to express information using the verbal formula devised by another that is prevented by copyright. This will not normally constitute a significant encroachment on the freedom of expression... It is stretching the concept of freedom of expression to postulate that it extends to the freedom to convey ideas and information using the form of words devised by someone else”.

⁷³⁰ Para más datos sobre este caso, véase Derclaye, Estelle, “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 143; Barendt, Eric, *op. cit.*, nota 668, pp. 15 y 22; Papadopoulou, Frantzeska, “TRIPS and human rights”, en Kur, Annette, y Levin, Marianne (coords.), *Intellectual property rights in a fair world trade system. Proposals for reform of TRIPS*, Reino Unido, Edward Elgar, 2011, p. 279; Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 511, p. 202; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 573, pp. 297-299.

⁷³¹ Rosén, Jan, nota 670, p. 364.

⁷³² Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, p. 170.

En términos semejantes, véase, Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 23, p. 109.

nes en las que es imperativo utilizar la expresión (y no sólo el contenido) para que el mensaje tenga el impacto necesario.⁷³³

Si bien es cierto esto, reiteramos lo ya dicho en el sentido de que la dicotomía “expresión/contenido” sigue siendo plenamente aplicable en los casos fáciles de distinción entre expresión y contenido. Por lo tanto, en toda esa gama de asuntos, la dicotomía “expresión/contenido” es una herramienta adecuada y suficiente para evitar que los derechos de explotación afecten el derecho a la información, solucionándose así el problema en esos supuestos.

No obstante, persiste la problemática para los asuntos en que la dicotomía “expresión/contenido” no sirve para resolver la cuestión por las razones ya apuntadas. En este sentido, si dicha dicotomía fuera la única salvaguarda del derecho a la información frente a los derechos de explotación, podría válidamente pensarse en una afectación seria o desproporcionada al primer derecho.

Sin embargo, como nos recuerda Bloom, la dicotomía “expresión/contenido” es sólo una primera línea o estrato de defensa del derecho a la información, pero no la única; de tal forma que si dicha herramienta no fue útil para resolver la cuestión, pasamos a una segunda línea, que serían las restricciones al derecho de explotación.⁷³⁴ Incluso, desde un punto de vista

⁷³³ *Cfr.* Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 24 y ss.; Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *op. cit.*, nota 574, p. 4; Fernandini, Claudia, Torsen, Molly, y Wong, Tzen, *op. cit.*, nota 719, p. 300; Tushnet, Rebecca, *op. cit.*, nota 546, p. 549; Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 573, p. 298.

El propio Nimmer reconoce que hay casos en donde el derecho a la información exige la difusión, no sólo del contenido, sino también de la expresión, debiendo prevalecer tal libertad sobre los derechos de autor. Y esto lo ejemplifica con las fotografías de la masacre de My Lai, donde el impacto visual que generan es una contribución única e irremplazable para el diálogo democrático, pues ninguna cantidad de palabras puede describir el alcance de esa masacre. Véase, Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 667, p. 434.

En el mismo sentido, *cfr.* Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 462, p. 459.

Véase también, Vaidhyathan, Siva, *Copyrights and copywrongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, pp. 30 y ss.; y Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 680, p. 237.

⁷³⁴ “Even so, if the idea/expression dichotomy were the only buffer that copyright provided between protected speech and liability for infringement, then perhaps the uncertainty of the standard would in fact raise legitimate constitutional concerns. But it must not be forgotten that in those instances in which it has been established that a defendant did use the copyright owner’s protected expression, rather than merely his ideas, the fair use defense will almost inevitably provide a second line of defense. I have argued that Professor Nimmer and the Supreme Court are correct in believing that the idea/expression dichotomy goes a long way toward obviating any free speech problems presented by copyright’s restriction on the use of protected expression without consent of the copyright owner. That, of course, is

litigioso, las restricciones al derecho de explotación se vuelven más relevantes, pues son pocas las demandas en donde los autores alegan uso de ideas o información, sino que la mayoría de las reclamaciones están más enfocadas a casos de uso no autorizado de las formas de expresión.⁷³⁵

Desde luego, la figura de las restricciones a los derechos de explotación tiene sus detractores,⁷³⁶ y se cuestiona si esta segunda línea de defensa es efectiva para disminuir las afectaciones que los derechos de autor generan al derecho a la información.⁷³⁷

Consideramos, en principio, que esta institución es de un alto grado de utilidad para lograr dicho fin, pues como ya vimos al repasar las restricciones previstas en la legislación mexicana, existen varias que sirven para salvaguardar el derecho a la información, como por ejemplo, el derecho de cita.

Así las cosas, de que las restricciones al derecho de explotación tienen alguna utilidad, no cabe la menor duda. El *quid* del asunto es saber si esas restricciones, como se regulan actualmente, son suficientes o no (cuestión que abordaremos en el siguiente capítulo). Es decir, cabe preguntarnos si el estatus contemporáneo de las restricciones nos permite salvaguardar todos los casos en que deba prevalecer el derecho a la información, y si sirven, además, para resolver otro tipo de amenazas al mismo, como en muchos casos sucede con las medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección (sobre las que se ahonda en el siguiente capítulo) son aplicaciones que impiden el acceso, la reproducción o ciertos usos de las obras, es decir, son una protección fáctica (adicional a la jurídica). En los casos en que el derecho a la información requiera el uso de una expresión, esto puede verse obstaculizado por la medida tecnológica de protección, que impediría tal uso, incluso en los supuestos en que

only half of the equation. If anything, the back stop of the fair use doctrine is even more significant in ensuring that copyright law does not trample free speech values". Bloom Jr., Lackland H., *op cit.*, nota 665, p. 53.

⁷³⁵ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 511, p. 25.

⁷³⁶ Por ejemplo, Lessig estima que esta figura se limita al derecho de contratar un abogado para defender en juicio el derecho a crear. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 547, p. 187.

Véase también, Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 23, pp. 63-66.

⁷³⁷ "It remains debatable whether fair use can be legitimately considered an element of free expression. Since, in its nature, 'fair use' is not an enabling right, but rather a defensive one, authors have tended to disagree on this point. While courts are yet to decide this point, they still seek to avoid resorting to the First Amendment *per se* by invoking the fair use doctrine". Balganes, Shyamkrishna, "Copyright and free expression: analyzing the convergence of conflicting normative frameworks", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 4, núm. 1, otoño 2004, p. 68.

una norma jurídica permitiera esa utilización (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación).⁷³⁸

Otro ejemplo es cuando, contractualmente, el usuario de una obra se compromete a no valerse de ninguna restricción al derecho de explotación, por ejemplo, como cuando al celebrar una licencia de *software*, el licenciataria se obliga a no realizar copias privadas, ni investigar las ideas subyacentes del *software*, etcétera. Estamos frente a la renuncia o inaplicabilidad de las restricciones al derecho de explotación por pacto contractual, lo que amplía el alcance de la protección del titular del derecho de explotación.⁷³⁹ La validez de esas renunciaciones contractuales también ha sido un tema de debate.

En conclusión, si bien todo apunta a que la dicotomía “expresión/contenido” y el sistema actual de restricciones no resuelven todas las hipótesis en que deba prevalecer el derecho a la información por sobre los derechos de explotación,⁷⁴⁰ tampoco puede obviarse que ambas salvaguardas (que, en conjunto, nos resuelven un buen número de casos) son útiles para solucionar muchas de las tensiones que se generan entre los derechos de explotación y el derecho a la información.⁷⁴¹ En el siguiente capítulo haremos algunas propuestas sobre otras figuras de las que podemos echar mano para completar esa salvaguarda y cerrar el círculo.

Desde luego, tampoco debemos de olvidar que los derechos de explotación encuentran su sustento en el derecho humano a la protección jurídico-autoral,⁷⁴² mismo que exige proteger los intereses materiales de los autores en la mayor medida de lo posible. Esto no debe perderse de vista, pues no siempre que nos encontremos frente a un interés protegido por el derecho a la información, automáticamente deben afectarse los derechos de los

⁷³⁸ Para más detalles sobre esta cuestión, véase Balganesch, Shyamkrishna, *op. cit.*, nota 737, p. 77; Bloom Jr., Lackland H., *op. cit.*, nota 665, p. 60; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 70 y ss.; Velázquez Vértiz, Sergio, “Las obras en formato digital y las medidas tecnológicas de protección”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 184.

⁷³⁹ Véase, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, pp. 67 y ss.; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, pp. 386 y 387; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 3 y ss.

⁷⁴⁰ En este sentido, Pamela Samuelson indica: “Occasionally, fair use and the idea/expression distinction have failed to preserve as much harmony between copyright and free expression principles as society seem desirable”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, 672, p. 64.

También Couto se refiere a la necesidad de encontrar respuestas, en los casos de frontera o zonas grises donde no se resuelve el conflicto. *Cfr.* Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 671, p. 172.

⁷⁴¹ *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 592.

⁷⁴² El cual se analizó en el capítulo tercero de la presente investigación. *Cfr.* sobre esa fundamentación, Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 33.

autores,⁷⁴³ pues podría vulnerarse el núcleo esencial del derecho a la protección jurídico-autoral e, incluso, vaciarse su contenido. Por lo tanto, habrá casos en que el derecho a la información deba ceder frente a los intereses materiales de los autores, cuando esto se encuentre justificado.

Como acertadamente afirma Sundara, ni la libertad de expresión ni los derechos de los autores son absolutos.⁷⁴⁴ Se trata, como ya se ha dicho varias veces, de una cuestión de equilibrio.⁷⁴⁵

2. *El derecho a la cultura*

Los derechos de autor no sólo colisionan con el derecho a la información, sino también con el derecho a la cultura⁷⁴⁶ (al menos con algunas de sus facultades); y de hecho, esta colisión es más frontal y directa, pues mientras en el primer caso la dicotomía “expresión/contenido” (de la que se deriva la máxima de no protección de las ideas y la información) permite un alto grado de compatibilidad entre el derecho a la información y el derecho de explotación, tal salvaguarda poco ayuda cuando estamos frente al derecho a la cultura, ya que este exige, entre otras cosas, el acceso no sólo a las ideas, sino también (y acaso con mayor énfasis) a las formas expresivas.

Así, mientras el derecho de explotación da un control sobre ciertas expresiones humanas, el derecho a la cultura ordena el acceso a esas expresiones y el beneficio universal de ellas. Por ende, resulta mucho más difícil compatibilizar esos derechos, que el armonizar los derechos de explotación con el derecho a la información.

A tal dificultad hay que sumar que el derecho a la cultura es relativamente reciente, su contenido no es preciso, no ha tenido una regulación adecuada, se le ha estudiado poco y hay escasa jurisprudencia en el ámbito comparado.⁷⁴⁷

⁷⁴³ A pesar de ser muy críticos con los derechos de autor, Burrell y Coleman opinan que: “the assumption that copyright should give way to freedom of expression in all circumstances where the two collide would still lead to the introduction of an incredibly broad free speech exception..., such a broad exception might result in the under-protection of some types of copyright subject matter”. Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 29, p. 19.

⁷⁴⁴ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 211.

⁷⁴⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 592.

⁷⁴⁶ “Copyright must not only deal with free speech concerns but also reconcile itself with the right to culture”. Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 479, p. 313.

⁷⁴⁷ Acertadamente afirma Stavenhagen: “Una de las áreas menos desarrolladas y consolidadas del sistema internacional de protección a los derechos humanos es el que se refiere

No obstante lo anterior, existen varias restricciones al derecho de explotación que encuentran su fundamento en el derecho a la cultura, por lo que es importante analizar este último derecho y tratar de explicar sus interacciones con los derechos de autor.

