

CAPÍTULO QUINTO

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

Como toda clase de instituciones jurídicas, las restricciones a los derechos de explotación siempre han tenido muchas oportunidades de mejorarse y perfeccionarse. Empero, con la revolución digital y la aparición de Internet,¹ surgieron una serie de retos para los derechos de autor en general (y para sus restricciones en particular), de tal forma que, el debate actual sobre las restricciones a los derechos de explotación no puede entenderse sin hacerse referencia al cambio de situación que han ocasionado las tecnologías de las dos décadas previas.²

Por tal razón, en este capítulo hacemos referencia al impacto que generó Internet en los derechos de autor, y cuáles han sido las reacciones jurídicas a ese fenómeno. Empero, muchas de las soluciones adoptadas han sido controvertidas y han generado un intenso debate, cuestionando a los derechos de autor como institución jurídica (lo que evidentemente repercute en el tema de las restricciones). Hacemos aquí un compendio de las diferentes posturas, así como su crítica, ya que mucha de la problemática se puede solucionar con un buen ajuste a la forma en que concebimos y aplicamos las

¹ Debemos recordar que nos encontramos en el auge de la llamada “era de la información”, “sociedad de la información”, “sociedad del conocimiento” o “tercera revolución industrial”. *Cfr.* Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral”, en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Derecho da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 28; Díaz Müller, Luis T., *El derecho de la ciencia y la tecnología del desarrollo*, México, Porrúa, 1995, pp. 4 y ss. (quien explica que esta tercera revolución industrial pone énfasis en el conocimiento y ha venido desarrollándose desde 1945 a la fecha); y Sánchez Bravo, Álvaro, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 25-27 (quien destaca que en esta nueva era, la información circula rápidamente a grandes distancias).

² “El tema de los límites a los derechos de propiedad intelectual es un tema polémico y de actualidad... Si ya en el ámbito analógico plantean problemas en cuanto a su aplicación, cuanto más en el entorno digital”. López Maza, Sebastián, *Los límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, Comares, 2009, p. 4.

restricciones al derecho de explotación (sin tener que hacer mayores cambios a la regulación de derechos de autor en general).

Finalmente, luego de realizar un balance sobre la importancia de las restricciones al derecho de explotación, hacemos una propuesta sobre las mejoras que se pueden implementar a esta figura, teniendo como guía y finalidad el máximo respeto a *todos* los derechos humanos involucrados (desde luego, en la mayor medida de lo posible, al constituir mandatos de optimización).

I. LOS RETOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR ANTE INTERNET

La incesante aparición de tecnologías siempre ha generado retos a los derechos de autor, desde el surgimiento mismo de la imprenta, pasando por la pianola, la fotografía, el fonógrafo, el cinematógrafo, la radio, la televisión, las fotocopiadoras, las transmisiones satelitales, la computación, la videocasetera y, ahora, Internet. Periódicamente, con el surgimiento de una nueva tecnología, aparecen profetas que vaticinan el final de los derechos de autor y su obsolescencia;³ profetas que invariablemente yerran, dado que los derechos de autor se adaptan y generan respuestas a esos retos (algunas veces con mayor éxito y de mejor manera que otras).⁴

³ Entre nosotros tenemos, como ejemplo de esta postura, a Blanco Labra, quien hace más de 13 años señaló: “Con la nueva tecnología están en la total obsolescencia los sacrosantos principios del derecho de autor clásico (q.e.p.d.), tales como el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de una obra o el de oponerse a toda modificación no autorizada de la misma. Letra muerta”, añadiendo que: “La tecnología digital construyó el ataúd del derecho de autor clásico (y de sus acérrimos defensores)”. Blanco Labra, Víctor, “El nuevo derecho de autor (‘who needs copyright?’) y los nuevos tratados internacionales en formato beta”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 275.

También *cf.* Lunney Jr., Glynn S., “The death of copyright: digital technologies, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act”, *Virginia law review*, EUA, vol. 87, 2001, pp. 813 y ss.

En particular, respecto de Internet, Bugallo nos indica: “Algunas personas se han pronunciado, incluso, en el sentido de que el uso de las redes electrónicas iba a significar la muerte del derecho de autor tal como se conoce actualmente”. Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 767.

De igual forma, el jurista alemán, Daniel Stegel, también nos refiere este fenómeno: “Mientras que algunos autores ven el final de los derechos de autor bien cerca, a causa de los nuevos métodos de copia digital, otros alertan de la llegada de un control digital completo”. Stegel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía”, trad. de Paola Spada, *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 106.

⁴ Reinbothe, Jörg, “European copyright – yesterday, today, tomorrow”, en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management*.

En el caso de Internet (y sus múltiples formas de uso), el reto ha sido más complejo, como veremos a continuación, pues la interactividad de las redes, la calidad de las copias y la economía en tiempo y dinero, han masificado y abaratado el uso de las obras, cambiando los hábitos de consumo. De igual forma, mientras que las industrias culturales antes eran los principales difusores de obras, Internet permite que cualquier cibernauta asuma la posición de un emisor de contenidos, incorporando toda clase de obras a un sitio web, enviándolas a listas de correo, utilizando sistemas de intercambios de archivos (*p2p*) o cargándolas en plataformas como *Youtube* o *Facebook*.⁵ La Internet conjunta dos tecnologías previamente existentes, pero que al unirse han significado una verdadera revolución en el ámbito de las comunicaciones: la digitalización y las redes de telecomunicaciones.⁶ La digitalización de obras permite su reproducción barata y rápida,⁷ además de perfecta, ya que no hay pérdida de calidad; mientras que las redes de telecomunicaciones posibilitan, fácil y rápidamente, el intercambio de obras digitalizadas.

En este sentido, son varios los retos que Internet plantea a los diversos tipos de derechos de autor, a saber: la protección jurídica de las páginas web, la creación de obras en colaboración utilizando las redes digitales (lo que permite producir la obra en diversas partes del mundo simultáneamente), problemas de derecho conflictual en cuanto a la legislación aplicable a las transmisiones digitales (y el correlativo problema del tribunal competen-

Technological, economical, legal and political aspects, Berlín, Springer, 2003, pp. 405 y 408; Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. de Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 73 y ss.; De la Parra Trujillo, Eduardo, "Napster y el futuro de los derechos de autor", *Cauces*, México, UNAM, Facultad de Derecho, año I, núm. 2, abril-junio 2002, p. 18.

De esta manera, indica Pamela Samuelson que: "Given the frequency with which someone suggests that IP is in trouble, and given the how successfully IP has adapted to two hundred years of technological change, it is important to be clear about the nature of the issues that motivate the current concern". Samuelson, Pamela, "The digital dilemma: a perspective on intellectual property in the information age", <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/digdilsyn.pdf>, septiembre de 2009, p. 6.

⁵ Sobre las dificultades propias de Internet, *cf.* Akester, Patricia, "The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture", estudio encargado por la UNESCO para la 14a. sesión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, junio 2010, p. 4; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 5; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, pp. 11 y ss.

⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Ganada, 2a. ed., Comares, 2003, p. 51.

⁷ Matay Martín, Ricardo M., "En busca de los equilibrios perdidos", 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. 17.

te en caso de una reclamación), el respeto a los derechos morales (principalmente la facultad de integridad), la aplicación de los derechos de explotación frente a las utilidades interactivas de obras en la red, las restricciones a los derechos de explotación aplicables en Internet, la responsabilidad jurídica de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por la transmisión de obras en Internet, la contratación para uso de obras en Internet y la contratación electrónica, la utilización de medidas tecnológicas de protección de obras, nuevas modalidades de gestión colectiva de derechos, etcétera.⁸

Desde luego, excedería por mucho los fines de esta investigación analizar cada uno de esos problemas, por lo que únicamente nos limitaremos a los que deriven de la aplicación del derecho de explotación y sus restricciones en Internet.

Para esto, debemos responder previamente una pregunta: ¿el derecho puede regular a la Internet o estamos ante un ámbito ajeno a su control?

II. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL USO DE INTERNET

Aunque en la actualidad no falte quien diga que Internet no puede ser regulada por el derecho, la doctrina mayoritaria y la experiencia de los países nos demuestran lo contrario. Veamos rápidamente la evolución de la regulación jurídica de Internet, o mejor dicho: de las conductas humanas que se sirven de esa conjunción de tecnologías.

Cuando surgió esta red de telecomunicaciones, las primeras ideas que empezaron a circular apuntaban que Internet o “el ciberespacio” era un nuevo *lugar* en donde no aplicaban las leyes de los estados nacionales.⁹

Es muy conocida la historia de la “violación virtual” que perpetró el payaso ficticio, Mr. Bungle, en la comunidad de LamdaMOO y que motivó las reflexiones de diversos analistas sociales. LamdaMOO era una comunidad en Internet diseñada como una mansión en la que podían convivir los cibernautas adoptando algún personaje o *avatar*; un día Mr. Bungle, un personaje caracterizado como un payaso malévolo, utilizando una muñeca

⁸ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 53-63; y 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. 222.

⁹ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *Who controls the Internet? Illusions of a borderless world*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 13 y ss.

vudú, violó y humilló a varios de los personajes presentes en ese momento en la sala virtual de LamdaMOO.¹⁰

En realidad no hubo ninguna violación (no existió agresión física real), sino, más bien, una serie de estudiantes tecleando sus computadoras y presenciando la acción en sus pantallas, pero ese acontecimiento movió a la reflexión a la comunidad de LamdaMOO, quienes discutieron varias opciones, como el continuar sin ninguna regla de conducta para los usuarios, el castigar a Mr. Bungle desapareciéndolo de la comunidad, e incluso, hubo quienes, a pesar de reprochar la conducta del usuario en cuestión, pensaban que no podía ser castigado porque en LamdaMOO no existían reglas previamente establecidas y nadie podía ser sancionado por violar normas inexistentes. Todavía no había consenso sobre qué hacer con Mr. Bungle, cuando TomTraceback, uno de los administradores de LambdaMOO, unilateralmente decidió remover en forma definitiva al payaso de la comunidad. Posteriormente, la comunidad estableció un sistema de votación para tomar las decisiones que afectarían a la colectividad en LambdaMOO: un sistema de organización política había nacido, es decir, una base de datos se había convertido en una sociedad.¹¹

Lo anterior resulta muy relevante para el tema de la regulación jurídica de las conductas en Internet, pues el caso de LamdaMOO ilustra claramente la idea de que Internet es un *lugar*, y como tal, que este sitio podía y debía autogobernarse por los usuarios que estaban en él.¹² Tal idea fue muy comentada en la última década del siglo pasado y constituye una primera postura respecto de la regulación de Internet.

Posiblemente es John Perry Barlow el principal exponente de quienes consideran a Internet como un lugar separado del mundo real.

Durante la década de los noventa, Barlow escribió una serie de artículos de opinión en la revista *Wired*, donde explicaba las bondades del ciberespacio, al que concebía como un nuevo mundo que debía ser explorado (y el articulista invitaba a ello), pero advertía que esta nueva frontera, a la que llamó “frontera electrónica”, estaba en riesgo de ser colonizada por el gobierno, por lo que había que defenderla.¹³ Como bien ilustra Clara Luz Álvarez, estamos frente a una “alergia” inicial al derecho y al poder.¹⁴

¹⁰ Dibbell, Julian, “A rape un cyberspace”, en Dibbell, Julian, *My tiny life. Crime and passion in a virtual world*, EUA, Henry Holt and Company, 1998, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, pp. 17 a 25.

¹² Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 16.

¹³ Barlow, John Perry, “Jack in, young pioneer!”, http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/jack_in_young_pioneer.html, julio de 2009.

¹⁴ Álvarez, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, México, Porrúa / UP, 2011, p. 55.