A. *El derecho a la cultura: planteamiento e interrogantes*

El primer obstáculo que nos genera el derecho a la cultura, es la noción misma de “cultura”, la cual ha sido uno de los grandes problemas a los que se enfrentan disciplinas como la antropología o la sociología y, como consecuencia, el derecho.⁷⁴⁸ En este sentido, explica Ávila Ortiz: “El vocablo cultura, el cual se presenta como uno de los de más difícil tratamiento en la teoría y en la práctica social de nuestro tiempo, encuentra su raíz etimológica en la antigua Grecia y su despliegue polisémico en los últimos dos siglos”.⁷⁴⁹

Y es que, en efecto, la expresión “cultura” tiene un amplio contenido y una multitud de acepciones,⁷⁵⁰ como bien se puede contrastar de la definición proporcionada por la Real Academia Española:

Cultura. (Del lat. *cultūra*). f. cultivo. 2. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. 3. Conjunto de modos de vida y

a los derechos culturales. Los textos clásicos hacen solamente referencias someras a esta temática y su conceptualización es vaga y a veces ambigua. En el nivel nacional no es menos problemática la situación ya que en nuestra legislación los derechos culturales prácticamente no figuran; lo mismo sucede en otros países”. Stavenhagen, Rodolfo, “Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.

⁷⁴⁸ Harvey califica como uno de los principales escollos de la legislación cultural la delimitación teórica y conceptual de “cultura”. Cfr. Harvey, Edwin R., *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 46.

⁷⁴⁹ Ávila Ortiz, Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Miguel Ángel Porrúa, UNAM, 2000, p. 23.

En igual sentido, Sánchez Cordero nos refiere: “El término de ‘cultura’ no es fácilmente asible e invoca conocimientos, sentimientos y valores encontrados”. Sánchez Cordero, Jorge, “La reforma constitucional en materia de cultura. Nuevas perspectivas del patrimonio cultural mexicano”, en Arriaga, Carol B., y Carpizo, Jorge (coords.), *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 446.

⁷⁵⁰ Anguita Villanueva, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura”, en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, Museo del Traje, Ministerio de Cultura, 2005, p. 55.

costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etcétera 4. ant. Culto religioso. ~ física. f. Conjunto de conocimientos sobre gimnasia y deportes, y práctica de ellos, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales. ~ popular. f. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.⁷⁵¹

La dificultad antes señalada también fue apuntada por el Comité DESC en su observación general 21 sobre el derecho de toda persona a tomar parte en la vida cultural (2009),⁷⁵² afirmando dicho órgano que “cultura” es un concepto dinámico, pero que, para fines normativos, puede considerarse que agrupa el estilo de vida, el idioma, la literatura escrita y oral, la música, la religión y las creencias, juegos y deportes, comida, los ambientes creados por los seres humanos, las artes, etcétera.⁷⁵³

Al final, podemos resumir (y en cierto grado, simplificar) todo lo antes dicho, para reducir la cultura a una *acepción amplia* que abarcaría todo lo creado por el ser humano, es decir, la cultura como sinónimo de civilización⁷⁵⁴ (de ahí la frase “cultura es todo aquello que no es natura”),⁷⁵⁵ y a una *acepción estricta* identificada con el arte, la ciencia, la educación, etcétera.⁷⁵⁶ Inclusive, esta concepción puede ser todavía más restringida, para entender por cultura “la estricta creación artística o intelectual”.⁷⁵⁷ Esta última es la que más nos interesa ahora, dado el carácter de productos culturales que tienen las obras protegidas por derechos de autor.

Una vez que ya avanzamos sobre la noción de “cultura”, nos referiremos, ahora sí, al derecho a la cultura. De entrada, no hay consenso en la

⁷⁵¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 22a. ed., Real Academia Española, Espasa Calpe, 2001, t. I, p. 714.

⁷⁵² Documento E/C.12/GC/21.

⁷⁵³ Párrafos 10-13.

⁷⁵⁴ Anguita Villanueva, Luis, *op. cit.*, nota 750, p. 57; y Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 749, pp. 25 y 26.

⁷⁵⁵ De esta forma, la cultura sería el dominio propio del ser humano, en oposición al mundo natural, incluyendo todo proceso de actividad humana, así como sus resultados (arte, lenguaje, religión, industria, derecho, etcétera). *Cfr.* Altieri, Angelo, “Qué es la cultura”, en VV.AA., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, México, Cajica, 2002, vol. I, p. 13.

Cfr., asimismo, Almqvist, Jessica, *Human rights, culture and the rule of law*, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 42.

⁷⁵⁶ Häberle, Peter, *El estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 242.

Véase también Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 749, pp. 26 y 27.

⁷⁵⁷ Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 749, p. 446.

doctrina sobre si hay varios derechos culturales⁷⁵⁸ o un solo derecho a la cultura,⁷⁵⁹ como tampoco hay acuerdo sobre su alcance y contenido.

Por ejemplo, para unos, el derecho a la cultura abarca el acceso y participación en la vida cultural de la comunidad, así como el disfrute de los bienes culturales.⁷⁶⁰ Para otros, el derecho a la cultura comprende el acceso a la literatura, las artes y el saber; el disfrute de los mismos; el emprender actividades intelectuales y estéticas; etcétera.⁷⁶¹ Mientras que Carbonell y Rodríguez consideran que los derechos culturales aseguran al individuo su acceso a la educación y su participación libre en la vida cultural, el goce de creaciones artísticas y de los beneficios de los progresos intelectuales y artísticos, incluyendo la protección de los intereses materiales y morales sobre las creaciones de los autores.⁷⁶²

Por su parte, la *Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales*,⁷⁶³ señala diversas facultades o derechos de toda persona, entre los que se encuentran:

- Derecho a elegir y a que se respete su identidad cultural en la diversidad de modos de expresión (artículo 3.a);

⁷⁵⁸ Por ejemplo, Häberle habla de los “derechos fundamentales culturales”. Cfr. Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 756, pp. 238 y ss.

Mientras que Cortés también se refiere en plural de “derechos culturales”. Véase, Cortés Suaza, Gustavo, “Los derechos culturales en el ordenamiento jurídico de Colombia”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 8, invierno 2002-2003, pp. 51 y ss.

En igual sentido, Ávila Ortiz, Raúl, “Hacia la consolidación constitucional de los derechos culturales en México”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2004, pp. 294 y ss.

⁷⁵⁹ Por ejemplo, Dorantes Díaz, Francisco Javier, “El derecho a la cultura”, *Derecho y cultura. Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 4, otoño 2001, pp. 107 y ss.

⁷⁶⁰ Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 748, pp. 7 y 8.

⁷⁶¹ Robertson, A.H., “Los derechos humanos y la cultura”, *Culturas*, vol. V, núm. 1, 1978, citado por Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 749, p. 56.

⁷⁶² Carbonell, Miguel, y Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Voz “Derechos culturales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 160.

⁷⁶³ Elaborada por un grupo de expertos de la Universidad de Friburgo, Suiza, y promovida por la UNESCO. Fue adoptada el 7 de mayo de 2007 y se han adherido a ella muchos individuos e instituciones preocupadas por la protección de la cultura y los derechos que se derivan de tal tutela.

Cabe destacar que este texto fue usado por la Primera Sala de la SCJN para comenzar a dotarle contenido al artículo 4o. constitucional respecto al derecho a la cultura, como se aprecia en la sentencia del 2 de mayo de 2012, dictada en el amparo directo 11/2011.

- Derecho a conocer y a que se respete su propia cultura (artículo 3.b);
- Derecho a acceder a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diversas culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras (artículo 3.c);
- Derecho de acceder y participar en la vida cultural (artículo 5.a);
- Libertad de expresarse en los idiomas de su elección (artículo 5.b);
- Libertad de desarrollar y compartir conocimientos, y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios (artículo 5.b);
- Derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras fruto de su actividad cultural (artículo 5.b);
- Entre otros.

Ilustrativa resulta la clasificación de De Lucas, quien nos dice que no debemos confundir los derechos culturales con el derecho a la cultura en sentido estricto. Este último sería uno de tantos derechos culturales y consistiría en el derecho al propio patrimonio y herencia cultural. Dentro de los otros derechos culturales estarían el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la participación en la vida cultural, los derechos a la protección de las creaciones artísticas, etcétera.⁷⁶⁴

Conforme a lo anterior, podemos aventurarnos a decir que existe un derecho a la cultura *lato sensu*, que estaría integrado por un haz de facultades: el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la cultura *stricto sensu*, el derecho a participar en la vida cultural, etcétera.

De esa manera, se logra una visión global y se

...impone una concepción integral de los derechos culturales, que ha de comprender la totalidad de los derechos que tienen que ver con los procesos culturales: las libertades de creación artística, científica y de comunicación cultural, los derechos de autor, el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la identidad y a la diferencia cultural, el derecho a la conservación del patrimonio cultural.⁷⁶⁵

En cuanto a las facultades que más nos interesan para efectos de la presente investigación, estas son las conocidas como “derecho de acceso a la cultura” y “derecho de participar en la vida cultural”. Como indica Har-

⁷⁶⁴ De Lucas, Javier, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 303-305.

⁷⁶⁵ Prieto de Pedro, Jesús, “Derechos culturales: el hijo pródigo de los derechos humanos”, *Crítica*, España, núm. 952, marzo 2008, pp. 20 y 21.

vey, la primera de esas facultades es pasiva y consiste en acceder y gozar de la cultura, en cambio la segunda es activa, e implica tomar parte, crear y contribuir a la cultura.⁷⁶⁶

En este sentido, y para individualizar esas dos facultades del derecho a la cultura, en 1976 la UNESCO emitió la *Recomendación Relativa a la Participación y Contribución del Pueblo en la Vida Cultural*, en la que se definió el acceso a la cultura como “la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y *disfrutar los valores y bienes culturales*” (énfasis añadido); mientras que la participación en la vida cultural fue definida como “la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de *expresarse, comunicar, actuar y crear libremente*, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad” (énfasis añadido). Estas dos nociones nos serán de suma utilidad al contrastar el derecho a la cultura con los derechos de explotación.

En otro orden de ideas, no debemos perder la oportunidad de reiterar que los derechos culturales son derechos,⁷⁶⁷ pues si bien se les han opuesto las mismas objeciones que a los derechos económicos y sociales, se encuentran en peor situación, dado que a los derechos culturales se les ha prestado mucha menor atención⁷⁶⁸ (y esa poca atención casi siempre se limita a alusiones retóricas sobre el patrimonio cultural, y en tiempos recientes, a las culturas indígenas), al grado que se habla de los derechos culturales como una categoría *subdesarrollada* de derechos humanos.⁷⁶⁹

A mayor abundamiento, los derechos culturales no son sólo derechos, sino que, además, son de los que califican como “fundamentales” o “humanos”, dada la importancia que tiene la cultura en la vida de las personas.⁷⁷⁰ Se dice que los derechos culturales encontraron su primera formulación en

⁷⁶⁶ Harvey, Edwin R., “Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”, Ginebra, Comité DESC, 40a. sesión, 28 de abril a 6 de mayo de 2008, p. 6.

Incluso, seccionando el artículo 27.2 de la DUDH, el derecho de acceso de la cultura lo encontramos en su texto cuando se refiere al derecho “a gozar de las artes”, mientras que el derecho a participar en la vida cultural se plasma con la fórmula “tomar parte libremente en la vida cultural”.

⁷⁶⁷ De Lucas, Javier, *op. cit.* nota 764, p. 299.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 297.

⁷⁶⁹ Symonides, Janusz, “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Derechos humanos. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, núm. 74, julio-agosto 2005, p. 53.