Una de las obras más conocidas de Barlow es la *Declaración de Independencia del Ciberespacio*¹⁵ de febrero de 1996, en donde, rayando en el anarquismo, retoma esta idea del ciberespacio como un lugar¹⁶ que está fuera de las fronteras de los gobiernos (*sic*, Estados), declara que los gobiernos del mundo carecen de soberanía ahí, e indica que en el ciberespacio no hay gobierno electo y, probablemente, nunca llegue a existir tal.¹⁷

Pérez Luño nos destaca tres ideas rectoras en la *Declaración* de Barlow, a saber: 1) que los cibernautas son autónomos respecto de las autoridades estatales, 2) que se niegan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales, y 3) que hay una confianza utópica en la existencia de un ciberespacio ideal.¹⁸

Empero, la ideología de Barlow no se quedó como una postura meramente teórica, sino que fue llevada a la práctica. Efectivamente, junto con Mitch Kapor y John Gilmore, Barlow fundó la *Electronic Frontier Foundation*, una organización dedicada a desarrollar jurídicamente la idea del ciberespacio como un lugar separado y a defender esa frontera contra las intrusiones del gobierno.¹⁹

Inclusive, la concepción de Barlow llegó a tener eco en la Suprema Corte de Justicia de EUA. En el famoso caso *ACLU vs. Reno* de 1997, ese tribunal declaró inconstitucional la *Communications Decency Act* por ser contraria a la primera enmienda (derecho a la información). Lo destacable del asunto, es que en la resolución de la Suprema Corte se menciona, expresamente, que el ciberespacio no está ubicado en un lugar geográfico, e incluso, la ministra Sandra Day O'Connor, en su voto particular, afirmó que el mundo electrónico es fundamentalmente diferente.²⁰

Sin embargo, el idealismo de las posturas que rechazan la regulación jurídica, traería aparejada una consecuencia irrefutable: quienes tengan

Cfr. también Freedman, Des, “Outsourcing Internet regulation”, en Curran, James, Fenton, Natalie, y Freedman, Des (coords.), *Misunderstanding the Internet*, Reino Unido, Routledge, 2012, p. 96 (quien comenta que se consideraba que los ingenieros que comprendían el funcionamiento de Internet, estaban mejor capacitados de políticos y burócratas para regular la red).

¹⁵ Barlow, John Perry, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, julio de 2009.

¹⁶ “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us”.

¹⁷ Barlow, John Perry, *op. cit.*, nota 15.

¹⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Internet y los derechos humanos”, *Derecho y conocimiento*, España, Universidad de Huelva, vol. 2, 2002, pp. 108 y 109.

¹⁹ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 18.

²⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22; y Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, 3a. ed., México, McGraw-Hill, 2003, p. 88.

más fuerza o poder en Internet, serían quienes en realidad la controlen. Acertadamente, Lawrence Lessig indicó: “we have every reason to believe that cyberspace, left to itself, will not fulfill the promise of freedom. Left to itself, cyberspace will become a perfect tool of control”.²¹

Y aquí cabe recordar las ideas de Ferrajoli,²² cuando nos dice que la *ley del más fuerte* es la que prevalece ante la ausencia de la ley del más débil (misma que se desprende la regulación jurídica). En este sentido, como se ha puesto de manifiesto, Internet, más que estar autorregulada por los cibernautas, estaría controlada por los grandes consorcios económicos, principalmente en materia de telecomunicaciones y *software*,²³ quienes impondrían su voluntad con base a su poder.²⁴ En pocas palabras: sería abandonar Internet a manos de los grandes intereses económicos. Con acierto, Pérez Luño sostiene que: “Paradójicamente los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los cibernautas particulares, sino las grandes multinacionales”.²⁵

Desde luego, esta “autorregulación” traería aparejado un serio déficit democrático,²⁶ pues las decisiones que se tomaran en relación con la red de redes, no provendrían de órganos electos por los ciudadanos y dentro de un sistema de pesos y contrapesos controlado jurídicamente,²⁷ sino vendría de particulares que *de facto* ostenten el poder.²⁸

Si bien es difícil que en la actualidad un tribunal haga afirmaciones de ese tipo, una ley similar a la *Communications Decency Act* probablemente sería declarada inconstitucional también, por afectar severamente las libertades informativas en Internet.

²¹ Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, pp. 5 y 6.

²² Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre 2006, p. 127.

²³ Como bien dice Pérez Luño: “el ciberespacio está siendo colonizado despiadadamente por todos los gigantes de las telecomunicaciones”. Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 18, p. 109.

²⁴ De ahí que Rodríguez Moreno advierta que, si el control de Internet proviniera de las grandes empresas, el mercado sería la verdadera Constitución del ciberespacio. Véase, Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 120.

²⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 18, p. 109.

²⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 81.

²⁷ Recuérdese el ejemplo de TomTraceback en LambdaMOO, autoridad no electa, que unilateralmente decidió cómo resolver el problema más serio que se había planteado en esa comunidad.

²⁸ No creemos que sea mera casualidad que entre quienes han financiado la *Electronic Frontier Foundation* estén *Microsoft*, *Hewlett-Packard*, el fundador de *Sun Microsystems*, y otros

A pesar del auge que en su momento tuvo el movimiento en contra de la regulación jurídica de Internet (al que Lessig llama “la primera generación de pensamiento sobre Internet”),²⁹ en la actualidad es una postura teórica ampliamente superada³⁰ (de ahí que se hable del mito de la inmunidad de Internet frente al derecho),³¹ pues hoy es claro que la red *puede y debe* regularse jurídicamente.³²

De entrada, la etimología del vocablo “ciberspacio” trae en, sí misma, la idea de control, ya que la *cibernética* es el estudio del control a distancia, y busca encontrar los medios más eficaces de control.³³ De hecho, lejos de los lugares comunes sobre la no territorialidad de Internet y la imposibilidad de control por parte de los estados nacionales, los acontecimientos que se han verificado desde hace más de una década, nos demuestran que Internet *puede* controlarse y que la coacción estatal y la geografía siguen teniendo gran importancia.³⁴ En este sentido, ya desde la última década del siglo pasado, Lessig demostró que, contrario a la proclamación de que Internet es imposible de controlar, la verdad es que la red resulta ser inherentemente regulable. Veamos.

En su brillante e influyente estudio, *Code and other laws of cyberspace*, Lessig nos proporciona un esquema analítico sobre las diferentes formas de re-

miembros de la elite de *Silicon Valley*. Sobre estas fuentes de financiamiento, *cf.* Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 19.

²⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 24.

³⁰ “Today, notions of a self-governing cyberspace are largely discredited. But the historical significance of these ideas cannot be ignored”. Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 14.

Paradójicamente, los anarquistas quieren a los gobiernos totalmente fuera de Internet, cuando dicha red nació gracias al financiamiento y apoyo gubernamental. *Cfr.* Spinello, Richard A., *Regulating cyberspace: the policies and technologies of control*, EUA, Quorum Books, 2002, p. 36.

³¹ Oliver, Paulo, “Pirataria: direito autoral e tecnologia”, en Pimenta, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Brasil, Letras Jurídicas, 2011, p. 562.

³² Hoy por hoy, la autorregulación de Internet se suele concebir como un complemento a la regulación jurídica, más no como un sustituto. *Cfr.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 133.

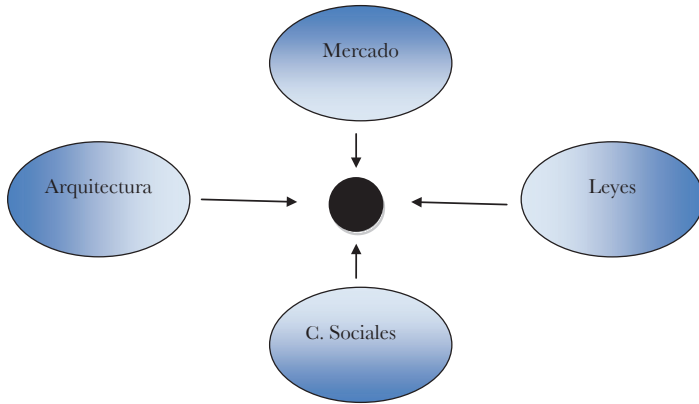
Sobre la autorregulación, como un elemento adicional a la regulación estatal, *cf.* Ovilla Bueno, Rocío, “Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto 1998, pp. 425 y 426.

En igual sentido, véase, Villanueva, Ernesto, *Temas selectos de derecho de la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 139 y ss.

³³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 5.

³⁴ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. VIII.

gular la conducta de alguien: las leyes (*laws*), los convencionalismos sociales (*social norms*), el mercado (*market*) y la arquitectura (*architecture*).³⁵ Esquemati-zándose de la siguiente forma:³⁶



Las *leyes* regulan a los sujetos mediante la amenaza de una sanción; lo mismo sucede con los *convencionalismos sociales*, aunque en este caso la sanción es impuesta por la comunidad y no por el aparato estatal. El *mercado* regula a través de los precios, pues a mayor precio, menor incentivo para realizar algo. Finalmente, la *arquitectura* es el diseño o construcción de algo, y sirve para regular conductas, ya que determina la forma de usar ese algo.³⁷ Cada uno de esos cuatro reguladores de la conducta son interdependientes, y pueden apoyarse mutuamente, así como pueden oponerse.³⁸

Lessig aplica este modelo analítico a Internet,³⁹ llegando a la conclusión de que Internet sí está regulada, y que a ella aplican los cuatro reguladores indicados, proporcionándonos algunos ejemplos: las *leyes* regulan la Internet a través de disposiciones sobre la difamación o los derechos de autor, por ejemplo; los *convencionalismos sociales* pueden apreciarse a través de las costumbres de los usuarios, por ejemplo, silenciar a quien acapara un foro de

³⁵ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, pp. 86 y 87.

³⁶ *Ibidem*, p. 88.

³⁷ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

³⁸ *Ibidem*, p. 88.

³⁹ Aunque puede aplicarse prácticamente a cualquier fenómeno jurídicamente relevante para analizar cómo interactúan los cuatro reguladores de la conducta.

Por ejemplo, en México este modelo se ha utilizado para el análisis de la justicia penal. Véase, Pérez Correa, Catalina, “La ley del espacio: la arquitectura y otras formas de regular la conducta”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa, UNAM, 2008, pp. 304 y ss.

discusión; el *mercado* regula Internet poniendo precios para acceder a ciertos sitios o descargar determinados contenidos; la *arquitectura* también regula la red, por ejemplo, sujetando el acceso a ciertos contenidos a teclear una contraseña o encriptando cierta información.⁴⁰

Sin embargo, el referido académico encuentra que las conductas en línea son controladas, principalmente, a través de la arquitectura (*hardware* y, sobretudo, el *software*), y no tanto por las leyes.⁴¹ De ahí que, este autor llegue a la conclusión de que el código es el principal regulador de Internet, acuñando su célebre frase: “*code is law*”.⁴²

Un ejemplo de esto son las medidas tecnológicas de protección, pues en el ámbito digital a algunos les resultó más conveniente poner mecanismos anticopia en las obras para impedir su reproducción (regulación por arquitectura), que el hecho de que las leyes prohíban la copia de las creaciones protegidas (regulación por ley).⁴³

En este sentido, Lessig afirma que los estados pueden controlar Internet a través de la arquitectura. Por lo que, indirectamente, dictando leyes sobre cómo debe ser el código, se puede regular Internet.⁴⁴ Con esto, el autor en cita demuestra cómo es posible regular la Internet, aunque se le critica el que se haya quedado corto al no darle mayor importancia a la regulación jurídica y sobreestimar la función del código.

De hecho, el derecho sigue siendo una importante herramienta de regulación de conductas en la red. Como bien explican Goldsmith y Wu, el derecho nacional de un estado, tan territorial y limitado como puede ser, sirve para regular Internet. Veamos.

Los autores en glosa dividen a los sujetos materia de regulación del derecho en tres clases: *fuentes* (por ejemplo, fabricantes), *intermediarios* (por ejemplo, tiendas) y *destinatarios* (por ejemplo, compradores). En el supuesto de que los tres sujetos de la cadena se encuentren dentro de las fronteras de un Estado, este puede fácilmente decidir cómo regular la conducta de cada uno de ellos, dando lugar a un esquema como este:⁴⁵

⁴⁰ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, pp. 88 y 89.

Véase asimismo, Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, pp. 36 y 37.

⁴¹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 20.

Cfr. también Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 14, pp. 35 y 36.

⁴² Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 6.

Coincide con esta apreciación Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 22.

⁴³ Sobre las medidas tecnológicas de protección, profundizamos *infra* en la letra D, del número 2 del subcapítulo III.

⁴⁴ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 99.