⁷⁷⁰ Cfr. Buganza González, María del Carmen, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006, p. 68; y Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, p. 33.

el ámbito nacional con la Constitución mexicana de 1917⁷⁷¹ (y sus conceptos sobre el derecho a la educación), mientras que en el ámbito internacional su primera formulación la encontramos en el artículo 27 de la DUDH; de donde se aprecia lo novedoso que resultan este tipo de derechos.

Por último, cabe destacar que los diversos expertos en derecho cultural que consultamos, coinciden en incluir a los derechos de autor dentro de los derechos culturales⁷⁷² y en atribuir un importante papel a las leyes autorales en materia cultural.⁷⁷³ En este sentido, son claras las palabras de Stavenhagen:

En este tenor, Prieto de Pedro nos explica: “La necesidad de incorporar los derechos culturales en los derechos fundamentales descansa en la altísima importancia política, social y científica que ha adquirido lo cultural hoy, tras un proceso desarrollado principalmente en la segunda mitad del siglo pasado. Al viejo ideal ilustrado —de la cultura como factor esencial del desarrollo personal— se añade ahora su valor como factor de igualdad y solidaridad, de integración social y del desarrollo”. Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.*, nota 765, p. 20.

De igual forma, el artículo 1o. de la Declaración de Friburgo indica: “Los derechos enunciados en la presente Declaración son esenciales para la dignidad humana; por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia”.

Asimismo, el Comité DESC reitera la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos culturales en relación con el resto de derechos humanos, afirmando que su respeto es esencial para mantener la *dignidad humana* y para lograr mejores relaciones sociales en un mundo multicultural (*cf.* el párrafo 1 de su observación general 21).

⁷⁷¹ “Evidentemente la formulación de los derechos culturales, tal y como los conocemos hoy, es el resultado de una línea de evolución que gravita sobre los sucesivos avances que han ido produciéndose en las Constituciones de los Estados y en la recepción de los mismos por los instrumentos y documentos internacionales. Desde la primera mención, recogida en la Constitución de México de 1917 hasta la Convención de 2005 sobre la diversidad cultural, se ha vivido un proceso de conformación normativa que ha permitido un reconocimiento primero (por muy tenue que este haya sido) y un desarrollo después, aunque éste sea ciertamente limitado (al menos de momento) de los derechos y libertades que son expresión del ser humano entendido en clave cultural”. Arroyo Yanes, Luis Miguel, “Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación”, *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, España, núm. 2, 2006, p. 266.

⁷⁷² *Cfr.*, por ejemplo, Dorantes Díaz, Francisco Javier, *Derecho cultural mexicano (problemas jurídicos)*, México, FUNDAP, 2004, p. 34; Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 749, p. 62; Carbonell, Miguel, y Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, nota 762, p. 161.

En relación con esto, *cf.* el artículo 5.a de la Declaración de Friburgo.

⁷⁷³ El maestro García Moreno, de grata memoria, señaló que, indudablemente, la legislación de derechos de autor es uno de los ordenamientos que más promueven y estimulan la cultura. *Cfr.* García Moreno, Víctor Carlos, “El intercambio cultural de México con los demás países. Aspectos jurídico-institucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XX, núms., 127-129, enero-junio 1983, p. 197.

Por su parte, Dorantes destaca “la relevancia de las disposiciones referentes a los derechos de autor... sobre las que volveremos más tarde al estudiar el derecho a la cultura. Esto merece mención aparte puesto que, como se verá, los derechos de autor son los de mejor

Los derechos a la propiedad intelectual, así como al reconocimiento y la remuneración de los autores de los productos y bienes culturales constituyen una parte importante de los derechos culturales en la actualidad. Cualquier negación o restricción al respecto puede ser considerada como una violación de los derechos humanos.⁷⁷⁴

Mientras que Harvey, incluso, señala que el derecho de autor es una de las cuatro bases centrales en las que se apoya el reconocimiento (nacional e internacional) de los derechos culturales.⁷⁷⁵

Hechas estas observaciones genéricas en relación con el derecho a la cultura, pasemos ahora a ver las normas que contemplan tal derecho en nuestro país.

B. *Regulación del derecho a la cultura en México.*

Si bien fue hasta el año de 2009 cuando en nuestra Constitución apareció claramente el derecho a la cultura como un derecho humano, desde antes ya se regulaban constitucionalmente diversas manifestaciones o aspectos de ese derecho.

Por ejemplo, en su momento, García Moreno destacó que el artículo 3o. constitucional, en su texto originario, estableció que la educación, además de ser democrática y nacional, debe asegurar la “continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura”; que el artículo 28 de la Constitución protege a los autores y artistas; mientras que el texto original de la fr. XXV del artículo 73 constitucional facultaba al Congreso de la Unión para legislar en

regulación jurídica en la Constitución y en las leyes ordinarias”. Dorantes Díaz, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 772, p. 24.

Ávila Ortiz, inclusive, se refiere al Convenio de Berna, además de la LFDA. *Cfr.* Ávila Ortiz, Raúl, *op. cit.*, nota 749, pp. 65, 216 y 223.

En igual tenor, véase, Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 748, pp. 30 y 31.

⁷⁷⁴ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 747.

En términos semejantes, Olivos Campos indica que el “derecho a la propiedad intelectual” forma parte del derecho a la cultura (artículo 4o. constitucional). *Cfr.* Olivos Campos, José René, *Los derechos humanos y sus garantías*, México, 2a. ed., Porrúa, 2011, p. 265.

⁷⁷⁵ Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 766, p. 7. Las otras tres bases serían, según este autor, el derecho al patrimonio cultural, el derecho de la creación y producción artística, y el derecho de las industrias creativas o culturales.

Por su parte, Villalba indica que si “el Derecho a la Cultura ...importa tanto la promoción como el acceso a la misma, requiere para su plena vigencia de la tutela de los derechos de los autores”. Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos”, en VV.AA., *XI jornadas J. M. Domínguez Escobar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 159.

materia de bellas artes, para establecer escuelas de artes, museos, bibliotecas y “demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la Nación y legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés social”.⁷⁷⁶ Cabe también destacar la fr. V del artículo 3o. constitucional que, mediante reforma de 1993, estableció como deber del Estado el alentar el fortalecimiento y la difusión de nuestra cultura.⁷⁷⁷ Asimismo, resulta relevante la fr. X del propio artículo 73, misma que faculta al legislativo federal para dictar leyes en materia de industria cinematográfica; así como debe mencionarse el artículo 2o., relativo a las culturas indígenas.

En la actualidad, el fundamento constitucional básico en materia de derecho a la cultura es el último párrafo del artículo 4o. constitucional, el cual fue incorporado mediante reforma publicada en el *DOF* el 30 de abril de 2009,⁷⁷⁸ y cuyo texto es el siguiente:

Artículo 4o.

[...].

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Se aprecia que esta disposición constitucional pone particular atención en el llamado derecho de acceso a la cultura, aunque no soslaya el resto de facultades que integran el derecho a la cultura, pues el texto también se refiere al “ejercicio de sus derechos culturales” y luego a la “participación a cualquier manifestación cultural”. Destaca también la alusión al respeto de la libertad creativa. Finalmente —y esto es importante apuntarlo— el acceso y participación en materia cultural está sometido a una reserva de ley, de tal manera que el legislador ordinario determinará los cauces y formas en que se ejercerá el derecho a la cultura.

Complementariamente al artículo 4o. constitucional *in fine*, la reforma de 2009 también tocó el artículo 73 de la Constitución, en particular, sus fr.

⁷⁷⁶ García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 773, pp. 196 y 197.

⁷⁷⁷ Dorantes Díaz, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 772, pp. 24 y 25.

⁷⁷⁸ “La adición al artículo cuarto de la Constitución general le da valor constitucional y, consecuentemente, expresión jurídica a los ‘derechos culturales’”. Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 749, p. 444.

XXV y XXIX-Ñ. A la primera de estas fracciones (relativa a diversas cuestiones culturales) se le añadió la facultad del Congreso de la Unión: “Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma”; mientras que la segunda fracción se refiere a la coordinación entre autoridades federales, estatales y municipales, así como la participación de los sectores privado y social en materia cultural.

Para efectos de la presente investigación, resulta relevante la referida fr. XXV, pues nos demuestra que la visión de nuestra Constitución es que los derechos de autor son una herramienta muy importante en el ámbito cultural, tan es así que se les incluyó en la más grande reforma constitucional en materia de cultura y se les menciona en una fracción del artículo 73, que habla, precisamente, de cultura, arte y educación.

También destaca esa fracción, en tanto deja clara la competencia federal para legislar en materia de derechos de autor, concluyendo así con los cuestionamientos consistentes en que sólo las legislaturas locales podían regular la materia por tratarse de una cuestión de derecho civil.⁷⁷⁹ La cláusula competencial a favor del legislador federal no se limita sólo a los derechos de autor, sino comprende también “otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma” materia (es decir, la materia de los derechos de autor), o sea, el constituyente se refiere a instituciones tales como los derechos conexos e, incluso, posiblemente las reservas de derechos y la diversa gama de derechos sui géneris (como el relativa a las bases de datos o el concerniente al folclore); en cambio, tal cláusula no parece servir de fundamento para legislar en materia de derecho industrial (patentes y marcas, principalmente) pues no son figuras relacionadas con los derechos de autor, ni se encuentran dentro del contexto del derecho a la cultura.

Asimismo, debemos referirnos al derecho a la cultura en los tratados de derechos humanos incorporados al derecho mexicano vía artículos 10. y 133 constitucionales. En primer lugar, encontramos el artículo 15 del PIDESC, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

⁷⁷⁹ Sobre este tema, *cf.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, t. IV, 1990, pp. 612-638.

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Redacción prácticamente idéntica tiene el artículo 14 del Protocolo de San Salvador.

Por su parte, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, de 2005, contiene diversidad de alusiones al objeto de protección del derecho a la cultura, pero para los efectos de la presente investigación, conviene destacar su artículo 7o., mismo que reza:

Artículo 7o. Medidas para promover las expresiones culturales

1. Las Partes procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:

a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;

b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.

2. Las Partes procurarán también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

Desde luego, existe una serie de disposiciones infraconstitucionales que también protegen y desarrollan el derecho a la cultura, pero que por el momento no es necesario mencionar.

Vayamos ahora al análisis de la forma en que interactúan los derechos de autor con el referido derecho a la cultura.

C. Relaciones entre el derecho a la cultura y los derechos de autor.

Al igual que sucede con el derecho a la información, la relación entre derechos de autor y derecho a la cultura es *paradójica*, pues ambas figuras se apoyan y fortalecen mutuamente, pero también hay circunstancias en las que llegan a colisionar.

En efecto, por un lado, derecho a la cultura y derechos de autor son instituciones compatibles que persiguen los mismos propósitos y, por ende, se complementan mutuamente.⁷⁸⁰ De ahí que se diga que “la protección al derecho de autor puede considerarse como un instrumento al servicio de la identidad cultural”,⁷⁸¹ al grado que la protección de los intereses de los autores impulsa el desenvolvimiento cultural de un país.⁷⁸² Cuestión que, incluso, ha encontrado reflejo normativo en México, cuando el artículo 1o. de la LFDA reconoce expresamente como objeto de esa ley “la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación”.

Respecto de los derechos morales, estos apoyan a la cultura en varios aspectos: preservan el patrimonio cultural, generan respeto a la creatividad, ayudan al respeto a la verdad histórica y son un aliciente para la creatividad.⁷⁸³

En cuanto a los derechos de explotación, estos también se suman a los esfuerzos del derecho a la cultura, en tanto incentivan la producción de cultura. Así las cosas, los derechos de explotación son estímulos para la creación de cultura,⁷⁸⁴ es decir, su fin último es la generación de más cultura, apoyando así los propósitos del derecho a la cultura.⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Véase la importancia que los expertos en derecho cultural le dan a los derechos de autor, en *supra* notas al pie 772-775, del presente capítulo.