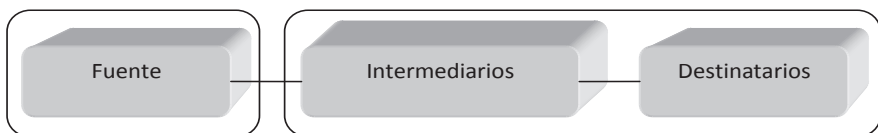
⁴⁵ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 68 y 69.

ESTADO



Existen casos en donde la fuente se encuentra fuera del territorio, y por ende, no puede ser regulada por el Estado; sin embargo, siguen estando bajo su control los intermediarios y destinatarios, cuya conducta sí puede regular. Sería el supuesto, por ejemplo, del contrabando, pues aunque la fuente de la conducta esté fuera de su control (fabricación de productos ilícitos), el Estado puede ordenar que los intermediarios no comercialicen esos productos y los destinatarios no los adquieran. El esquema sería así:⁴⁶

ESTADO



En este sentido, mientras alguno de los tres sujetos de la cadena esté dentro del territorio de un Estado, el mismo podrá regular su conducta.⁴⁷ Particularmente, resulta destacable la ubicación de los intermediarios, pues una técnica regulatoria muy común es controlar la conducta de los gobernados en forma colectiva, es decir, a través de la regulación de los intermediarios.⁴⁸

Precisamente, esta es la forma en que los estados regulan Internet: controlando a los intermediarios que se encuentran dentro de sus respectivos territorios. Y es que, lejos de ser un *lugar* diferente (un *ciberespacio*), la Internet no es otra cosa más que una serie de computadoras conectadas entre sí⁴⁹ y

⁴⁶ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁹ “Internet es una red de redes. Si intentáramos dibujarla seguramente la presentaríamos con un formato distribuido, reticular, de incontables nodos interrelacionados”. Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, nota 20, p. 85.

operadas por diversas personas; esos aparatos, esos cables y esos sujetos, se encuentran *físicamente* dentro del territorio de los estados. Lejos de la idílica visión de Barlow sobre la Internet como la tierra de la libertad, Internet no es nada más que una serie de aparatos, cables y antenas interconectados a lo largo de todo el planeta, con el fin de enviar y transmitir información.

Así las cosas, Goldsmith y Wu explican que, en el contexto de Internet, *siempre* hay intermediarios locales, y por eso, los estados se encuentran en posibilidad de regular Internet a través del control que pueden ejercer sobre los intermediarios que estén dentro de su territorio.⁵⁰ En este sentido, explica Escobar que: “hay un alto grado de acuerdo en admitir que las responsabilidades que se derivan de las conductas ilegales o de la comisión de actos delictivos recaigan en los agentes de las redes de información que intervienen en el sistema”.⁵¹

Podemos decir que se trata de un *sistema territorial* de control de Internet, algo que para muchos era inconcebible,⁵² pero que ha funcionado en la práctica.⁵³ De hecho, hay autores, como Escobar de la Serna, que, ante la imposibilidad de regular detalladamente Internet vía derecho internacional (pues es difícil un consenso sobre todos los temas clave de la red), concluyen que “la alternativa más deseable se decanta por la regulación mediante normas jurídicas de los Estados nacionales de acuerdo a sus respectivos sistemas legales”.⁵⁴ En el mismo sentido, esgrimiendo argumentos provenientes de las teorías democráticas de corte liberal, Netanel afirma que corresponde al Estado liberal determinar qué aspectos de Internet deberá regular.⁵⁵

⁵⁰ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 70 y 71.

⁵¹ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001, p. 649.

⁵² Por ejemplo, Jijena, Palazzi y Téllez opinan que, debido a que Internet no respeta límites geográficos ni reconoce jurisdicciones estatales, los abogados y parlamentarios no han entendido que Internet —supuestamente— descansa en una no regulación o desregulación local (en su caso, afirman, Internet sólo podría regularse por un tratado internacional). *Cfr.* Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés, y Téllez Valdés, Julio, *El derecho y la sociedad de la información: la importancia de Internet en el mundo actual*, México, Miguel Ángel Porrúa, Tec de Monterrey-CEM, 2003, p. 25.

⁵³ Ya en el extremo de lo no deseable, tenemos el caso de países como China y Cuba que, mediante el control de los intermediarios ubicados dentro de su territorio, han llegado a controlar Internet a tal grado, que han ejercido una criticable censura.

Sobre el particular, nos indica Clara Luz Álvarez: “Algunos países como China y Cuba se han distinguido por emplear el Internet como un medio más para el control y la censura”. Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 14, p. 45.

⁵⁴ Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 51, p. 635.

⁵⁵ Netanel, Neil Weinstock, “Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory”, *California law review*, EUA, vol. 88, 2000, p. 498.

Por lo tanto, la regulación jurídica de los intermediarios en la red, ha sido la clave. Entre los principales intermediarios de Internet podemos mencionar los siguientes: proveedores de servicios de Internet (ISP), proveedores de acceso, motores de búsqueda, intermediarios financieros, etcétera.⁵⁶

Desde luego, esta forma de regular Internet no es perfecta ni absolutamente efectiva,⁵⁷ y plantea problemas constantes de determinación del tribunal competente y la legislación aplicable.⁵⁸ Pero sea como sea, el fenómeno de la posibilidad de regulación jurídica de la Internet no puede hoy negarse. Claros ejemplos son la *Digital Millenium Copyright Act* de los EUA y la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, instrumentos en donde se regulan las responsabilidades de los intermediarios de Internet,⁵⁹ o la Ley HADOPI en Francia (y sus similares en otros países) y el polémico ACTA que regulan, incluso, la conducta de los usuarios.

En el caso de México, en la actualidad encontramos diversas disposiciones jurídicas que regulan Internet, desde la LFDA hasta las normas de contratación electrónica contenidas en el CCF, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor.⁶⁰ De hecho, en los primeros estudios jurídicos que se hicieron en nuestro país sobre la reglamentación de Internet, se previó que se realizarían cambios en nuestras instituciones jurídicas para regular algunos aspectos de este fenómeno de las telecomunicaciones,⁶¹ tal como efectivamente sucedió.

Por tanto, en la actualidad ya no se debe cuestionar la posibilidad de que el derecho regule las conductas en Internet, sino más bien se ha de analizar la pertinencia e idoneidad *de cada regulación*, así como su compatibilidad con la Constitución y los derechos humanos.

Desde luego, amén de la posibilidad fáctica de regular Internet, también existe un *deber* del Estado de regular este medio de comunicación, dado que a través de la red se pueden realizar diversas conductas ilícitas y afectar

⁵⁶ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 73-78; y Esteve González, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Granada, Comares, 2006, p. 108 y 112.

⁵⁷ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 81; y Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 51, p. 650.

⁵⁸ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 93-98.

⁵⁹ Para más detalles, véase De la Parra Trujillo, Eduardo, Voz "Contenidos ilícitos y nocivos en Internet", en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 108 y ss.

⁶⁰ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 190 y 191.

⁶¹ Barrios Garrido, Gabriela, Muñoz de Alba Medrano, Marcia, y Pérez Bustillo, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 24.

los derechos de los gobernados; siendo obvio que los estados no pueden abdicar a su vocación de organizar las relaciones sociales (incluso en línea) y de proteger a los individuos. En este sentido, coincidimos absolutamente con Escobar de la Serna cuando afirma:

Particularmente en los países democráticos, no existe fundamento alguno para que la información de Internet no quede sometida a las mismas normas que son aplicables en cada país a la transmisión de información escrita o emitida en los medios de comunicación habituales. En suma, la singularidad del soporte técnico no puede hacer de Internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho o del sometimiento a la ley.⁶²

Y es que, efectivamente, no hay motivo de distinción: ¿por qué castigar la pornografía infantil en otros medios, pero no en Internet? ¿por qué no perseguir los fraudes en línea? ¿por qué permitir ataques al derecho a la intimidad en la red?

Por ejemplo, Netanel considera que en Internet hay cuestiones que necesariamente deben ser reguladas por el Estado, incluyendo los frecuentes problemas de discriminación a usuarios de la red, protección de datos personales, acceso equitativo a Internet, entre otros.⁶³ De igual forma, Fernández Rodríguez, luego de pronunciarse por una regulación estatal garantista y de “mínimos”, afirma:

Esta regulación, que sí debe existir, tiene que buscar, ante todo, no el control y la represión sino la facilidad del acceso, la igualdad en el mismo, la seguridad y el fomento el uso de la Red, que es una herramienta muy útil para el desarrollo de las modernas sociedades en términos económicos, sociales y culturales.⁶⁴

Y aquí una de las palabras clave es “seguridad”. Los estados deben velar por la seguridad de Internet, que este medio de comunicación no sea una “tierra de nadie” o un coto de unos cuantos, sino un medio que todos podamos utilizar con un mínimo de seguridad y respeto a nuestros derechos.

⁶² Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 51, p. 636.

Mientras que Spinello afirma que la autonomía absoluta en Internet puede ser objeto de abusos y causar daños a la sociedad. *Cfr.* Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 21.

De ahí que Clara Luz Álvarez nos indique que “las leyes de los Estados pueden ser aplicables a las redes de telecomunicaciones, a las actividades y a los servicios de Internet”. Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 14, p. 50.

⁶³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 55, pp. 453-483.

⁶⁴ Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 174.

Así las cosas, el Estado debe proteger los mismos derechos en Internet, desde el derecho a la información (para que circulen toda clase de ideas y datos) hasta otros derechos involucrados, como el derecho a la propia imagen, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y al control de los datos personales, el derecho real de propiedad, etcétera.

Desde luego, tampoco hay argumento válido para proteger los derechos de los autores en el ámbito analógico, pero no protegerlos en Internet, máxime cuando en el capítulo tercero del presente trabajo vimos que existe un derecho humano a la protección jurídico-autoral, el cual exige la tutela de los intereses económicos y morales de los autores (sin distinción de medios o tecnologías).

Coincidimos en esencia con Sofía Rodríguez cuando indica:

Es por ello que no puede desconocerse el hecho de que la presencia del derecho es necesaria en la red, y particularmente dentro de nuestro objeto de estudio, la presencia el derecho de autor. El ciberespacio no es un lugar anárquico, pues muchos de los postulados del mundo físico le son plenamente aplicables: el deber de respeto al derecho ajeno, por ejemplo, se emplea tanto para el mundo real como en el ámbito digital.⁶⁵

Así, se concluye que el derecho puede y debe regular las conductas en Internet, incluyendo lo relativo a la protección de los autores.⁶⁶ El alcance, los medios y el tipo de protección autoral ya son otros temas, a los que nos referiremos en los siguientes apartados.

III. LAS RESPUESTAS OFICIALES A LA INTERNET EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

Una vez que quedó claro el punto de que el derecho puede (y en muchos casos debe) regular Internet, veremos ahora la problemática que la red

⁶⁵ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 150.

Cfr. también la resolución Q216 de la AIPPI, de 6 de octubre de 2010, p. 3.

⁶⁶ Como bien dice José Luis Caballero: “El derecho de autor no puede permanecer estático ante la vorágine tecnológica, tampoco los autores, tampoco los usuarios, y es debido a ello que en los últimos 10 años, no sólo diversos tratados internacionales se han promulgado para establecer diversas normativas relacionadas con la utilización de las obras a través del entorno digital, sino que una parte muy importante de las legislaciones de derechos de autor de Iberoamérica han sido igualmente reformadas para dar cabida a dichos temas”. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, “Explotación en línea de las obras musicales y audiovisuales: nuevos modelos de negocio”, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005, p. 2.

de redes le genera a los derechos de autor y cuáles han sido las respuestas que los estados, en lo individual y en conjunto, han formulado.

1. *El derecho de explotación frente a Internet*

De entre los diversos retos que Internet plantea a los derechos de autor, señalados en el subcapítulo I del presente capítulo, de momento sólo nos interesan los relativos al derecho de explotación, y particularmente los concernientes a la *difusión de las obras a través de Internet*.

Desde la apertura de la red al público se plantearon diversos cuestionamientos sobre el uso de obras en este medio, empezando por la pregunta misma de si la legislación de derechos de autor alcanzaba a Internet, y en caso de que la respuesta fuera positiva, surgía la interrogante de qué facultad del derecho de explotación aplicaba: la reproducción, la comunicación pública, la distribución, etcétera.

Más cuestionantes fueron apareciendo, como la relativa a qué restricciones al derecho de explotación son aplicables en línea (punto de capital interés en la presente investigación), o la concerniente a si, independientemente de la letra de la ley, era realmente posible la protección de las obras que circulan por Internet.