⁷⁸¹ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 34.

⁷⁸² Dias Menezes, Elisângela, “O plágio como violação autoral”, en Pimenta, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Brasil, Letras Jurídicas, 2011, p. 137.

⁷⁸³ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 225; y Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, p. 34.

⁷⁸⁴ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 287, p. 589; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 5, pp. 59 y 60; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, pp. 27 y 34.

Rangel Medina indica, como una de las justificaciones de los derechos de autor, aquella que llama la “razón de desarrollo cultural”, en virtud de que “si está protegido, el autor se verá estimulado para crear nuevas obras, enriqueciendo de esta manera la literatura, el teatro, la música, etcétera”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 49, p. 113.

Mientras que Cornish y Llewelyn afirman: “It is the cultural value attaching to authorship which provides such copious moral legitimacy for legal protection”. Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 4, p. 402.

⁷⁸⁵ “Se evidenció la interrelación entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, de modo que la protección del primero constituía un factor fundamental para el estímulo a la

En este tenor, la otrora subdirectora general adjunta para la cultura de la UNESCO, Milagros del Corral, nos enfatiza que

...nunca sobra recordar el invaluable aporte del derecho de autor al desarrollo de la cultura y su indiscutible vínculo con el respeto y la promoción de la diversidad cultural. El derecho de autor es, además y sobre todo, un eficaz estímulo del esfuerzo creativo, de la producción de obras y prestaciones culturales, amén de crear la seguridad jurídica necesaria para una cooperación cultural fructuosa.⁷⁸⁶

De ahí que tal vínculo entre ambas clases de derechos haya sido reconocido en la DUDH, como nos refiere Villalba, quien afirma que de los debates que precedieron ese instrumento internacional: “puede inferirse que los autores de la misma consideraron que ambos derechos eran convergentes y coadyuvantes y no contrapuestos y recíprocamente incompatibles”.⁷⁸⁷

Empero, por otro lado y evidenciado la relación paradójica de que hemos hablado,⁷⁸⁸ los derechos de autor también pueden generar afectaciones al derecho a la cultura.

En efecto, como se señaló en la letra B, del número 2 del presente subcapítulo, existen dos facultades destacables del derecho a la cultura: el *derecho de acceso a la cultura* y el *derecho de participar en la vida cultural*; con ambos puede llegar a colisionar la protección autoral. Veamos.

creatividad y la producción de nuevos bienes culturales”. Antequera Parilli, Ricardo, “Del ‘entorno analógico’ a la tecnología digital (el derecho de autor y los derechos afines al compás del avance tecnológico)”, en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 383.

⁷⁸⁶ Del Corral, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005, p. 3.

⁷⁸⁷ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 775, p. 158.

Cfr. también Yu, Peter K., “Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, pp. 1071 y 1072.

⁷⁸⁸ Además de lo ya dicho en este capítulo (y en particular, en el presente apartado), remitimos al lector a las observaciones del Comité DESC sobre el reforzamiento y limitación recíproca entre el derecho a la cultura y el derecho a la protección jurídico-autoral, contenidas en su observación general 17 (véase la letra B del número 6 del subcapítulo V, del capítulo tercero de la presente investigación).

Sobre el particular, con especial referencia a la vinculación con los derechos de autor, la doctora Cabedo indica: “Se trata de dos derechos particularmente interrelacionados ya que si los autores son creadores de la cultura, los ciudadanos son destinatarios de la misma y esa interrelación o convergencia a la generación de un conflicto entre ambos derechos”. Cabedo Serna, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 158.

El *derecho de acceso a la cultura* exige que todo individuo pueda gozar de las producciones culturales, es decir, que todos podamos acceder a las obras. De tal manera que, todos debemos tener la posibilidad de disfrutar la música, leer libros, ver películas, etcétera. Y en contraposición, los derechos de explotación generan un control sobre esas producciones culturales, al grado de no sólo señalar las formas y modalidades de uso de las obras, sino prohibir tal utilización.⁷⁸⁹ Así, suelen darse tensiones entre quienes tienen derecho a acceder a las obras y quienes tienen derecho a controlar, restringir e incluso prohibir el acceso a esas obras.⁷⁹⁰

Dichas tensiones se intensifican cuanto más alto es el grado de protección a los derechos de autor. Por ejemplo, altos estándares en la protección de los derechos de autor pueden afectar la adquisición de libros extranjeros en países de economía precaria, como también puede afectarse la cultura si no se permiten cierto tipo de traducciones.⁷⁹¹

Por su parte, el *derecho de participar en la vida cultural* implica la exigencia de que cualquier persona pueda libremente comunicar y crear cultura. Aquí también es evidente la contraposición con los derechos de autor, pues mientras el derecho a la cultura faculta a una persona para comunicar a otros la obra de un tercero (por ejemplo, enviar por Internet una canción compuesta por otra persona), los derechos de autor impiden esas comunicaciones no autorizadas de obras, pues por virtud del derecho de explotación se puede controlar quién puede transmitir (y quién no) una obra protegida.

Asimismo, la colisión se presenta en el caso de obras derivadas, pues muchas personas, para participar en la vida cultural y crear obras propias, se basan en obras preexistentes. De esta forma, mientras que el derecho a la cultura faculta a una persona para difundir sus creaciones, los derechos de autor (concretamente la facultad de transformación) impiden que esa persona comunique su creación si ella incorpora elementos creativos de obras preexistentes, a no ser que obtenga una autorización por parte del titular del derecho sobre la obra previa (o exista una restricción a la

⁷⁸⁹ “La idea fundamental que informa en toda su extensión el derecho de autor y el de inventor estriba en la protección del trabajo intelectual *contra su utilización por otros*” (énfasis añadido). Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho de inventor*, trad. de Ernesto Volkening, Bogotá, Temis, 1999, p. 1.

⁷⁹⁰ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 287, pp. 587 y 588.

En este sentido, respecto del sistema de concesión de derechos exclusivos a los autores, Sánchez Cordero advierte: “Sin embargo, y es necesario puntualizarlo, esta premisa limita el acceso y la diseminación de información al público en general”. Sánchez Cordero, Jorge, *op. cit.*, nota 749, p. 458.

⁷⁹¹ Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 673, p. 212.

facultad de transformación); de ahí que se haya criticado que la facultad de transformación afecta los procesos creativos,⁷⁹² es decir, la creación y difusión de cultura.

No obstante esas colisiones entre derechos de autor y derecho a la cultura, no puede pensarse que el segundo exija la abolición o minimización de los primeros, sino que más bien, como indica Del Corral, hay que armonizarlos (cuestión no exenta de dificultades).⁷⁹³ Como bien afirma Llanos Cabedo: “debe preservarse la fuente de la creación de la cultura y, con este fin, se aboga por encontrar un equilibrio entre el derecho de los autores y el derecho de acceso a la cultura”.⁷⁹⁴

Y precisamente, sobre esta necesidad de compatibilizar los derechos de autor con el derecho a la cultura, vuelven a salir a colación las salvaguardas o válvulas de escape de las que ya hablamos antes,⁷⁹⁵ dentro de las cuales destacan las restricciones al derecho de explotación, pues como ya se dijo, la dicotomía “expresión/contenido” no sirve para atender el problema en sede de derecho a la cultura, pues este último exige el acceso y la difusión de las expresiones mismas y no sólo de los contenidos.

Por lo que hace a las restricciones al derecho de explotación, son varias las que buscan salvaguardar el derecho a la cultura, como sucede con el derecho de cita,⁷⁹⁶ las reproducciones en museos y bibliotecas,⁷⁹⁷ la copia privada,⁷⁹⁸ la utilización de obras visibles desde lugares públicos,⁷⁹⁹ etcétera. El problema, es también aquí, ver si el sistema actual de restricciones es suficiente para resolver satisfactoriamente la cuestión; dicha valoración la haremos en el siguiente capítulo.

⁷⁹² Para una crítica a esta facultad del derecho de explotación, *cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 547, pp. 138, 139, 294-296.

⁷⁹³ Del Corral, Milagros, *op. cit.*, nota 786, p. 3.

⁷⁹⁴ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 788, p. 159.

⁷⁹⁵ *Cfr. supra* la letra “c”, de la letra “D”, del número 1 del subcapítulo X, del presente capítulo.

⁷⁹⁶ Chico Ortiz, José María, “Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, año LXIV, núm. 584, enero-febrero 1988, p. 117; Anguita Villanueva, Luis, *op. cit.*, nota 750, p. 74; Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 770, p. 101; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 94; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78.

⁷⁹⁷ Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 107; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 364; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

⁷⁹⁸ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 292, p. 247; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, p. 76; Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 796, p. 116; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 718, p. 185; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

⁷⁹⁹ Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 770, p. 101; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 100.

Resulta también interesante analizar el contenido de la Declaración de Friburgo, cuyo artículo 5.b no sólo contempla lo que hemos llamado derecho humano a la protección jurídico-autoral (protección a los intereses morales y materiales de los autores), sino que también, en su artículo 1.c, establece que nadie puede invocar los derechos contemplados en tal declaración para menoscabar un derecho protegido por la DUDH o por cualquier otro instrumento de derechos humanos. Esto significa que el derecho a la cultura no puede ser invocado para que no se protejan a los autores (como algunos pretenden), dado que el derecho a la protección jurídico-autoral está tutelado por la DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador, entre otros instrumentos.⁸⁰⁰

De igual forma, es interesante la postura que han tomado los gobiernos de diversas ciudades del mundo al adherirse a la “Agenda 21 de la Cultura”,⁸⁰¹ en donde, para lograr la plena eficacia de los derechos culturales, en su artículo 34 contempla el siguiente compromiso: “Respetar y garantizar los derechos morales de los autores y de los artistas y su justa remuneración”.

Bien afirma Delia Lipszyc⁸⁰² que el fomento a la cultura no se logra desprotegiendo al autor, ni transfiriendo su derecho a las empresas.

Dicho en términos llanos: el derecho de acceso a la cultura no puede ser un mero pretexto para negarles sus derechos a los autores; lo que se debe hacer, más bien, es buscar soluciones que nos permitan maximizar ambos tipos de derechos cuando llegan a encontrarse.

3. *El derecho a la educación*

Otro derecho humano que suele colisionar con los derechos de explotación es el derecho a la educación.

Se debate si el derecho a la educación es un derecho subjetivo autónomo, o si, más bien, es parte del derecho a la cultura,⁸⁰³ pues se ha dicho que la

⁸⁰⁰ En general, véase el capítulo tercero de la presente investigación.

⁸⁰¹ Se trata de un documento programático suscrito por varias ciudades en el mundo, con el fin de implementar una serie de políticas públicas en cuestiones culturales, para el mejoramiento del nivel de vida de sus ciudadanos. Este importante documento se formalizó en 2004 en Barcelona.

⁸⁰² Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho”, en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 106.

⁸⁰³ Sobre los vínculos entre educación y cultura, *cfr.* Shaw, Jo, y Wallace, Chloë, “Education, multiculturalism and the Charter of Fundamental Rights of the European Union”,

educación es una forma de transmisión de la cultura.⁸⁰⁴ Sin pasar por alto la trascendencia e importancia de ese debate, no nos adentraremos aquí en él y estudiaremos el derecho a la educación por separado, no sólo porque así está regulado en el derecho internacional de los derechos humanos (y en nuestra Constitución), sino porque este derecho genera circunstancias muy particulares en relación con los derechos de autor, como veremos más adelante.