No es exagerado decir que, en los albores de la popularización de Internet, surgió un miedo entre los titulares de los derechos de explotación a que este nuevo medio fuera incontrolable, y que las utilizaciones no autorizadas de obras protegidas por derechos de autor afectaran seriamente sus intereses económicos.⁶⁷

En este sentido, Nimmer explica este miedo de los titulares de derechos debido a que el copiado digital es barato, instantáneo y de fácil difusión (la cual, incluso, trasciende fronteras).⁶⁸ Por su parte, Goldstein advierte que en la década de 1990, las compañías temían que la difusión de obras por Internet no sólo devastaría los mercados preexistentes, sino que el fenómeno llegara a convertirse en algo fuera del alcance de los derechos de autor.⁶⁹

⁶⁷ “It comes as no surprise that the economic changes brought about by digital and networking technologies make authors and right holders ask the legislator for stronger legal copyright protection”. Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, “The german copyright – yesterday, today, tomorrow”, en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 487.

⁶⁸ Nimmer, David, *Copyright: sacred text, technology and the DMCA*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2003, p. 145.

⁶⁹ Goldstein, Paul, *Intellectual property: the though new realities that could make or brake your business*, Nueva York, Portfolio, 2007, pp. 156 y 157.

Mientras que Lessig explica que, desde el punto de vista del titular de derechos de autor, el ciberespacio parecía un lugar donde las posibilidades para hacer copias eran las mejores y la protección legal era la peor.⁷⁰

Fueron los EUA y la Unión Europea quienes mayor esfuerzo dedicaron a la problemática, así como la OMPI fue el principal foro de discusión. A continuación estudiaremos las respuestas más destacadas⁷¹ que sobre el particular se dieron en el ámbito oficial.

Como nota, cabe señalar que el texto del ACTA o Acuerdo Comercial Contra la Falsificación contempla una sección dedicada a la “observancia de los derechos de propiedad intelectual en el ambiente digital” (la cual abarca diversos tópicos, como por ejemplo, adopción de medidas de observancia de derechos que no afecten actividades legítimas). Sin embargo, a la fecha de conclusión de esta investigación, ese tratado todavía no se ha aprobado por nuestro Senado, por lo que no es todavía una solución normativa vigente, y no se tomará en cuenta en el presente análisis (sin embargo, más detalles sobre ese convenio pueden encontrarse en el apéndice de actualización de esta investigación).

2. *La respuesta internacional: El TODA*

La OMPI es el principal organismo internacional en materia de derecho intelectual, por lo que no extraña que haya sido el foro elegido por la comunidad internacional para orquestar las primeras respuestas jurídicas sobre Internet en el ámbito de los derechos de autor.

Desde el año de 1971 no se había revisado el Convenio de Berna debido a lo difícil que es llegar a acuerdos, dado que su artículo 27.3 exige unanimi-

De igual forma, Litman indicó que: “Commercial media found the Internet frightening, and with good reason. Entertainment and information merchants tend to express that fear as a fear of massive piracy”. Litman, Jessica, “Electronic commerce and free speech”, en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 28.

Mientras que Samuelson apuntó: “But there is also a more troublesome side. For publishers and authors, the question is: How many copies of the work will be sold (or licensed) if networks make possible planet-wide access to any electronic copy of a work? Their nightmare is that the number is *one*”. Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

⁷⁰ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 125.

Cfr. también, López Richart, Julián, “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 182; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

⁷¹ Como veremos a continuación, las respuestas se basan en la conjunción de tres instrumentos: la ley, la tecnología y la contratación. *Cfr.* López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 183.

dad de votos para cualquier adición o modificación a dicho tratado, por lo que la OMPI comenzó a barajar la idea de hacer un protocolo adicional al Convenio de Berna, lo que culminó con la decisión de suscribir un *acuerdo especial* en el marco de dicho pacto internacional.⁷² Ese acuerdo sería el TODA, cuya adopción no es obligatoria para los miembros de la Unión de Berna.⁷³

Si bien, algunos puntos a tratar en la conferencia diplomática del TODA se relacionaban con Internet,⁷⁴ también se ocupó de otros rubros del ámbito digital, como la protección a los programas de cómputo y a las bases de datos, así como de temas diversos, como la facultad de distribución y su agotamiento.⁷⁵

⁷² El artículo 20 del Convenio de Berna establece: “Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables”.

Mientras que el artículo 1.1 del TODA indica: “El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado”. Por su parte, el artículo 1.2 del TODA determina: “Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”.

Sobre esto, véase, Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, pp. 148 y 149; Albert, Peter G. Jr., *Intellectual property law in cyberspace*, 2a. reimp., Washington, The Bureau of National Affairs, 2000, p. 235; Okediji, Ruth, “The regulation of creativity under the WIPO Internet treaties”, *Fordham law review*, EUA, vol. 77, núm. 5, 2009, p. 2388.

Por tal razón, sorprende que en nuestro país se emitan, a la ligera, comentarios tan poco informados como el de Víctor Blanco Labra, para quien el TODA “sustituye prácticamente al Convenio de Berna”. *Cfr.* Blanco Labra, Víctor, *op. cit.*, nota 3, p. 278.

Coincidimos, más bien, con la doctrina mayoritaria que considera a Berna como la “biblia” del derecho internacional de los autores. *Cfr.* Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 406.

⁷³ Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 18 y ss.

Cfr. también Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 6a. ed., Londres, Thomson, Sweet & Maxwell, 2007, p. 844.

⁷⁴ Lo que llevó a que la prensa bautizara al TODA y al TOIEF como los “tratados Internet”. Véase Grijalva Jiménez, Agustín, “Internet y derechos de autor”, en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 65; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 2; y Rogel Vide, Carlos, “Internet y derecho de autor. Antecedentes y gestación de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001”, en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 475.

⁷⁵ Para más detalles, *cf.* Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 2004, pp. 122 y ss.

Para los propósitos de la presente investigación, estudiaremos por separado únicamente los siguientes rubros del TODA, dada su relación con la problemática de Internet y su impacto en las restricciones al derecho de explotación: la calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet, las restricciones al derecho de explotación y las medidas tecnológicas de protección.

A. *La calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet.*
La comunicación al público

Las redes de Internet pueden utilizarse para transmitir todo tipo de obras, desde literarias, musicales, fotográficas, pictóricas, audiovisuales, hasta programas de cómputo y bases de datos. Esto constituye una nueva forma de explotación de obras,⁷⁶ y no es muy complicado concluir que tales utilidades públicas de obras violan el derecho de explotación si se hacen en forma no autorizada.⁷⁷

Lo que resultó complicado fue darle una calificación jurídica al acto de la transmisión de obras en línea, es decir, saber si estamos ante una comunicación pública, una distribución, una reproducción o ante una nueva situación.⁷⁸ Esto repercute en determinar qué facultad del derecho de explotación es la que aplica a Internet (y por ende, cuáles restricciones resultan aplicables en la red, pues, como ya vimos en el capítulo previo, cada facultad del derecho de explotación tiene restricciones propias).

Parte de la complicación deriva de que, en Internet, muchas de las transmisiones de obras son de las que se califican como “a la carta”, pues

⁷⁶ Kerever, André, “Problems involved in the adaptation of the right to reproduction and the right of communication to the public in the digital multimedia environment”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXI, núm. 2, abril-junio 1997, p. 5; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 230 y 231; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 171.

⁷⁷ Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 142 y 143.

Debemos recordar que en México, como en el resto de los países de tradición jurídica continental, tenemos un derecho general de explotación que cubre todo tipo de utilidades públicas de las obras, incluyendo los usos novedosos, sin importar que los mismos encuadren o no en las categorías tradicionales de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. *Cfr.* los artículos 27, fr. VII, y 24 de la LFDA.

Véase, asimismo, Antequera Parilli, Ricardo, “Del ‘entorno analógico’ a la tecnología digital (el derecho de autor y los derechos afines al compás del avance tecnológico)”, en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 320; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

⁷⁸ Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 456.

con un marcado carácter interactivo, el usuario es quien elige la obra a la que accederá y, además, escoge en qué momento lo hará. Así, estas transmisiones presentan tres características:⁷⁹

- a) La obra se transmite a solicitud del usuario, quien accede a ella en el momento y lugar que desee;
- b) La transmisión se hace de “punto a punto”, a diferencia de las comunicaciones tradicionales de “punto a multipunto” (por ejemplo las transmisiones de radio o el ver una película en un sala de cine); y
- c) La transmisión trae aparejada la reproducción de la obra, incluyendo las copias que se hacen en la memoria RAM⁸⁰ de la computadora.

Estas peculiaridades de la transmisión de obras en línea, abrieron la discusión sobre qué facultad del derecho de explotación la controlaba, pues existían varias posibilidades que se discutieron: la facultad de comunicación pública en términos amplios, sus modalidades de radiodifusión y exhibición pública, la facultad de reproducción, la facultad de distribución, sus modalidades de alquiler y préstamo,⁸¹ e, incluso, la creación de un nuevo derecho particular aplicable a las transmisiones interactivas en Internet.⁸²

Dicha discusión adquirió mucha relevancia en el ámbito internacional, pues contrario a lo que acontecía en varias legislaciones nacionales, el Convenio de Berna no contempla un derecho general de explotación (sino sólo la facultad de reproducción, y algunas modalidades de la comunicación pública y de la transformación), por lo que era importante determinar si las transmisiones interactivas estaban cubiertas por algunas de las modalidades del derecho de explotación ya reguladas en los tratados o si era apremiante crear una nueva facultad *ad hoc*.⁸³

⁷⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 173.

Cfr., asimismo, Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 114.

⁸⁰ La memoria RAM (*Random Access Memory*) es el tipo “de memoria donde la computadora guarda información para que pueda ser procesada más rápidamente. En la memoria RAM se almacena toda información que está siendo usada en el momento”, y la “información que contienen es renovada continuamente y cuando la computadora se reinicia o se apaga, toda la información contenida se pierde, por eso es llamada memoria volátil”, VV.AA., *Diccionario de informática*, Argentina, <http://www.alegsa.com.ar/Dic/ram.php>, julio de 2010.

⁸¹ Que, como ya vimos en el capítulo segundo, en el ámbito internacional están reguladas en forma separada de la facultad de distribución.

⁸² De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 231 y 232; Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 56, pp. 80 y 81; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 173 y 174.

⁸³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 175; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 155; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 456.

En este contexto, la OMPI convocó a una conferencia diplomática a realizarse del en diciembre de 1996, con el fin de adoptar un nuevo tratado sobre derechos de autor (que sería el TODA), uno sobre interpretación y fonogramas (el TOIEF) y otro sobre bases de datos (el cual nunca llegó a cristalizar).⁸⁴

Sobre el tema de la calificación jurídica de las transmisiones en Internet, Garrote explica:

La introducción de un nuevo derecho *ad hoc*, aunque había sido propuesta por la doctrina, nunca se planteó seriamente en el proceso de discusión de los Tratados de 1996, debido a la preferencia entre las delegaciones de enfocar el problema utilizando el abanico de derechos ya existentes a escala internacional.⁸⁵

Tampoco era viable incluir en el TODA un derecho general de explotación, pues los países del *common law* seguramente se habrían opuesto, ya que en las leyes de *copyright* sólo se conceden derechos de explotación concretos y limitados.

De hecho, sólo fueron dos las opciones que tenían posibilidad de incluirse en el TODA. En primer lugar, la propuesta de los EUA que impulsaba un derecho de distribución con ligeras adaptaciones para la transmisión en línea. En segundo lugar, estaba la postura de la Unión Europea (respaldada por el bloque latinoamericano) que veía a las transmisiones por Internet como una operación compleja, la cual implica tanto la aplicación de la facultad de comunicación pública como de la de reproducción.⁸⁶

La propuesta de EUA fue seriamente criticada por varias delegaciones, debido a una razón básica: la facultad de distribución se refiere a la circulación de ejemplares materiales de las obras, cosa que no sucede en las transmisiones en Internet.⁸⁷

⁸⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 44.

⁸⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 177.

⁸⁶ Samuelson, Pamela, "The U.S. digital agenda at the World Intellectual Property Organization", <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/wipo.pdf>, agosto de 2009, p. 16; Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 56, p. 84; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 493; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 177 y 178; Antequera Parilli, Ricardo, "Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines o conexos en el entorno digital", en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 419.

⁸⁷ Barzallo, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL, Universidad Andina Simón Bolívar, s/f, p. 265; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 178; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 158; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 3, p. 771.

Y si tomamos en cuenta que lo que ocurre en línea son *transmisiones* de obras entre computadoras, ya sea con o sin cables, la facultad de comunicación pública se perfilaba como la opción correcta desde el punto de vista teórico. De hecho, la propuesta básica del TODA preparada por la OMPI⁸⁸ se inclinó por la postura europea, caracterizando a las transmisiones en línea como actos de comunicación pública, siguiendo la opinión de expertos como Ficsor y Hugenholtz.⁸⁹

Empero, EUA se opuso a la propuesta básica del TODA, pues se negaba a aceptar la solución por vía de la facultad de comunicación pública e insistió en la facultad de distribución.⁹⁰ El argumento básico de este país era que, mediante la facultad de distribución (particularmente en su modalidad de importación de copias), se permitiría ejercer un control territorial sobre el ingreso de obras a cada territorio.⁹¹

Esto llevó a encontrar una solución de consenso entre ambas posturas, a la que se le llamó “solución paraguas” (*umbrella solution*), consistente en adoptar una definición amplia de “puesta a disposición del público”, sin caracterizar la facultad del derecho de explotación que le daría amparo, dejando a la soberanía de los legisladores nacionales la libertad de elegir la facultad de comunicación pública, la de distribución o cualquier otra solución.⁹² Dicha solución quedó plasmada en el artículo 8o. del TODA, cuyo texto es el siguiente:

Inclusive, la declaración concertada que los países signantes hicieron al artículo 6o. del TODA (relativo a la facultad de distribución) fue en el sentido de que las expresiones “copias” y “originales” se refieren a copias fijadas que puedan ser materia de circulación en forma tangible.

Sobre el particular, véase Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 451.

En general, para una explicación de la facultad de distribución, *cf.* el inciso b, de la letra B, del número 2 del subcapítulo V, del capítulo segundo del presente trabajo.

⁸⁸ *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de obras literarias y artísticas para la consideración de la conferencia diplomática*, OMPI, documento CRNR/DC/4, de 30 de agosto de 1996.

⁸⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 180 y 181; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 17; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 456.

⁹⁰ Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 56, pp. 84 y 85; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 182.

⁹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 225 y 226.

De hecho, los EUA proponían que, en el ámbito digital, no operara el agotamiento de la facultad de distribución, para poder así seguir ejerciendo control con posterioridad a la primera “venta” de la obra.

Sobre la técnica de control territorial de Internet, véase *supra* el subcapítulo II del presente capítulo.

⁹² 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.

Artículo 8o. Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 11.1) ii), 11*bis*.1) i) y ii), 11*ter*.1) ii), 14.1) ii) y 14*bis*.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Se aprecia que dicha disposición, además de regular el derecho general de comunicación pública,⁹³ al final menciona la descripción neutral de las transmisiones digitales derivada de la solución paraguas. El hecho de que la modalidad neutral de “puesta a disposición” se hubiera incluido en el artículo relativo a la comunicación pública, lleva a Ficsor a mencionar que, al final, el TODA implementó un paraguas medio abierto (*half-opened umbrella*), a diferencia del TOIEF que sí tiene separado, por un lado, el derecho de comunicación pública (artículo 6.i), y por otro lado, la solución neutra de la modalidad de puesta a disposición (artículo 10).⁹⁴

Por tanto, y con el fin de aclarar que la inclusión en el artículo 8o. del TODA de la referencia a la modalidad de puesta a disposición, no debía interpretarse en el sentido de que era obligatorio calificar las transmisiones en Internet como actos de comunicación pública, la delegación de EUA hizo una declaración en el sentido de que el artículo 8o. refleja los acuerdos previos consistentes en que los legisladores nacionales son libres de elegir cómo implementan tal disposición, lo cual puede ser a través de facultades diferentes a la comunicación pública. Dicha declaración no generó oposición alguna del resto de las delegaciones.⁹⁵

747; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 496; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 182 y 183; Caballero Leal, José Luis, “Principios generales en materia de derecho de autor y derechos conexos. Marco normativo internacional”, Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina, Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004, pp. 12 y 13; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 86, pp. 419 y 420; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 456.

⁹³ Con esto se llenaron las lagunas del Convenio de Berna que sólo regula algunas modalidades de la comunicación pública, y no todas aplicables a cualquier tipo de obra. *Cfr.* Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 718.

Asimismo, véase, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, pp. 468 y 469.

⁹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 497.

De ahí que Nimmer afirme que, al final, prevaleció la postura europea (aunque en forma ambigua para dar concesiones a EUA). *Cfr.* Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, pp. 150 y 151.

⁹⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 497.

Independientemente de la calificación que cada país otorgue a las transmisiones en Internet, la solución de fondo del artículo 8o. del TODA, al utilizar la fórmula “puesta a disposición del público”, es satisfactoria y resuelve todos los problemas que la concepción tradicional de comunicación pública planteaba al uso interactivo de obras,⁹⁶ pues el mero acto de poner la obra a disposición del público (por ejemplo, cargar o “subir” la obra a un sitio web) queda amparado por el derecho de explotación, sin que sea necesario que el público en realidad tenga acceso a la obra, bastando sólo la mera posibilidad, la mera puesta a disposición. Asimismo, tampoco se requiere que el público esté concentrado en un mismo lugar y que acceda a la obra al mismo tiempo (como sucede con las formas más tradicionales de la comunicación pública),⁹⁷ pues dado el carácter interactivo de Internet, el comunicador pone la obra a disposición del público y cada miembro del público elige el momento y el lugar en que accederá a la obra.⁹⁸

Asimismo, véase, Lucas, André, “Intellectual property and global information infrastructure”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 1, enero-marzo 1998, p. 5; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 19; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 157; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 456.

⁹⁶ Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 269; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, “Protección de los contenidos en Internet: desde la *web TV* a la publicación de libros *on-line*”, en Cremades, Javier, Fernández-Ordóñez, Miguel Ángel, e Illescas, Rafael (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, p. 1461; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 456.

⁹⁷ El tema de que la gente esté en el mismo lugar, ya se había superado con la modalidad de radiodifusión, en donde los destinatarios de las transmisiones se encuentran en diversos lugares.

Lo que sí seguía aconteciendo en todos los casos de comunicación pública antes de Internet, era la simultaneidad del acceso a la obra, pues esta le llegaba al público al mismo tiempo, ya fuera en una comunicación *in situ* (por ejemplo ver películas en un cine) o una comunicación remota (ver la película por televisión).

⁹⁸ En general, *cf.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 139; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, pp. 456 y 457.

Asimismo, Garza Barbosa explica: “De esta manera se cubre la puesta a disposición aunque no se haya perfeccionado la comunicación por medio de la recepción”. Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2009, pp. 57 y 58.

En el mismo sentido, Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 746 (para quienes esta es la principal innovación del TODA); Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, pp. 250 y 251; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 74, p. 470; y Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 339.

De ahí que resulte sorprendente la afirmación de Jijena, Palazzi y Téllez, quienes opinan: “A finales de 1996 se realizó en Ginebra una reunión internacional de la Organización Mundial de (sic) Propiedad Intelectual (OMPI o en inglés WIPO), en la que inicialmente se es-

Es muy importante destacar que el artículo 8o. del TODA, expresamente califica el derecho de comunicación al público como un *derecho exclusivo*, por lo que, independientemente de las restricciones que se le puedan imponer a ese derecho,⁹⁹ dicha disposición parece ser una traba para conceder licencias obligatorias respecto de las transmisiones interactivas en Internet.¹⁰⁰

Con este artículo del TODA queda resuelto uno de los puntos más delicados para la protección de los derechos de autor en Internet; sin embargo, como veremos a continuación, hay cuestiones adicionales a considerar.

B. La reproducción

El problema de la calificación jurídica de la transmisión de obras por Internet no termina con la facultad de comunicación pública, sino que incluye la de reproducción.

La digitalización de obras que previamente estaban en formato analógico, el subir obras a Internet (*uploading*), y el descargar o bajar obras (*downloading*), son claramente actos de reproducción, cuya calificación no presenta mayor problema.¹⁰¹

En realidad, lo problemático es lo relativo a las llamadas *reproducciones intermedias* que se dan en una transmisión de Internet, y que incluyen copias en el servidor de acceso, en *routers*, en la memoria RAM de la computadora de destino, en el navegador, etcétera.¹⁰² De hecho, y contrario a lo que sucede en el mundo analógico, en el entorno digital la mera visualización de una obra

peraba avanzar en una regulación sobre los derechos de autor en Internet, idea que fracasó, quedando el tema en el tintero". Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés, y Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, nota 52, p. 119 (quienes, además, no explican en qué consistió el fracaso).

⁹⁹ Sobre esto profundizamos *infra* apartado letra C, número 2, sub capítulo III.

¹⁰⁰ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 748.

¹⁰¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 275 y 276; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 11.

¹⁰² Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 340 y 344; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 248; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 3, p. 769; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 73, p. 842; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 277; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 112; Kerever, André, *op. cit.*, nota 76, p. 8; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 147 y 148; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, pp. 448 y 449; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 123 y 124.

En este sentido, explica De Miguel: "destaca el hecho de que la transmisión de información en Internet exige la realización continua de copias, que con gran frecuencia son efímeras; pues, en general, todos los servicios de Internet operan a través de la reiterada copia de documentos de unos ordenadores a otros, que pueden ser almacenados temporalmente en ordenadores intermedios". De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 233.

en pantalla implica su reproducción, pues esto genera un almacenamiento temporal en la memoria RAM.¹⁰³ Desde luego, esto trajo a colación otra serie de problemas, como el relativo a si el almacenamiento de obras en la memoria de las computadoras podía considerarse una copia privada y si debía estar amparada por una restricción al derecho de explotación.¹⁰⁴

La propuesta básica del TODA preparada por la OMPI¹⁰⁵ se inclinaba por considerar como actos de reproducción los de carácter temporal, sin importar la forma en que se realizaran (aunque con la posibilidad de restringir el derecho de reproducción),¹⁰⁶ como se podía ver en el artículo 7o. de la referida propuesta:

Artículo 7o.

Ámbito del derecho de reproducción

1) El derecho exclusivo acordado a los autores de obras literarias y artísticas en el Artículo 9.1) del Convenio de Berna de autorizar la reproducción de sus obras incluirá la reproducción directa e indirecta de sus obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 9.2 del Convenio de Berna, corresponderá a la legislación de las Partes Contratantes limitar el derecho de reproducción cuando la reproducción provisional de una obra tenga como único propósito hacer que la obra sea perceptible, o cuando la reproducción sea de naturaleza efímera o incidental, siempre que dicha reproducción tenga lugar durante la utilización de la obra que esté autorizada por el autor o permitida por la ley.

¹⁰³ Stokes, Simon, *Digital copyright: law and practice*, Reino Unido, Hart, 2009, p. 17; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 233; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 248; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 278; Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 143; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 112; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 4, pp. 7 y 8.

¹⁰⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 108.

También, *cf. infra* nota al pie 298.

¹⁰⁵ Véase *supra* nota 88 del presente capítulo.

¹⁰⁶ Kakungulu-Mayambala, Ronald, *The impact of new technologies of protection, exercise and enforcement of copyrights & related rights*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2006, p. 22; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, pp. 332 y 333; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 242; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 130 y 131; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 290; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, pp. 684 y 685; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 152; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, pp. 340 y 341; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 154 y 155; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 11; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 449.