A. Generalidades del derecho a la educación

El derecho a la educación es una construcción primordialmente del siglo XX,⁸⁰⁵ y se consagra en instrumentos internacionales como la DUDH, la Declaración de Bogotá, el PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. Por consiguiente, nos encontramos con un derecho relativamente reciente, aunque, a diferencia del derecho a la cultura, con un poco más de estudio y desarrollo.

Esto se debe a la importancia que, en la actualidad, se le reconoce al derecho a la educación, tanto por el valor que en sí mismo significa la educación, como en su carácter de pieza clave para el goce de otros derechos humanos, como los relativos al empleo y a la seguridad social (pues una persona con poca educación ve reducidas sus opciones de trabajo).⁸⁰⁶ Inclusive, el Comité de DESC, en su observación general número 13, relativa al derecho a la educación,⁸⁰⁷ afirma que tal derecho es el principal medio para

en Hervey, Tamara, y Kenner, Jeff (coords.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 239 y ss.

Por su parte, Quintero Jaramillo considera que el derecho a la educación es un derecho cultural. Véase, Quintero Jaramillo, Claudia, “El derecho humano a la educación y el servicio público de educación superior en México”, en Cienfuegos Salgado, David, y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 289.

De igual forma, Villalba estima al derecho a la educación como comprendido dentro del derecho a la cultura. *Cfr.* Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 775, pp. 157 y 158.

⁸⁰⁴ Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 610, p. 51.

⁸⁰⁵ Aunque existen ciertos antecedentes, como el artículo 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que habla del acceso de todos los ciudadanos a la instrucción. Se aprecian las palpables limitaciones de dicha disposición, pues sólo era un derecho para quienes tuvieran el estatus de ciudadanos, y únicamente se refería a la “instrucción”, concepto de menor calado que “educación”.

⁸⁰⁶ Ceriani Cernadas, Pablo, y Kweitel, Juana M., “El derecho a la educación”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 208.

⁸⁰⁷ Documento E/C.12/1999/10.

salir de la pobreza, realiza un papel clave en la emancipación de la mujer, promueve los derechos humanos y la democracia, protege a los niños contra la explotación laboral, fomenta la protección al ambiente, y hasta ayuda a controlar el crecimiento demográfico.⁸⁰⁸

Así, existen varias fundamentaciones del derecho a la educación, desde una meramente utilitarista (en donde la sociedad se beneficia de ciudadanos bien educados), pasando por las que ven a este derecho como promotor del bienestar individual (pues la educación debiera asegurar el empleo, y, así, servir para lograr el sustento), hasta las que justifican este derecho como un requisito para el pleno desarrollo individual (debido a que sólo la educación permite conocer y potenciar las propias habilidades).⁸⁰⁹ Desde luego, esta última justificación es la que más impacto ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos, como se puede apreciar en el artículo 26.2 de la DUDH, que dice que la “educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”; así como ha tenido resonancia en el artículo 3o. de nuestra Constitución, en tanto habla de que la educación tenderá al desarrollo armónico de las facultades del individuo. Razón por la que Clara Luz Álvarez refiere con acierto: “El desarrollo de la personalidad del ser humano es probablemente la finalidad más importante de la educación”.⁸¹⁰

En cuanto al contenido del derecho a la educación, este es complejo y se han realizado diversas propuestas metodológicas para su estudio, incluyendo aquella que atiende al sujeto (que es la que aquí seguiremos). Según dicho criterio, el derecho a la educación se divide en: el derecho a recibir educación, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, la libertad académica, y la prohibición de discriminación.⁸¹¹

De todas esas facultades que integran el derecho a la educación, nos enfocaremos al llamado “derecho a ser educado” o “derecho a recibir educación”, pues es la prerrogativa donde más incidencia tienen los derechos de autor, además de ser —como se ha puesto de manifiesto—⁸¹² el núcleo esencial del derecho a la educación.

⁸⁰⁸ *Cfr.* el párrafo 1 de esa observación general.

Asimismo, véase, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 807; y el documento *Education rights: a guide for practitioners and activists*, Global Campaign for Education, s/f, p. 21.

⁸⁰⁹ Dieter Beiter, Klaus, *The protection of the right to education by international law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 26 y 27.

⁸¹⁰ Álvarez, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, México, Porrúa, UP, 2011, p. 214.

⁸¹¹ Ceriani Cernadas, Pablo, y Kweitel, Juana M., *op. cit.*, nota 806, p. 207.

⁸¹² Véase, *idem*.

En este sentido, el derecho a la educación obliga a los estados a no impedir u obstaculizar el acceso a la educación por parte de los individuos, a la adopción de medidas para evitar que tampoco terceros impidan u obstaculicen ese acceso, así como a tomar medidas positivas que permitan el acceso y disfrute de esa educación.⁸¹³

Tres son, por lo menos, las medidas positivas que debe tomar el Estado en relación con el derecho a la educación: brindar educación en todas las etapas de la niñez y en etapas posteriores, proporcionar suficientes escuelas u oportunidades de aprendizaje, y garantizar igualdad en el acceso a la educación.⁸¹⁴

A continuación expondremos los alcances del derecho a la educación en el sistema jurídico mexicano.

B. *Regulación del derecho a la educación en México*

Tal como lo hicimos con el derecho a la información y el derecho a la cultura, en el presente apartado nos circunscribiremos a estudiar el derecho a la educación en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos incorporados al derecho mexicano.

Como es sabido, el artículo 3o. constitucional es la disposición clave sobre el derecho a la educación.⁸¹⁵ El primer párrafo de dicho artículo establece lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —federación, estados, Distrito Federal y municipios—, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria”.

La frase inicial de esa disposición es contundente: todo individuo tiene el derecho a recibir educación. Así, el acceso a la educación no debe estar vedado a ninguna persona, ni por razones de edad (no es un derecho sólo para niños y jóvenes), ni de sexo, ni lingüística (debe proporcionarse edu-

⁸¹³ *Ibidem*, p. 209.

En este sentido, Azúa explica: “La posición jurídico-protectora del Estado, como hemos señalado, consiste en una actitud positiva que es la propia de los derechos sociales”. Azúa Reyes, Sergio T., “Los derechos humanos y el derecho a la educación”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 18, 1986-1987, p. 497.

⁸¹⁴ *A human rights-based approach to education for all*, París, Nueva York, UNESCO, UNICEF, 2007, p. 29.

⁸¹⁵ Para una evolución histórica de tal artículo y de las diferentes concepciones de educación en el mismo, *cfr.* Garrido, Luis Javier, “El derecho a la educación”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2004, pp. 422 y ss.; y Melgar Adalid, Mario, “Comentario al artículo 3o.”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 14a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, t. II, pp. 23 y ss.

cación incluso a aquellos que no hablen español), ni de condición social (la educación no sólo es para los “líderes” o conductores de la sociedad), ni de ninguna otra índole. En este sentido, Quintero Jaramillo⁸¹⁶ explica que el acceso a la educación debe ser igualitario, universal y equitativo.

Sin embargo, ese “derecho” a la educación contrasta con el propio párrafo primero *in fine*, que establece que la educación preescolar, primaria y secundaria son obligatorias, lo que nos plantea la disyuntiva de saber si la educación es en verdad un derecho o, más bien, una obligación (opción, esta última, que parece reforzarse con el artículo 31, fr. I, de la Constitución). Empero, como bien ha demostrado Diego Valadés,⁸¹⁷ esa disyuntiva es aparente, pues la educación es un *derecho* para quien la recibe o debe recibirla, pero una *obligación* para el Estado (artículo 3o. constitucional) y para los padres o tutores (artículo 31, fr. I constitucional);⁸¹⁸ es decir, dependiendo de la posición del sujeto en la relación jurídica del derecho a la educación, sabremos si es el obligado o el beneficiario de la educación.⁸¹⁹

Del artículo 3o. constitucional también destacan las características de la educación que imparta el Estado: tiene que desarrollar en armonía todas las facultades del individuo, debe ser laica y ajena a cualquier doctrina religiosa, ha de ser gratuita, así como debe alentar el fortalecimiento y difusión de la cultura, entre otras. Del propio artículo 3o. resalta la posibilidad de que la educación sea también impartida por particulares, así como las bases constitucionales para las universidades autónomas. Por consiguiente, no obstante sus reformas y los cambios ideológicos de los gobernantes mexicanos en turno, el artículo 3o. sigue siendo parte capital del orden social, jurídico y político de México.⁸²⁰

Desde luego, el marco constitucional de la educación en nuestro país no se agota con el artículo 3o., sino también es importante mencionar los artículos 5o. (sobre las profesiones que requieren título académico para su ejercicio), 18 (la educación como medio de regeneración social), 73 (sobre

⁸¹⁶ Quintero Jaramillo, Claudia, *op. cit.*, nota 803, p. 296.

⁸¹⁷ Valadés Diego, *Derecho de la educación*, México, Mc Graw-Hil, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 17.

⁸¹⁸ En el mismo sentido, Azúa indica que la educación: “Por un lado es un derecho del ciudadano, por otro lado es una obligación del Estado”. Azúa Reyes, Sergio T., *op. cit.*, nota 813, p. 497.

Cfr. también, Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 610, pp. 52-54.

⁸¹⁹ Recuérdese la concepción del derecho subjetivo como relación triádica entre dos sujetos y un objeto (*DabG*) en donde un sujeto es el titular y el otro es el destinatario (véase Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 78, pp. 186 y ss.); en el presente caso los destinatarios serían el Estado y los padres o tutores (quienes serían los obligados).

⁸²⁰ Garrido, Luis Javier, *op. cit.*, nota 815, p. 432.

las facultades para legislar en la materia y la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno) constitucionales, etcétera.

Por lo que se refiere a los tratados de derechos humanos incorporados al derecho mexicano, cabe citar en primer lugar el artículo 13 del PIDESC. Se trata de una disposición algo amplia, que toca diversos temas, entre ellos, la gratuidad de la educación, la obligatoriedad —al menos a nivel de primaria—, la posibilidad de crear instituciones privadas de educación (bajo la fiscalización del Estado), todo lo cual se encuentra en sintonía con el artículo 3o. constitucional. Destaca también la mención a las becas para los alumnos y a las mejoras económicas para los docentes.

Por su parte, también destaca el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 13, sigue las directrices del PIDESC. En la misma tónica cabe citar, en fin, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual se encuentra en la misma sintonía que las disposiciones internacionales previamente transcritas.

Con esto terminamos la revisión, así sea panorámica, de las principales disposiciones iusfundamentales referentes al derecho a la educación en México. Pasemos ahora a su interacción con los derechos de autor.

C. Relaciones entre el derecho a la educación y los derechos de autor

Para no variar, tal y como acontece con los derechos humanos estudiados en las líneas previas, la relación que existe entre los derechos de autor y el derecho a la educación es también paradójica.

Efectivamente, por un lado, los derechos de autor sirven como motor para la educación, pues constituyen un estímulo para la creación de materiales didácticos y productos de investigación. De hecho, los “padres fundadores” de los EUA, en la convención constitucional de 1787, estimaron que la educación en el naciente país sólo podría prosperar si se proporcionaban incentivos para la creación de obras literarias, lo que derivó en su actual cláusula constitucional sobre derecho intelectual (la cual ya se estudió en el apartado 3 del capítulo tercero del presente trabajo).⁸²¹ En nuestro país esto también es evidente, al grado que la facultad constitucional del Congreso de la Unión para legislar en materia de derechos de autor se encuentra en la misma disposición que le concede poderes al legislativo federal para establecer y organizar escuelas y centros de enseñanza, así como para coordinar

⁸²¹ Sobre el particular, Patterson explica: “The dominant idea in the minds of the framers of the Constitution appears to have been the promotion of learning”. Patterson, Lyman Ray, *Copyright in historical perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 193.

la función educativa del Estado (artículo 73, fr. XXV, de la Constitución); e incluso, la autoridad administrativa en materia de derechos de autor ha dependido, desde hace décadas, de la Secretaría de Educación Pública.⁸²²

Pero por otro lado, los derechos de autor también pueden servir como obstáculo para los fines que persigue el derecho a la educación. El problema central de los conflictos potenciales entre derechos de autor y el derecho a la educación, es el relativo a los materiales educativos que son necesarios para cumplimentar el derecho a la educación y sobre los que los autores tienen derechos exclusivos.⁸²³ Asimismo, puede plantearse el problema de la accesibilidad a la educación que establecen los tratados sobre derechos humanos, particularmente lo relativo a la accesibilidad económica⁸²⁴ dado el encarecimiento que los derechos de autor pueden generar en el precio de las obras.⁸²⁵

Por ejemplo, en principio, el derecho de explotación impide que un profesor se sirva de materiales audiovisuales, musicales, gráficos, etcétera para dar sus explicaciones o ilustrar los temas de clase, como también impide reproducir textos ajenos para dárselos a los alumnos. Asimismo, este derecho autoral, en tanto monopolio constitucionalmente permitido, permite cierto control de mercado (y de precios) sobre los materiales didácticos y libros de texto, lo que encarece su acceso; esto puede afectar a las clases más desfavorecidas económicamente.

Así las cosas, el derecho a la educación (artículo 13 del PIDESC) aparentemente y, en algunos casos, conflictúa con la protección de los intereses de los autores (artículo 15.1.c del PIDESC).⁸²⁶

Es evidente que la protección a los autores no puede llegar al grado de frenar las actividades educativas,⁸²⁷ de ahí que existan diversas políticas públicas sobre el particular (libros de texto gratuitos, apoyos estatales para la

⁸²² Otro ejemplo de la cercanía (y a veces confusión) que hay entre derecho a la educación y derechos de autor, la podemos encontrar en el Código Penal Federal, pues dentro del título Vigésimosexto (intitulado “De los delitos en materia de derechos de autor”), hay un tipo penal que no protege los derechos de autor, sino la gratuidad de la educación. Nos referimos al artículo 424, fr. I, disposición que sanciona: “Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública”.

⁸²³ Foster, Sharon E., “The conflict between the human right to education and copyright”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 288.

⁸²⁴ Consiste en que “la falta de recursos no sea un impedimento para acceder a la educación”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 807.

⁸²⁵ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 730, p. 146.

⁸²⁶ Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 823, p. 303.

⁸²⁷ “Un profesor no puede ver limitada su docencia por el respeto al derecho exclusivo del autor, cuando trata de ilustrar o dar ejemplos de lo que está enseñando”. Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 103.

adquisición de material educativo, bibliotecas públicas, etcétera), pero aun así, resulta necesario establecer ciertas restricciones al derecho de explotación en aras de los fines educativos.⁸²⁸

En este sentido, se ha señalado que las principales restricciones que atienden a los intereses educativos son las siguientes: derecho de cita,⁸²⁹ reproducciones por bibliotecas o archivos,⁸³⁰ las restricciones con fines educativos o de enseñanza (incluyendo la ilustración en cátedra, la toma de apuntes, etcétera),⁸³¹ la copia privada,⁸³² etcétera.

Por ejemplo, la copia privada garantiza que cualquier alumno pueda obtener una copia de los textos que necesita estudiar (lo cual es muy importante cuando el discípulo es de bajos recursos económicos o la obra no está disponible en el comercio).⁸³³ Por su parte, las restricciones con fines educativos sirven, entre otras cosas, para el uso libre de obras en clase.

Desde luego, las restricciones clásicas en materia de educación son las relativas a la materia de la enseñanza, respecto de la cual el artículo 10.2 del Convenio de Berna señala:

Artículo 10

[...].

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

⁸²⁸ Al igual que acontece con el derecho a la cultura, la dicotomía “expresión/contenido” es de poca trascendencia en sede de derecho a la educación, pues este último exige el uso de la forma expresiva de las obras, y no sólo de la mera infomación que contengan. De ahí que las restricciones al derecho de explotación adquieran todavía mayor peso o importancia en este tema.

⁸²⁹ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 75; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 62; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 78; Velázquez Velázquez, Santiago, *op. cit.*, nota 607, p. 38.

⁸³⁰ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 93, p. 76; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

⁸³¹ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, pp. 62 y 63; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 87.

⁸³² Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 63; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

⁸³³ Incluso, en el caso de México, la fr. IV del artículo 148 de la LFDA permite a las instituciones educativas realizar copias privadas, siempre que no exista finalidad lucrativa.

Silke Von Lewinski reconoce la flexibilidad de ese texto, incluso para utilizar obras completas y no sólo fragmentos de ellas.⁸³⁴

Si bien muchas de las restricciones mencionadas son una constante en la legislación comparada, la situación en México es mucho más delicada, ya que no contamos en la ley con una restricción concreta relativa a fines educativos,⁸³⁵ mientras que la restricción relativa a las bibliotecas es muy limitada. Como bien indica Derclaye,⁸³⁶ si no existe una restricción en relación a los usos docentes de las obras, puede existir un conflicto con el derecho a la educación.

De esta manera, independientemente de que en el siguiente capítulo valoremos si el sistema actual de restricciones al derecho de explotación cumple las exigencias de los derechos humanos (incluyendo el derecho a la educación), resulta claro que, en México, hay un déficit que es urgente atender.

Aunque, también, hay que ser muy cuidadosos al establecer restricciones al derecho de explotación en materia de educación, pues obras esencialmente de carácter educativo (como los libros de texto) tienen como principal mercado el escolar, por lo que la desaparición o limitación drástica a ese mercado, se traduciría en un desincentivo para crear este tipo de obras, lo cual sería contrario tanto a los fines de los derechos de autor como a los fines del derecho a la educación.

Como corolario, cabe citar las siguientes palabras de Monroy Rodríguez (las cuales muestran una influencia del pensamiento de Alexy):

...tanto el derecho de autor como el derecho a la educación y al acceso al conocimiento tienen su razón de ser, y una misión que cumplir dentro de la sociedad, por eso el ejercicio de unos y otros debe hacerse compatible, mediante un equilibrio que procure que los derechos puedan ser ejercidos y satisfechos *en la mayor medida posible*, es decir, sujetos a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguran la coexistencia armónica⁸³⁷ (énfasis añadido).

⁸³⁴ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 158.

⁸³⁵ Lo único que puede servir para algunos pocos de estos fines es la licencia obligatoria para traducción o publicación de obras necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación, prevista en el artículo 147 de la LFDA. Empero, tal licencia no ayuda en los casos en que la obra se encuentra en el mercado, pero un profesor requiere usarla en cátedra, o un alumno no tiene los medios económicos para acceder a ella, o la obra se encuentra temporalmente desabastecida en el comercio.

⁸³⁶ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 730, p. 146.

⁸³⁷ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 91, p. 243.

4. Otros bienes que pueden entrar en conflicto con los derechos de autor

Además de los derechos humanos ya mencionados,⁸³⁸ existen otros bienes jurídicamente tutelados que, en un momento dado, pueden colisionar con la protección concedida a los autores a través del derecho de explotación. A continuación, nos referiremos brevemente a algunos de esos bienes, los que, en su mayoría, también tienen alguna protección constitucional.

A. Propia imagen

Desde finales del siglo XIX, pero sobre todo a lo largo del XX, se ha venido consolidando la idea de que la imagen de las personas físicas (su representación visual) es merecedora de protección jurídica.⁸³⁹

Sobre dicha protección, podemos encontrar dos tendencias muy definidas en el ámbito comparado en occidente: el derecho a la propia imagen (en el sector neorrománista) y el *right of publicity* (en la familia del *common law*). Mientras que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y de la personalidad que protege a todo individuo por el mero hecho de ser persona (reflejo de su dignidad),⁸⁴⁰ el *right of publicity* normalmente sólo protege a las celebridades contra el uso comercial de su imagen.⁸⁴¹

En tiempos recientes, la tutela jurídica se ha ampliado, y ya no sólo se llega a proteger la representación visual de las personas físicas, sino también su voz, nombre y algunos otros rasgos identificadores del sujeto en cuestión.⁸⁴²

⁸³⁸ Acerca de la relevancia de los derechos ya analizados, Morales Montes indica: “En el caso concreto de los derechos patrimoniales reconocidos a favor de los autores y su limitación para la libre utilización de sus obras para fines culturales, su libre acceso en ejercicio del derecho a la información y su reproducción en la expresión de ideas, se vislumbran como los nuevos problemas de interpretación y ponderación, particularmente en el terreno educativo”. Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 223.

⁸³⁹ Sobre la evolución histórica del derecho a la propia imagen, *cf.* Azurmendi Adarraga, Ana, *op. cit.*, nota 607, pp. 49 y ss.

⁸⁴⁰ Azurmendi Adarraga, Ana, *op. cit.*, nota 607, pp. 24, 25 y 98; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 470.

También *cf.* el voto particular del Ministro José Ramón Cossío en el amparo directo en revisión 121/2007, Primera Sala de la SCJN.

⁸⁴¹ Berry, Robert C., Biederman, Donald E., Glasser, Jeanne A., Pierson, Edward P., y Silfen, Martin E., *Law and business of the entertainment industries*, 4a ed., EUA, Praeger Publishers, 2001, p. 213.

⁸⁴² Como ejemplo, véase el artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

Cfr. también Rovira Sueiro, María E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, Comares, 2000, pp. 14 y ss.

Al tratarse de un derecho exclusivo, el derecho a la imagen es susceptible de colisionar con los derechos de autor, señaladamente con los derechos de explotación. Así por ejemplo, en el caso de una fotografía puede suceder que su autor, en ejercicio de su derecho de explotación sobre esa obra, decida reproducirla y distribuirla; mientras que el sujeto fotografiado, en uso de su derecho a la imagen, decida la no difusión de esa creación.⁸⁴³

Muchos países han resuelto esa problemática dictando normas en las que el ejercicio de ciertos derechos de autor se condiciona al haber obtenido la autorización del titular del derecho a la imagen para poder difundir la obra en donde aparece una persona.⁸⁴⁴ Un ejemplo claro lo podemos encontrar en nuestra LFDA, como se aprecia en el primer párrafo del artículo 87: “El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes”. Se observa cómo el ejercicio del derecho de explotación queda supeditado al derecho a la propia imagen.

B. Intimidad

La intimidad es un bien moral muypreciado (y cada vez más, dados los avances tecnológicos),⁸⁴⁵ lo que ha llevado al desarrollo de un derecho a la intimidad (también llamado derecho a la privacidad o a la vida privada),⁸⁴⁶ el cual ha tenido un gran desarrollo desde los bosquejos iniciales que hicieron Warren y Brandeis en el siglo XIX.⁸⁴⁷

Para efectos del presente apartado, nos será de utilidad el concepto de Díez-Picazo y Gullón:

El derecho a la intimidad. La persona tiene derecho a crear y mantener una esfera secreta o reservada, que debe ser protegida contra intromisio-

⁸⁴³ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 730, p. 144.

⁸⁴⁴ Tacchi, Paola, *Elementi di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Nápoles, Simone, 2008, pp. 19 y 20; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 8, pp. 95 y 96 (quien, incluso, califica este supuesto como una restricción al derecho de explotación); Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 842, pp. 141 y ss.; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 303, p. 43; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 67, pp. 127-129; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 329, p. 123.