Dicha disposición fue materia de amplia polémica.¹⁰⁷ La Unión Europea y los EUA apoyaron el contenido de ese texto; varias delegaciones latinoamericanas se opusieron; otros países, como Noruega, propusieron excluir ciertas reproducciones temporales del concepto convencional de reproducción; otros estados se inclinaban por introducir en el tratado una restricción al derecho de reproducción relativa a las reproducciones temporales, incluso Singapur propuso que esa restricción fuera obligatoria (de *iure conventionis*), mientras que Japón se inclinaba por dejar la restricción a las legislaciones nacionales.¹⁰⁸

En particular, se temía una afectación al acceso a la información y la libertad de expresar ideas, además hubo oposición de instituciones docentes y de investigación, así como de prestadores de servicios en línea y empresas de telecomunicaciones.¹⁰⁹

Después de arduas negociaciones, se convino que el texto del TODA no incluiría disposición alguna respecto de la facultad de reproducción, y sólo se haría una declaración concertada que se anexaría al texto del tratado.¹¹⁰ Empero, la adopción de la declaración concertada no fue nada fácil, y sólo se logró al final de la conferencia diplomática, en lo que Ficsor llama la “noche loca”.¹¹¹ En el Comité Principal I se propuso el siguiente texto de declaración concertada:

¹⁰⁷ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 74, p. 478; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, pp. 685 y 686; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 291; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 333; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 106, p. 22; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 14; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 449.

¹⁰⁸ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 136 y 137; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 153; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 333.

¹⁰⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 291; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 152; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 12; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 449.

En tal tenor, Begoña Ribera nos refiere: “El común denominador de las objeciones referidas al artículo 7o. venía determinado por la preocupación de que dicho precepto pudiera romper el equilibrio en el derecho de autor e impedir el desarrollo de la infraestructura de la información”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 341.

¹¹⁰ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 686; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 139; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 292 y 293; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 449; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 235; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 3, p. 790; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 341; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 148; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 153; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 154.

¹¹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 140.

Aunque la conferencia diplomática debía concluir el 20 de diciembre, los debates se prolongaron hasta las dos de la mañana del 21 de diciembre de 1996.

El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9o. del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9o. del Convenio de Berna.

Dada la polémica, el Comité Principal I sometió a votación esa declaración, enunciado por enunciado. La primera oración se aprobó por unanimidad, pero la segunda presentó una votación de 49 delegaciones a favor, 13 en contra y 29 abstenciones. Cuando la declaración concertada fue sometida a votación (esta vez en su totalidad) en la Asamblea Plenaria de la conferencia diplomática 50 estados votaron a favor, 5 en contra y hubo 30 abstenciones.¹¹²

Así, el tema de la reproducción en Internet no encontró una respuesta clara en el texto del TODA, sino sólo una declaración concertada cuyo valor jurídico se ha cuestionado, como veremos a continuación. De hecho, Samuelson considera que dicha declaración concertada fue un último esfuerzo para conseguir indirectamente lo que no se pudo lograr de manera directa: el control sobre el almacenamiento temporal de copias.¹¹³

No obstante, resulta destacable que dentro de la primera oración se hiciera referencia a que las restricciones a la facultad de reproducción (que superen la prueba de los tres pasos) son *totalmente* aplicables en Internet.¹¹⁴ Amén de que, con relación al artículo 10 del TODA, se hizo una declaración concertada relativa a las restricciones al derecho de explotación en Internet.¹¹⁵

De cualquier forma, la declaración concertada relativa a las reproducciones en Internet (en particular, su remisión al Convenio de Berna), ha sido interpretada, por parte de la doctrina, como una disposición de la que se puede extraer un *ius prohibendi* sobre las reproducciones temporales o transitorias.

En este sentido Ficsor opina que el artículo 9.1 del Convenio de Berna, si se interpreta de buena fe, sólo puede dar como resultado que, salvo restricciones que cumplan la regla de los tres pasos, el derecho de reproducción es aplicable a cualquier tipo de reproducción.¹¹⁶ Y al referirse el Convenio de Berna a

¹¹² *Ibidem*, pp. 142 y 143; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 155; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 15.

¹¹³ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 15.

¹¹⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 48.

¹¹⁵ *Cf. infra* apartado 3.2.3.

¹¹⁶ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 442 y 443.

reproducciones “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, abarca las reproducciones digitales y los almacenamientos en computadoras.¹¹⁷

Postura similar es la de Delia Lipszyc, quien concluye lo siguiente:

De este modo, se confirma la aplicación del artículo 9o. del Convenio de Berna a todos los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de ordenadores —porque dicha disposición del Convenio de Berna (y la mayoría de las legislaciones nacionales) reconoce el derecho de reproducción en forma amplia, “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, de modo que comprende la inclusión de una obra o de una parte de ella en un sistema de ordenador; y no depende de la permanencia de la fijación— llevados a cabo en el proceso de transmisión digital.¹¹⁸

En cambio, Ginsburg y Ricketson consideran que el segundo enunciado de la declaración concertada no es muy claro y enturbia las aguas, pues al hablar lisa y llanamente de “almacenamiento en forma digital”, sin definir qué es “almacenamiento”, surge la pregunta sobre si dicho vocablo sólo se refiere a reproducciones permanentes o si también incluye reproducciones transitorias hechas en el transcurso de la transmisión.¹¹⁹ Mismo apunte hacen Albert,¹²⁰ Garrote,¹²¹ López Maza¹²² y Nimmer.¹²³

Empero, y además del sentido que se le pueda atribuir a la referida declaración concertada, su valor jurídico ha sido puesto en tela de juicio.¹²⁴ Veamos.

Dentro de las reglas de interpretación de los tratados plasmadas en la Convención de Viena, el artículo 31.2.a indica que para determinar el sen-

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 445 y 446.

¹¹⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 124.

En el mismo sentido, véase López Paniagua, María Elsa, “Internet: desenredando los derechos de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año 1, núm. 1, vol. 1, abril-junio 2001, p. 25; Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2009, p. 140; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, pp. 450 y 451.

De cualquier forma, nos indica Rodríguez Moreno, con base al Convenio de Berna, que los estados podrían incluir una restricción al derecho de explotación relativa al almacenamiento temporal, siempre que se cumpla con la fórmula de los tres pasos. *Cfr.* Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 155.

¹¹⁹ Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 687.

¹²⁰ Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 72, p. 237.

¹²¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 294.

¹²² López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 149.

¹²³ Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 154.

¹²⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 293; y Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 342.

tido de la convención puede acudir a cualquier acuerdo celebrado por todas las partes en relación al tratado.

No creemos que haya duda sobre que la declaración concertada sobre el derecho de reproducción es un acuerdo en relación con el TODA, y que por lo tanto, cumple con uno de los requisitos para poder ser tomado en cuenta para interpretar el referido tratado¹²⁵.

El problema es que la Convención de Viena exige que el acuerdo en relación al tratado lo tomen “todas las partes”, y como vimos, la declaración concertada del TODA relativa a la reproducción, se adoptó sólo por *mayoría*.

Ficsor opina que la expresión “todas las partes” no significa consenso, pues sería contrario al artículo 9.2 de la Convención de Viena considerar que un tratado puede adoptarse por dos terceras partes de los votos, pero que una declaración concertada pueda tomarse sólo por consenso¹²⁶.

Empero, el argumento de Ficsor presenta algunos problemas. En primer lugar, el texto de la Convención de Viena claramente habla de “todas las partes”, y la palabra “todas” es un calificador universal, por lo que gramaticalmente “todas las partes” no es sinónimo de “la mayoría de las partes”. Asimismo, los tratados —incluida la Convención de Viena— deben interpretarse conforme al sentido ordinario de sus palabras, existiendo una cierta precedencia de la interpretación textual.¹²⁷

En segundo lugar, y como certeramente apunta Rogel Vide, una declaración concertada no es lo mismo que un artículo de un tratado, y el TODA nada dice sobre la reproducción.¹²⁸ Es decir, la declaración concertada no forma parte del tratado, y si, precisamente, en el TODA no hay artículo alguno respecto de la facultad de reproducción, es porque los estados parte *no llegaron a un acuerdo* sobre ese tema; por lo que no se puede imponer a los signatarios, vía declaración concertada, un acuerdo que no fue objeto del tratado mismo.

De ahí que resulten acertadas las palabras de Ribera Blanes cuando indica que:

...si durante la tramitación del texto no se pudo lograr una disposición ponderada y aplicable globalmente que afrontara las preocupaciones de los titulares

¹²⁵ En este sentido, Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 446.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 446 y 447.

¹²⁷ Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, 2a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 235.

¹²⁸ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 74, p. 479.

Como bien refiere Garrote: “el derecho de reproducción no se encuentra tratado en el texto final”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 293.

de derechos, de los proveedores de infraestructura y del público en general, con mayor razón debe descartarse que la declaración concertada pueda otorgar la solución definitiva a esta cuestión.¹²⁹

Además, al no existir en el tratado una disposición relativa a la reproducción, no puede utilizarse la declaración concertada para interpretar un *tema ausente* en la convención.

En este sentido, Nimmer estima que la declaración concertada en comento es una anomalía, pues si en el texto del TODA no apareció el proyecto de artículo 7o. u otra disposición relativa a la reproducción, no había materia convencional sobre la cual realizar una declaración concertada.¹³⁰

Incluso, dentro de la propia conferencia diplomática, varias delegaciones opinaron que la declaración concertada no era un instrumento válido para interpretar el TODA,¹³¹ aunado al hecho de que la declaración se adoptó por una mayoría de votos muy artificial, en tanto sólo refleja menos de la tercera parte de las delegaciones con derecho a voto, pues al momento de su adopción muchos delegados ya habían abandonado la sala de conferencias.¹³²

Por lo tanto, se concluye que la declaración concertada no es fuente de derechos, y que no existe todavía un acuerdo en la comunidad internacional sobre la aplicabilidad de la facultad de reproducción a las copias temporales en Internet. Como veremos más adelante, esto ha impactado en la forma en que diversos países han regulado la cuestión.

Como conclusión general de este apartado, podemos destacar que a la transmisión de obras en Internet le aplican simultáneamente la facultad de reproducción y, además, la de comunicación pública.¹³³ Sin embargo, el TODA no resolvió la cuestión de la aplicación de la facultad de reproducción a las reproducciones temporales.¹³⁴

C. *Las restricciones al derecho de explotación*

En materia de las restricciones al derecho de explotación (comúnmente llamadas “limitaciones y excepciones”), los países parte del TODA tenían

¹²⁹ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 34.

¹³⁰ *Cfr.* Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 154.

¹³¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 294.

¹³² *Ibidem*, p. 295; Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 154; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 15.

¹³³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 124 y 125.

¹³⁴ Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 74, p. 479; y Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 156.

dos grandes líneas de acción: por un lado, continuar con el avance en la regulación internacional del tema, y por el otro lado, resolver los diversos retos que la tecnología digital (principalmente Internet) planteaban a esta institución jurídica.

Respecto a la primera línea de acción, el TODA se limitó a consolidar la tendencia de generalizar la aplicación de la regla de los tres pasos a todas las facultades del derecho de explotación (y no sólo a la facultad de reproducción), como ya había sucedido antes en el ADPIC.¹³⁵⁻¹³⁶ Sin embargo, este resultado no fue automático, pues se generó cierto debate sobre el texto de la propuesta básica del TODA, dado que se “argumentaba que podía servir de base a una interpretación demasiado favorable a los intereses de los titulares de derechos”.¹³⁷

En el texto del artículo 12 de la propuesta básica del tratado¹³⁸ se preveía la regla de los tres pasos, pero en términos un poco más restrictivos que los contemplados en el Convenio de Berna y en el ADPIC,¹³⁹ como se aprecia a continuación:

Artículo 12 Limitaciones y excepciones

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

¹³⁵ Moreno Martínez, Juan Antonio, “Límite al derecho de autor por fines educativos”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 397; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 272 y 273; De Oliveira Ascensão, José, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, pp. 93 y 94 (quien considera preocupante tal situación porque quizás no se puedan establecer las restricciones que reclaman las comunicaciones informáticas); Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 390; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 459.

Para más detalles, *cfi supra* capítulo cuarto, subcapítulo VI, número 3, del presente trabajo.

¹³⁶ Además, había el propósito de que la prueba de los tres pasos fuera observada también por países que no formaban parte de la OMC (lo cual iba con dedicatoria a China, Estado que en esa época todavía no se incorporaba a dicho organismo internacional). *Cfi* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 391.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 391 y 392.

¹³⁸ Véase *supra* nota 88 del presente capítulo.

¹³⁹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 22.