⁸⁴⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, pp. 449 y 450.

⁸⁴⁶ Por cuestiones de espacio y debido al objeto de la presente investigación, no entraremos al debate sobre si existe o no diferencia entre “intimidad” y “privacidad”, por lo que utilizaremos indistintamente las expresiones “derecho a la intimidad” y “derecho a la vida privada”.

⁸⁴⁷ *Cf.* Brandeis, Louis D., y Warren, Samuel D., “The right to privacy”, *Harvard law review*, Boston, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890, pp. 193-220.

nes ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella.⁸⁴⁸

Al igual que el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad goza del doble estatus de derecho fundamental y derecho de la personalidad.⁸⁴⁹

Ahora bien, a pesar de que es innegable su proximidad e interrelación,⁸⁵⁰ existen momentos en que los derechos de autor y el derecho a la intimidad llegan a enfrentarse. Por poner un caso, el derecho a la privacidad impide el control sobre los usos privados de las obras,⁸⁵¹ de ahí que, por ejemplo, una de las facultades del derecho de explotación sea la de comunicación *pública*, la cual, como su nombre lo indica, sólo sirve para controlar las comunicaciones públicas de una obra, no comprendiendo las comunicaciones *privadas* (*i.e.*, ver una película en casa o tocar en guitarra una canción a amigos o familiares).⁸⁵²

⁸⁴⁸ Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 1, pp. 336 y 337.

Siguiendo a Francois Rigaux, López-Ayllón nos explica: “En sentido muy amplio el derecho a la privacidad es aquel derecho de los individuos de determinar cuándo, cómo y en qué medida la información que les concierne puede ser comunicada a otros”. López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 607, p. 17.

Aunque, como acertadamente apunta Carbonell, el “ámbito de protección que se genera a partir del derecho a la intimidad no es fácil de determinar; puede ser muy variable de país en país, y desde luego no es algo estático en el tiempo”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 453.

⁸⁴⁹ Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 23 y ss.

⁸⁵⁰ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 775, p. 157.

⁸⁵¹ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 687, p. 37.

O como indica Senftleben: “The fundamental right to privacy prevents copyright holders from exerting their exclusive rights in the intimacy of the private circle surrounding each individual. Viewed from a historical perspective, the exploitation of a work of the intellect has always stopped short of intruding into the private sphere”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 40, p. 32.

Por su parte, López Maza refiere: “Se ha dicho que los titulares de derechos no deberían ser capaces de controlar los usos de las obras y prestaciones que son hechos por los usuarios individuales en su esfera privada, porque esto constituiría una violación de su intimidad”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 38.

Mientras que Guibault afirma: “By its very nature, the protection granted to authors and editors did not extend into the user’s private sphere”. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, p. 48.

Véase asimismo, Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 340, p. 236.

⁸⁵² Cfr. Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 287, pp. 969 y 697; Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación”, en Bercovitz Rodríguez -Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 88 y 89; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 24, p. 168.

También se ha señalado que una de las razones de la copia privada es que la facultad de reproducción no puede tener injerencias en las copias de obras ajenas que una persona hace para su uso privado.⁸⁵³

De esta manera, las tensiones entre derechos de autor y derecho a la intimidad se encontraban satisfactoriamente resueltas, ya sea excluyendo los usos privados del ámbito de protección del derecho de explotación (como en el caso de la facultad de comunicación pública) lo que se traduce en lo que hemos llamado límites naturales o inherentes,⁸⁵⁴ o mediante el establecimiento de una restricción al derecho de explotación (como en el caso de la facultad de reproducción donde se estableció la restricción de la copia privada).

Sin embargo, la tendencia en los últimos años ha sido la aparición de nuevas tensiones entre intimidad y derechos de autor, ya que: (1) dada la tecnología digital, existen quienes argumentan que debe desaparecer la copia privada como restricción al derecho de explotación, debido a lo masivas que se han vuelto esas reproducciones y al impacto económico negativo que ocasionan;⁸⁵⁵ y (2) se han implementado medidas tecnológicas de monitoreo sobre la utilización digital de obras realizada por consumidores,⁸⁵⁶ las cuales que permiten controlar y saber qué obras son copiadas por los usuarios, incluso dentro de sus domicilios.⁸⁵⁷

Por tanto, ante esta perspectiva el derecho humano a la intimidad no debe ser olvidado al discutir las restricciones a los derechos de explotación.

C. Honor

El honor integra, junto con la intimidad y la propia imagen, una triada de intereses morales estrechamente vinculados y protegidos como derechos de la personalidad y derechos humanos.⁸⁵⁸ En una definición muy

⁸⁵³ Senfleben, Martín, *op. cit.*, nota 40, p. 32; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 34, p. 411; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, p. 76; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 11, p. 39 (quien considera que la copia privada debiera ser una restricción de carácter obligatorio).

⁸⁵⁴ Véase supra el subcapítulo II del presente capítulo.

⁸⁵⁵ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 54.

⁸⁵⁶ Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 730, p. 145; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 20, pp. 55 y 56.

⁸⁵⁷ Grijalva Jiménez, Agustín, "Internet y derechos de autor", en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 79.

⁸⁵⁸ Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1994, p. 51; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 449.

aséptica, Mendoza Escalante nos define el derecho al honor en los siguientes términos:

El derecho al honor es un derecho a la no afectación de la propiedad o bien jurídico honor... El goce, la conservación o indemnidad de esa propiedad inmaterial... que representa el honor, es el contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental.⁸⁵⁹

Como se observa, el *quid* es saber qué se entiende por honor, cuestión nada fácil, como ha destacado la doctrina.⁸⁶⁰ Nos parece aceptable la definición elaborada por Gutiérrez y González, quien indica:

Honor o reputación es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, o la que atribuye a otros sujetos de derecho, cuando coincide con el que considera el ordenamiento jurídico de cada época o región geográfica atendiendo a lo que la colectividad en que actúa, considera como sentimiento estimable.⁸⁶¹

El honor tiene una doble vertiente: la *objetiva*, relativa a la opinión que tienen las personas acerca de un individuo, y la *subjetiva*, consistente en la opinión que ese individuo tiene de sí mismo.⁸⁶² En virtud de lo anterior, es evidente que el derecho al honor juega un papel importante en los procesos comunicativos, y por tanto, debe tenerse presente siempre, a fin de lograr su pleno respeto.

Las posibles colisiones entre derechos de autor y derecho al honor no han captado la atención de la doctrina, pero no es difícil encontrarlas. En efecto, si por virtud del derecho de explotación el autor o su titular derivado pueden autorizar a terceros el uso de una obra, ese poder jurídico se verá afectado cuando la obra pueda afectar la reputación de una persona al grado de violar su derecho al honor (piénsese en una difamación); en esos casos, el derecho al honor impedirá la difusión de la obra, afectando el derecho de explotación.

⁸⁵⁹ Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, pp. 115 y 116.

⁸⁶⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 449; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 604, pp. 389 y 340; Herrero-Tejedor, Fernando, *op. cit.*, nota 858, p. 75.

⁸⁶¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 785.

Incluso, esta definición es utilizada en el artículo 13 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

⁸⁶² Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 861, p. 785.

D. *Propiedad*

La propiedad privada es un elemento básico de las democracias contemporáneas, de ahí que se le otorgue protección constitucional.⁸⁶³ Por lo que se colige que la propiedad tiene protección de máximo rango, la cual sirve para “exigir de la entidad política y sus órganos autoritarios su respeto y observancia”,⁸⁶⁴ amén de la *drittwirkung* y su protección entre particulares por la vía del derecho civil.

La intrincada relación entre derecho de propiedad y derechos de autor la tenemos desde los orígenes mismos de estos últimos, pues una de las primeras labores intelectuales en la materia fue separar el ámbito protegido por la propiedad (*corpus mechanicum*) del de los derechos de autor (*corpus mysticum*), lo que ha llevado a la consolidación de algunos de los fundamentos universales del derecho autoral, como lo es el que la adquisición de la propiedad de un soporte material no trae aparejada la adquisición de derechos de autor sobre la obra.⁸⁶⁵

Otro elemento destacado es el *agotamiento de la facultad de distribución*, por virtud de la cual, el derecho de explotación no sirve para controlar la transmisión de la propiedad de un ejemplar de una obra, luego de haberse verificado la primera venta de ese ejemplar, pudiendo entonces circular libremente y transmitirse su propiedad *ad infinitum*, al margen de los derechos de autor.⁸⁶⁶

De hecho, si no existiera esa figura del agotamiento, los derechos de explotación se encontrarían en seria colisión con la propiedad, pues el ejercicio de este último derecho estaría subyugado por la necesidad de pedirle autorización al autor cada vez que se fuese a realizar un acto traslativo de la propiedad o del uso sobre un ejemplar de cierta obra.⁸⁶⁷

⁸⁶³ A decir de Carbonell, el artículo 27 de nuestra Constitución no contempla la propiedad privada como un derecho fundamental, sino como una garantía institucional. *Vid.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 751.

Mientras que Gutiérrez y González ve en la figura de la expropiación la verdadera garantía de la propiedad, pues una persona sólo puede ser privada de ella mediante ciertas reglas y sólo en casos de utilidad pública. *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 861, p. 308. Excepción hecha con la reciente y polémica figura de la extinción de dominio.

⁸⁶⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 658, p. 461.

⁸⁶⁵ Por ejemplo, *cfr.* el artículo 38 de la LFDA.

⁸⁶⁶ Sobre este punto, véase Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 730, p. 155; y *cfr.* el artículo 27, fr. IV, de la LFDA.

⁸⁶⁷ Con un profundo desconocimiento de la legislación comparada y de los tratados sobre derecho autoral, Lessig afirma que la figura del agotamiento de la facultad de distribución (llamado en EUA “*first sale doctrine*”) no existe en países que siguen la tradición europea, su-

E. *Libre competencia*

Los derechos intelectuales son, en su mayoría, derechos exclusivos o “monopolios legales” (como se les suele llamar),⁸⁶⁸ pues permiten explotar, por ejemplo, un invento o una obra con exclusión de cualquier competidor.⁸⁶⁹ Así vistas las cosas, parecería que esos “derechos monopólicos” no tendrían cabida en un sistema de libre competencia, donde todo actor del mercado tiene, teóricamente, el derecho a ofertar cualquier bien o servicio.⁸⁷⁰

puestamente como consecuencia de los derechos morales, afirmando lo siguiente respecto de la *first sale doctrine*: “This doctrine differs from the tradition, for example, Europe, where there are ‘moral rights’ that give the creator power over subsequent use”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 715, p. 134.

Esta apreciación es errónea y nos demuestra que este constitucionalista, proclamado “gurú del *copyright*”, ignora aspectos elementales del derecho de autor comparado, pues basta echarle un ojo a tratados como el TODA o a la legislación interna de los países neorromanos, para ver que, una vez efectuada la primera venta del ejemplar de obra, se agota la facultad de distribución y el propietario adquirente puede hacer lo que le plazca con ese soporte material, tal y como sucede en EUA. Además, la referida opinión de Lessig demuestra falta de conocimiento sobre los derechos morales, pues estos de ninguna manera impiden la circulación de ejemplares de la obra (máxime cuando ya se agotó la facultad de distribución); si acaso, y sólo en casos francamente excepcionales, la facultad moral de integridad puede usarse para impedir la destrucción del ejemplar único de la obra, pero no impide que la propiedad o el uso sobre ese ejemplar pueda transmitirse libremente.

⁸⁶⁸ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 341, p. 1105; Jalife Daher, Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, México, Mc Graw-Hill, 1998, p. 3; Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas, 2001, p. 184.