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

En particular, destaca la inclusión del vocablo “únicamente”, lo que podía ser visto como una traba adicional a los legisladores nacionales para establecer restricciones al derecho de explotación.¹⁴⁰

Como consecuencia, varios grupos de presión en los EUA lograron que la administración Clinton se opusiera al texto propuesto del artículo 12, y que la delegación de ese país, en la conferencia diplomática de 1996, consiguiera que se suprimiera el adverbio “únicamente”.¹⁴¹ Con esto, los EUA salvaguardaban la doctrina del *fair use*, y se respondía a las objeciones que otras delegaciones opusieron al texto propuesto originalmente.¹⁴²

En el Comité Principal I, la delegación de Dinamarca expresó que no estaba tan segura de la aplicación de la regla de los tres pasos en el entorno digital, dado que surgió en 1967 ante el fenómeno del fotocopiado, además de que debía reiterarse la importancia de las restricciones al derecho de explotación, para que el tratado no se convirtiera en una camisa de fuerza para las restricciones existentes y que pretendían salvaguardar valores sociales como la educación, la ciencia, la investigación, etcétera, por lo que los daneses propusieron una declaración concertada sobre el particular. Postura similar manifestó la India.¹⁴³

Una consecuencia de ese debate, fue la conclusión adoptada en la conferencia diplomática en el sentido de que se debía mantener una exigencia alta en cuanto al *control de las restricciones* al derecho de explotación, aunque no de una forma tal que permitiera la preponderancia absoluta de los intereses de los titulares de ese derecho.¹⁴⁴ Uno de los frutos de esa convicción, fue que en el preámbulo del TODA se incluyera la siguiente declaración:

¹⁴⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 392; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 22.

¹⁴¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 351; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 392; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 26.

¹⁴² Senfileben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 96 y 97; y Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 40 Bis”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 679.

¹⁴³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 353.

¹⁴⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 393; y Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 24.

Las Partes Contratantes,

[...].

Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna,

Con tal afirmación, se matizaba la corriente mercantilista que impregnó el ADPIC, como nos ilustran las siguientes palabras de Garrote:

La importancia de dicho Preámbulo es sin duda grande, pues marca una corrección a la tendencia que existe en el derecho de autor internacional —plasmada en los ADPIC— de poner toda la regulación de la propiedad intelectual al servicio de los intereses comerciales, dejando en un segundo plano otras consideraciones. El Preámbulo del TDA vuelve de esta manera a la tradición de Berna, que señala la necesidad de llegar en todo momento a un equilibrio adecuado.¹⁴⁵

Mientras que Pamela Samuelson afirmó: “This new preamble provision represents a major development in international copyright policy”.¹⁴⁶ Inclusive, como bien afirman Hugenholtz y Okediji, esa apelación al equilibrio debe ser un *criterio de interpretación* del TODA en materia de restricciones al derecho de explotación.¹⁴⁷

De esa manera, y luego del debate, el texto que se acordó y aprobó para el TODA fue el siguiente (quedando como el artículo 10 de dicho convenio):

Es así que afirma Senftleben: “Not surprisingly, the concern about sufficient breathing space for socially valuable ends played a decisive role in the deliberations concerning limitations. The Minutes of Main Committee I mirror the determination to shelter exemptions”. Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 96.

¹⁴⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 393 y 394.

Coincide, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 77.

¹⁴⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 28.

Cabe destacar que dicho preámbulo habla de los “derechos” de los autores y de los “intereses” del público, lo cual no significa que los segundos, por no estar denominados como “derechos”, sean inferiores a los primeros. En este sentido, Kur indica: “in an ordinary understanding, the juxta-position of ‘rights’ and ‘interests’ does not convey the message that the latter are generally inferior to the former. The use of different terms rather serves to denote the ‘technical’ fact that the former are specifically regulated, while the latter notion is broader than that”. Kur, Annette, “Of oceans, islands and inland water – how much room for exceptions and limitations under the three-step test?”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-04, Alemania, 2008, p. 47.

¹⁴⁷ Hugenholtz, 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.

Artículo 10 Limitaciones y excepciones

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

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

Como se aprecia, el primer párrafo se refiere a la posibilidad de restringir los derechos concedidos por el TODA (como por ejemplo, el de distribución), mientras que el segundo párrafo se refiere a los derechos concedidos por el Convenio de Berna (como el de reproducción).¹⁴⁸ Sin embargo, el resultado final, según advierte Ficsor, es que la regla de los tres pasos aplica para todos los derechos de explotación.¹⁴⁹

La segunda línea de acción sobre las restricciones en el TODA implicaba, a su vez, dos grandes temas: *a)* la adaptación de las restricciones existentes al entorno digital y la creación de nuevas restricciones, y *b)* la interrelación de entre las medidas tecnológicas de protección y las restricciones. Este último tema lo abordamos en el siguiente apartado, por lo que a continuación nos enfocaremos al tema *a)*.

Previo a la conferencia diplomática de 1996, se generó un debate sobre el papel de las restricciones al derecho de explotación en el entorno digital (el cual todavía perdura), planteándose posturas a favor de la preservación, e incluso ampliación, de las restricciones en Internet, como posturas que buscan su disminución o desaparición en la red, dado que la tecnología digital nos brinda la posibilidad de controlar los usos de las obras.¹⁵⁰

Como se aprecia de la lectura del artículo 10 del TODA, dicha disposición no menciona nada sobre Internet. Empero, esto se debe a que su

¹⁴⁸ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 679; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 141 y 142; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 460.

¹⁴⁹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 518.

Véase también Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 159; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 679; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 282.

¹⁵⁰ Hugenholtz, Bernt, "Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?", Ponencia presentada en la conferencia IFLA/IMPRIAMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, pp. 10 y 11; y Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 181.

redacción es tecnológicamente neutral, pues no sólo busca que la regla de los tres pasos se use al momento de definir restricciones para utilizaciones en Internet, sino en general, para cualquier clase de tecnologías, conocidas y por conocerse.¹⁵¹

Sin embargo, para no dejar en el aire la cuestión relativa a la adaptación de las restricciones existentes al entorno digital y la creación de nuevas restricciones, las partes acordaron la siguiente *declaración concertada* en relación con el artículo 10 del TODA, donde se refieren a ese punto en particular:

Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Esta parece una postura razonable, aunque se deja la cuestión al escrutinio de la regla de los tres pasos,¹⁵² con todos los problemas que eso puede implicar. Sobre tal declaración concertada, nos ilustra Garrote:

Es decir, se prevé expresamente que se pueden crear nuevas “excepciones Internet”, claro está, dentro de los límites del artículo 10.2 del TDA y en concreto de la prueba de las tres fases. También es posible mantener las excepciones existentes en las leyes nacionales en el nuevo entorno digital, señaladamente en el caso de la copia privada digital.¹⁵³

¹⁵¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 520.

¹⁵² *Idem*; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 340; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 282; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 273; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 144; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 79; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 363; Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 36; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 461.

¹⁵³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 395.

De estas nuevas “excepciones Internet”, Ficsor considera que la más obvia es la relativa a las reproducciones técnicas necesarias para las transmisiones en la red, pero irrelevantes por sí mismas como actos de explotación. *Cfr.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 520 y 521.

En igual sentido se pronuncia Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 160.

En tal tenor, Lucas considera que esto abre las puertas a la ampliación de las restricciones en favor de los usuarios de obras.¹⁵⁴ Además, dicha declaración concertada se derivó del hecho de que, en la conferencia diplomática, no hubo consenso sobre la inclusión de alguna restricción en particular.¹⁵⁵

En conclusión, y coincidiendo con López Maza, podemos afirmar que el TODA se aleja de la postura neoclásica o maximalista de los derechos de autor (que no ve con buenos ojos las restricciones al derecho de explotación),¹⁵⁶ de manera que “las limitaciones no se cuestionan en absoluto y su razón de ser está claramente reafirmada”;¹⁵⁷ razón de ser que no es reducida, por ese tratado, únicamente a intereses económicos, sino que comprende la educación, la investigación y el acceso a la información, como se lee en su preámbulo.

D. *Las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos*

Uno de los temas más controvertidos en los últimos tiempos es la tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección, misma que se consolidó, por primera vez en el ámbito internacional, a través del TODA.

Previo a la conferencia diplomática de Ginebra, se reconoció la necesidad de lograr el respeto a los derechos de autor, no sólo a través de los ordenamientos jurídicos, sino usando también mecanismos tecnológicos que impidieran la violación a esos derechos (por ejemplo, las medidas anticopias).¹⁵⁸

Antes de entrar de lleno a las disposiciones del TODA, es conveniente repasar algunas nociones elementales sobre las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos.

En términos llanos, se suele decir que una medida tecnológica de protección es un “candado” digital para el acceso y/o uso de obras. En este sentido, Velázquez Vértiz nos explica que las medidas tecnológicas de protección son

Sobre el tema de la adaptación de las restricciones tradicionales en el marco de Internet, véase Belloso 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. 113.

¹⁵⁴ Lucas, André, *op. cit.*, nota 95, p. 7.

¹⁵⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 143.

¹⁵⁶ *Cf.* *infra* el subcapítulo IV, número 1.

¹⁵⁷ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 78.

¹⁵⁸ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 160.

“dispositivos o sistemas que se instalan en las obras en formato digital para restringir el acceso, uso, edición o reproducción no autorizada de la obra”.¹⁵⁹ Se trata, como apunta Antequera Parilli, de mecanismos de autotutela.¹⁶⁰

Dichas medidas tecnológicas de protección tienen dos finalidades: *a)* impedir la explotación no autorizada de obras por parte de terceros, y *b)* impedir que los legítimos usuarios de las obras utilicen estas en términos diferentes a los señalados en la respectiva licencia.¹⁶¹

Hay diversos criterios para clasificar las medidas tecnológicas de protección,¹⁶² por ejemplo, aquel que distingue entre medidas que sirven para prevenir violación a derechos de autor (dispositivos anticopia, códigos de acceso o contraseñas, sobres digitales de encriptación de obras, etcétera) y medidas que entran en juego una vez cometida la infracción (como los agentes o programas araña, que rastrean sitios web que ponen obras a disposición del público en forma no autorizada); o el que distingue entre medidas que controlan el acceso a la obra y las que controlan sus usos posteriores (reproducciones y/o comunicaciones públicas).¹⁶³ Este último es el que nos será de mayor utilidad en el presente estudio.

No resulta difícil ver las razones por las que las medidas tecnológicas de protección se convirtieron en un tema relevante en materia de derechos de autor, ya que, como explica López Richart: “Ante los riesgos que las nuevas tecnologías representaban para los derechos de autor y derechos afines, pronto irrumpió con fuerza la idea de que la tecnología no sólo estaba en el origen del problema, sino que podía ayudar a solucionarlo”.¹⁶⁴

Las medidas tecnológicas de protección han cambiado los controles que los autores y titulares de derechos tenían sobre las obras, pues, junto con la contratación electrónica, reducen los costos de transacción para autorizar el uso de obras en línea, además de que, en principio, suponen un poder abso-

¹⁵⁹ 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. 167.

Cfr. también, Bitan, Hubert, *Droit des créations immatérielles*, Francia, Lamy, 2010, p. 228.

¹⁶⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 382.

¹⁶¹ López-Tarruella Martínez, Aurelio, “Dimensión internacional de la relación entre sistemas DRM, las excepciones al derecho de exclusividad y los derechos de los usuarios. Aspectos de derecho aplicable”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 287 y 288.

¹⁶² Para ver varios de estos criterios, *cfr.* Velázquez Vértiz, Sergio, *Protección de las obras autorales en formato digital*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, p. 64; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 158 y ss.

¹⁶³ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 505-507.

¹⁶⁴ López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 189.

luto en términos fácticos, ya que se puede controlar tanto el acceso como el simple uso de las obras, incluyendo su mera lectura o audición (lo que suele estar fuera del ámbito de protección del derecho de explotación).¹⁶⁵

Esto, desde luego, implica un beneficio para los autores y las industrias culturales, en tanto permite un mejor control sobre las obras y, por ende, la obtención de mayores beneficios económicos. Es decir, las medidas tecnológicas posibilitan una mejor explotación de las obras.¹⁶⁶

Pero por otro lado, las medidas tecnológicas de protección generan diversos inconvenientes, por ejemplo, pueden ser un mecanismo para controlar e impedir la difusión de obras del dominio público,¹⁶⁷ para controlar la comunicación privada de obras¹⁶⁸ (cuando sabemos que el derecho de explotación sólo cubre la comunicación pública), para impedir que el usuario realice alguna conducta permitida por una restricción al derecho de explotación,¹⁶⁹ e incluso, para obligar a las personas a mirar contenidos que no desean ver

¹⁶⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 499 a 501; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 41; De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 278.