⁸⁶⁹ Véase Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 1998, pp. 169 y 170.

Mientras que entre nosotros, Morales Montes argumenta: “En este sentido, la exclusividad temporal se convierte en una posición económica privilegiada que implica la eliminación de la competencia sobre una obra determinada”. Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 22, p. 225.

En terminos similares, Braga Avancini, Helenara, “Pensamentos sobre a conscientização dos consumidores contra a pirataria de criações protegidas pelo direito autoral”, en Pimenta, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Brasil, Letras Jurídicas, 2011, p. 262.

⁸⁷⁰ Sobre el particular, Lemley, Menell y Merges explican: “Traditionally, the conventional wisdom was that antitrust laws and the intellectual property are in conflict. (...) Baldly stated, the conflict arises because the intellectual property laws grant ‘monopolies’ to inventors, while the goal of antitrust laws is to prevent or restrict monopoly”. Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *op. cit.*, nota 341, p. 1105.

Mientras que Landes y Posner indican que “it is widely believed that intellectual property law and antitrust law are enemies – that intellectual property authorities patent and copyright (and perhaps also trademark and trade secret) monopolies that offend antitrust principles”. Landes, William M., y Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 35, p. 372.

Por tal razón, nuestra Constitución, en su artículo 28, párrafo noveno, tajantemente establece que no constituyen monopolios los privilegios que se otorguen a autores, artistas e inventores. Esto implica que, independientemente de que pudieran considerarse monopolios desde un punto de vista económico, los derechos intelectuales no son tales desde el punto de vista jurídico. En iguales términos, encontramos el artículo 5o. de la Ley Federal de Competencia Económica.

Por consiguiente, los derechos intelectuales gozan de cierta inmunidad —constitucional y legal— frente a la legislación de defensa de la competencia, de tal forma que el tener o ejercer un derecho de autor no puede considerarse, en principio, una práctica monopólica o anticompetitiva sancionable, pues como apunta Jalife, se trata de una “especie de monopolio permitido”.⁸⁷¹

Empero, eso no significa que a la normativa *antitrust* le sea indiferente la llamada propiedad intelectual; antes al contrario, si bien en principio es lícito detentar y ejercer derechos intelectuales, existen casos en que el ejercicio de dichos derechos puede hacerse en forma anticompetitiva; en tales situaciones sí aplican las consecuencias jurídicas previstas en la legislación de defensa de la competencia.⁸⁷² De esta forma, explica Ginebra Serrabou lo siguiente respecto de los derechos industriales (aplicable también a los derechos autorales): “El ejercicio de los derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender su monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos”.⁸⁷³

Mientras que González de Cossío nos refiere que: “no es el derecho intelectual en sí lo que preocupa a la competencia económica, sino su uso y efec-

Hay autores que califican esta postura como tradicional o antigua, considerando que en la actualidad, a pesar de existir ciertas tensiones entre derecho de la competencia y propiedad intelectual, hay una relación de complementariedad entre ambas disciplinas. *Cfr.* Piva de Andrade, Gustavo, “La propiedad intelectual y su relación con el derecho antitrust”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 13, 2007, pp. 234-239.

⁸⁷¹ Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 868, p. 4.

En igual sentido, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 704, p. 434.

⁸⁷² En este tenor González de Cossío indica que: “el ‘pacto’ de tolerar un monopolio temporal al creador no justifica que lo utilice anticompetitivamente”. González de Cossío, Francisco, “Competencia económica y propiedad intelectual ¿complementarios o antagónicos?”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA, núm. 37, 2007, p. 186.

En la misma tónica, Piva de Andrade, Gustavo, *op. cit.*, nota 870, pp. 237 y 238.

⁸⁷³ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, nota 868, pp. 183 y 184.

Cfr. también Bercovitz, Alberto, *op. cit.*, nota 16, p. 86.

tos”.⁸⁷⁴ Es decir, no resultan reprochables los derechos intelectuales por sí mismos, sino en los casos en que estos son utilizados de forma monopolística.⁸⁷⁵

De hecho, como ponen de manifiesto, Landes y Posner,⁸⁷⁶ los titulares de las propiedades intelectuales verán moldeados (principalmente, limitados) sus derechos como consecuencia del régimen jurídico de protección de la competencia.⁸⁷⁷

Por tanto, y atendiendo a los principios de la libre competencia y prohibición de prácticas monopólicas (valores previstos a nivel constitucional), habrá casos en que el derecho de explotación de los autores deba de ceder ante la defensa de la competencia, pudiendo esto dar pie a restricciones a ese derecho intelectual.

Incluso, como colofón al presente apartado, cabe citar el artículo 17 del Convenio de Berna, mismo que establece que las disposiciones de tal tratado no perjudican la facultad de los estados de “de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho”. Entre otras cosas, el propósito de ese artículo es permitir a los legisladores nacionales la restricción de derechos de autor con base en el derecho de defensa de la competencia (principalmente para combatir monopolios).⁸⁷⁸

F. *Protección a los consumidores*

Existe una tendencia a considerar los derechos de los consumidores como derechos fundamentales.⁸⁷⁹ En el caso mexicano, el artículo 28 cons-

⁸⁷⁴ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 872, p. 188.

En el mismo sentido, Anderman explica: “the competition rules are not meant to apply to the exercise of IPRs as such. They are only meant to apply when the IPR is used as an ‘instrument’ of abuse or as a means of restricting competition”. Anderman, Steven, “The IP and competition interface: new developments”, en Anderman, Steven, y Ezrachi, Ariel (coords.), *Intellectual property and competition law. New frontiers*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 5.

⁸⁷⁵ Como ejemplos pueden mencionarse las licencias cruzadas, la negativa a contratar, la monopolización de derechos intelectuales, las fusiones y adquisiciones, las medidas judiciales abusivas, etcétera. *Cfr.* Piva de Andrade, Gustavo, *op. cit.*, nota 870, pp. 249-264.

⁸⁷⁶ Landes, William M., y Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 35, p. 372.

⁸⁷⁷ Véase también Vela Treviño, Carlos A., *op. cit.*, nota 65, pp. 205 y ss.

⁸⁷⁸ Masouyé, Claude, *op. cit.*, nota 119, pp. 116 y 117; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 10, p. 171.

⁸⁷⁹ Ovalle Favela, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 561 y ss.

tucional (párrafos segundo y tercero) contempla ciertas medidas de protección a los consumidores, e incluso establece que la “ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Si bien queda claro que en nuestro país la protección al consumidor tiene rango constitucional, se debate sobre si los derechos de este sector pueden ser considerados derechos humanos. En este sentido, Carbonell estima que, dados los términos de la breve mención a los consumidores que hace el artículo 28, la Constitución “no llega a recoger derechos fundamentales en esta materia”.⁸⁸⁰ En cambio, algunos de nuestros tribunales han tomado la postura contraria,⁸⁸¹ aunque no han ahonado mucho sobre el contenido y alcance de esos derechos humanos.

Ya por lo que respecta a la relación entre derechos de autor y derechos del consumidor, esta había sido tradicionalmente pacífica. En efecto, con la figura del agotamiento de la facultad de distribución, los consumidores no tenían que preocuparse por ninguna cuestión autoral para el goce de las obras adquiridas. Así, el consumo de libros, discos, películas, etcétera, no presentaba mayor problema, pudiendo el consumidor revender, prestar, destruir o regalar su ejemplar sin tener que pedir ninguna autorización.

Asimismo, cuando la tecnología permitió hacer reproducciones caseras de obras (por ejemplo, mediante audiocasetes y videocasetes), la figura de la copia privada como restricción al derecho de explotación, sirvió para no afectar los intereses de los consumidores. Lo mismo pasaba con las comunicaciones privadas de las obras, las cuales se encuentran al margen del derecho de explotación (particularmente de la facultad de comunicación pública).

Sin embargo, las cosas han cambiado y, en la actualidad, los derechos de los consumidores son de los que más friccionan con los derechos de autor. Como veremos a detalle en el siguiente capítulo, el advenimiento de la tecnología digital alteró la situación de los consumidores frente a los derechos de autor;⁸⁸² asimismo, dicho resultado también ha sido fruto del desmedido crecimiento de estos últimos.⁸⁸³

⁸⁸⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 603, p. 938.

⁸⁸¹ *Cfr.* Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1755.

⁸⁸² “The deployment of the digital networked environment has transformed the manner in which works are created, used, transformed, and distributed on the mass market. The digi-

En efecto, los consumidores consideran que sus derechos han sido afectados por las medidas tecnológicas de protección, la persecución de ciertas prácticas para compartir archivos digitales, el derecho de remuneración por copia privada, el uso de contratos de adhesión para tener acceso a las obras, etcétera.⁸⁸⁴

De hecho, mientras que en el ámbito analógico los consumidores no necesitan celebrar contratos con los titulares de derechos de autor para gozar de las obras (bastan meros actos de compraventa, arrendamiento, mutuo, donación, etcétera, con el propietario del soporte material), en el entorno digital el consumidor debe celebrar contratos de licencia con el titular de derechos intelectuales. Esto en virtud de dos razones: toda utilización digital de una obra implica su reproducción (y por ende, entra en juego la facultad de reproducción), y en el ámbito digital el acceso y uso de las obras suele estar controlado por medidas tecnológicas de protección (de manera que no se puede acceder a la obra si no se aceptan los términos de uso que impone al consumidor el titular de derechos, normalmente a través de un contrato de adhesión). Ambas razones son explicadas en el siguiente capítulo.

Así, en ciertos casos, se presentan colisiones entre los derechos de los consumidores y los derechos de los autores.⁸⁸⁵ En este sentido, Jalife nos refiere:

Es creciente y tangible que un cada vez mayor número de consumidores, organizados o no, perciben al derecho de autor como un ente ajeno y legaloide que impide el acceso a las obras y a los contenidos; nada más inexacto, sin embargo, el gran reto, a partir de ahora, es la reconciliación

tisation of creative content poses an unprecedented challenge to all parties involved. While it allows individuals to consume and enjoy works in new ways, digital technology does give them the capacity to flawlessly reproduce and redistribute these works worldwide, with or without the prior authorisation of the rights owner. At the same time, advances in digital technology provide copyright owners with a growing possibility to either restrict or charge for every use of their creative works". Guibault, Lucie, y Helberger, Natali, "Copyright law and consumer protection", Bruselas, estudio encargado por el European Consumer Law Group, 2005, p. 1.

En el mismo sentido, Fisher III, William, *op. cit.*, nota 531.

⁸⁸³ Schovsbo, Jens, "Integrating consumers rights into copyright law: from a European perspective", *Journal of consumer policy*, Países Bajos, núm. 31, 2008, pp. 393 y ss.

⁸⁸⁴ Guibault, Lucie, y Helberger, Natali, *op. cit.*, nota 882, pp. 1, 5, 20 y 24; Helberger, Natali, y Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 99, pp. 1062 y 1063.

⁸⁸⁵ Véase Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 346, pp. 66 y ss.; y Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 139, p. 132.

entre ese gran instrumento del fomento a la creatividad y sus finales destinatarios.⁸⁸⁶

Dada la protección constitucional de que gozan los consumidores, dichos intereses pueden actuar para restringir los derechos de los autores en ciertas circunstancias.

Con eso terminamos el análisis del tema de las restricciones al derecho de explotación y de los derechos humanos que le dan sustento. En el siguiente capítulo evaluaremos la situación actual de los derechos de autor (con especial referencia a Internet) y sus colisiones con los derechos humanos.

⁸⁸⁶ Jalife Daher, Mauricio, “Tiempo de revisión al derecho de autor”, *El Financiero*, México, 12 de mayo de 2010, p. 23.