¹⁶⁶ Lucchi, Nicola, *Digital media and intellectual property*, Alemania, Springer, 2006, p. 63.

Véase también, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 96, p. 281; Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 79; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 373; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 118, p. 142.

¹⁶⁷ Samuelson, Pamela, “DRM {and, or, vs.} the law”, *Communications of the Association of Computing Machinery*, EUA, vol. 46, núm. 4, abril 2003, p. 42; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 120; Geiger, Christophe, “Author’s rights, copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)”, en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 35; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 106; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 197; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 166, p. 79.

¹⁶⁸ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 167, p. 42.

¹⁶⁹ Carboni, Guilherme, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 446; López Sánchez, Cristina, “La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 278; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, pp. 111 y 112; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 96, p. 1467; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 166, pp. 79 y 80; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 104; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 120; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 118, pp. 142 y 143; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 195; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 167, p. 42; Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford University Press, 2010, p. 255.

Al referirse a los límites (en sentido amplio) de los derechos de autor y su interacción con las medidas tecnológicas, Lessig indica: “Code displaces the balance in copyright law and doctrines such as fair use”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 135.

(como anuncios comerciales o avisos legales).¹⁷⁰ Tales cuestiones pueden llegar a ser contrarias al derecho a la información,¹⁷¹ y romper el equilibrio entre los intereses de autores y los intereses de usuarios.¹⁷² Asimismo, las medidas tecnológicas de protección pueden plantear diversas interrogantes desde el punto de vista de la tutela jurídica a los consumidores.¹⁷³

Esto nos demuestra por qué el tema de las medidas tecnológicas de protección es tan polémico, y por qué existe un debate muy radicalizado tanto a favor como en contra de su empleo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que se planteó (y al final se aceptó) es el sancionar a quien eluda una medida tecnológica de protección.¹⁷⁴ Es decir, se trata de un reconocimiento y *tutela jurídica* a una *medida fáctica* de defensa.

Esto se debe, a decir de Lessig, a que, actualmente, el código es una forma de protección de la propiedad intelectual, que irá desplazando al derecho como la principal defensa en Internet, afirmándonos que se está cambiando el “derecho público” por “bardas privadas”.¹⁷⁵ Así, las medidas fácticas de protección tienen una relevancia que buscó reforzarse jurídicamente,¹⁷⁶

¹⁷⁰ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 167, p. 42.

¹⁷¹ Samuelson, Pamela, “Copyright, commodification, and censorship: past as prologue – but to what future?”, en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 75.

¹⁷² Dusollier, Séverine, “Tipping the scale in favor of the rights holders: the European anti-circumvention provisions”, en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Springer, 2003, p. 470 (quien también considera que las medidas tecnológicas de protección pueden afectar los usos permitidos por una restricción al derecho de explotación).

¹⁷³ Cabedo Serna, Llanos, “Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 67; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 167, p. 44; López-Tarruella Martínez, Aurelio, *op. cit.*, nota 161, p. 289.

¹⁷⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 503; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 73, p. 844; Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 488; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 87, p. 286.

El hecho de que se haya tenido que regular jurídicamente la elusión de medidas tecnológicas de protección, es un reconocimiento de que dichas medidas no son infalibles. *Cfr.* Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *Digital rights management. Business and technology*, Nueva York, M&T Books, 2002, p. 49.

¹⁷⁵ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 126.

Por lo que este autor indica: “This is the future of copyright law: not so much copyright law as copyright code” (énfasis en el original). Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 152.

En términos similares, *cf.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 116.

¹⁷⁶ Bien dice Silke Von Lewinski respecto de las medidas tecnológicas de protección: “Unlike minimum rights, they do not grant any direct protection against unauthorized uses,

por lo que no estamos frente a un derecho de autor, sino más bien, ante un “para-derecho de autor” o “*paracopyright*”.¹⁷⁷

De esta forma, se busca un triple nivel de protección: primero la obra estaría protegida por derechos de autor; en un segundo nivel, aplicar la medida tecnológica genera también cierta protección, aunque en este caso la tutela es fáctica; y, en el tercer nivel, regresamos a la tutela jurídica, sancionando a quienes eludan las medidas fácticas de protección.¹⁷⁸

Por lo que se refiere a la información sobre gestión de derechos, se trata de sistemas que facilitan el pago y uso de obras, teniendo varias funciones básicas, de las que destacan: asegurar la confidencialidad de la transacción, identificar las obras en cuestión, identificar a las partes intervinientes en la transacción, etcétera.¹⁷⁹

Pues bien, tanto el tema de las medidas tecnológicas de protección como el de la información sobre gestión de derechos, fueron materia de las discusiones de la conferencia diplomática que desembocó en el TODA. Analizaremos primero lo relativo a las medidas tecnológicas de protección, para pasar luego a lo relativo a la información sobre gestión de derechos.

Un primer punto debatido se refería a si era necesario regular jurídicamente las medidas tecnológicas de protección, pues se temía que por esa vía no sólo se protegieran las obras, sino también se controlara el acceso a las informaciones y a las ideas contenidas en las obras (lo que, como sabemos, no se protege por derechos de autor). Al final se llegó al consenso de que era necesaria tal regulación.¹⁸⁰

Otro punto de discusión fue el relativo a la compaginación del sistema de protección tecnológica de obras y las restricciones al derecho de explotación.¹⁸¹

but aim at indirectly serve the enforcement of minimum rights”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 462.

Cfr. también Dussolier, Séverine, y Strowel, Alain, “La protección legal de los sistemas tecnológicos”, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 28; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 6.

¹⁷⁷ Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 186.

¹⁷⁸ Bitan, Hubert, *op. cit.*, nota 159, p. 235.

Cfr. También Senftleben, Martin, “Overprotection and protection overlaps in intellectual property law – the need for horizontal fair use defences”, en Kur, Anette, y Mizaras, Vytautas (coords.), *The structure of intellectual property law. One size fit all?*, Reino Unido, Edward Elgar, 2011, p. 137.

¹⁷⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 511.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 515.

¹⁸¹ *Idem*.

También hubo debate sobre si lo que se debía regular eran los actos de elusión o los aparatos que permitieran tal elusión.¹⁸²

En la propuesta básica del TODA, el tema fue tratado con una disposición imprecisa y poco clara,¹⁸³ que presentaba el riesgo de disminuir la eficacia de las restricciones al derecho de explotación (como apuntaron, entre otras delegaciones, las de Reino Unido, Noruega, Canadá y Australia), y además, hacia responsable de la elusión de las medidas tecnológicas de protección a los fabricantes de los equipos que se utilizaran con tal fin, lo que generó protestas de países como Japón. También hubo oposición del bloque africano, para quienes el texto propuesto era muy exigente, pues se hablaba de que los aparatos tuvieran el “principal propósito u objeto” de eludir las medidas y tales países proponían proteger sólo las medidas tecnológicas que tuvieran como “único propósito” la mencionada elusión.¹⁸⁴ Como consecuencia, el texto de la propuesta básica fue desechado por otro más equilibrado, el cual terminó incorporándose al TODA como artículo 11, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 11 Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

¹⁸² *Ibidem*, p. 516.

¹⁸³ El artículo 13 de dicho proyecto, decía así:

“1) Las Partes Contratantes declararán ilícita la importación, manufactura o distribución de dispositivos que menoscaben la protección, o la oferta o prestación de cualquier servicio con el mismo efecto, por cualquier persona que sepa o tenga bases razonables para saber que el dispositivo o servicio será utilizado para el ejercicio de los derechos previstos en el presente Tratado, o en el transcurso de dicho ejercicio, que no esté autorizado por el titular del derecho o por la ley.

2) Las Partes Contratantes establecerán los recursos adecuados y eficaces contra los actos ilícitos mencionados en el párrafo 1).

3) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “dispositivo que menoscabe la protección” cualquier dispositivo, producto o componente incorporado en un dispositivo o producto cuyo principal propósito o efecto sea eludir todo procedimiento, tratamiento, mecanismo o sistema que impida o inhiba cualquiera de los actos cubiertos por los derechos establecidos en virtud del presente Tratado”.

¹⁸⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 398 y ss.; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 516-519; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 33; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 463.

Si bien dicho texto es, hasta cierto punto, vago, ese fue el propósito, ya que se buscó que los signatarios de TODA puedan definir y delimitar libremente el alcance de la protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección.¹⁸⁵

Además, como se deriva de la disposición transcrita, los estados no tienen la obligación de imponer el uso forzoso de las medidas tecnológicas de protección, sino que su uso es facultativo para los titulares de derechos.¹⁸⁶

Más bien, y como se desprende del texto del artículo 11 citado, los estados tienen la obligación de proporcionar “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos”, lo que por muchos ha sido entendida como una protección por la vía del derecho penal,¹⁸⁷ pero dada la redacción de esa disposición —que nunca califica el tipo de protección y recurso jurídico que deben implementarse— y las negociaciones del propio tratado, se colige, que cada país es libre de elegir la vía civil, penal y/o administrativa.¹⁸⁸

El propio TODA establece que lo que debe prohibirse es la “acción de eludir medidas tecnológicas”. Dada la laxa redacción, esa elusión puede hacerse tanto mediante un *hardware* (por ejemplo, poner dispositivos o chips a computadoras) o un *software* (utilizar un programa de cómputo para deshabilitar la protección tecnológica), y aplica tanto a medidas tecnológicas que controlan el acceso a obras como las que controlan su uso.¹⁸⁹ Empero, dicho tratado no impone obligación alguna de sancionar los llamados actos

¹⁸⁵ Tian, Yijun, *Re-thinking intellectual property*, Nueva York, Routledge Cavendish, 2009, p. 217; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 6; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 58; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 106, p. 39; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 118, p. 143; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 171.

Por tal razón, Cornish y Llewelyn estiman que el TODA es sólo un primer paso en la materia, véase Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 73, p. 845.

¹⁸⁶ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 462.

¹⁸⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 213; y Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 550 (para quien también es indispensable la vía civil).

Esta postura probablemente encuentre sustento en el hecho de que la propuesta básica del TODA, en el comentario a su artículo 13, haya señalado que sus disposiciones son más afines a las obligaciones de derecho público (particularmente, derecho penal) que a las disposiciones del derecho intelectual. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 522.

¹⁸⁸ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 171; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 522 (quien sólo habla de protección civil o penal, omitiendo la administrativa); Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 392; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 465.

De hecho, en la propuesta básica del TODA, el comité de expertos a su cargo, señaló que los países deberían tener libertad para elegir los remedios de acuerdo a su propia tradición jurídica.

¹⁸⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 146; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 161.

preparatorios a la elusión, como lo pueden ser el fabricar o comercializar dispositivos cuyo propósito sea esa elusión.¹⁹⁰

Además, existe el requisito de que la medida tecnológica sea *efectiva*, lo cual no debe interpretarse como sinónimo de “infranqueable”, dado que la propia tecnología hace factible la elusión.¹⁹¹ En realidad, el requisito de efectividad significa que la medida, por sí misma o en el curso normal de sus funciones, es suficiente para impedir el acceso o uso de la obra, es decir, que personas sin conocimientos técnicos no puedan, por ellas mismas, evadir las medidas.¹⁹² De igual forma, el requisito de efectividad busca que no se sancione la elusión de medidas que no funcionan bien o que interfieren con las actividades normales de un aparato.¹⁹³

Asimismo, el TODA exige que la medida tecnológica sea utilizada por los autores y en relación con cualquier derecho protegido por el Convenio de Berna o por el propio TODA. Muchos le han dado una interpretación amplia a este artículo, para entender que el uso de la medida tecnológica puede hacerse tanto por el autor, propiamente dicho, como por el titular de derechos.¹⁹⁴ De esta forma, las medidas tecnológicas de protección implementadas por persona diferente al titular de algún derecho de autor, no pueden beneficiarse de la referida protección jurídica, como tampoco lo puede hacer el titular de derechos de autor si la medida tecnológica no tiene relación alguna con los derechos de autor (por ejemplo, para impedir el acceso a algo no protegido por esta clase de derechos).¹⁹⁵ De igual forma, la referencia a cualquier derecho protegido por Berna o por el TODA, nos permite concluir que las medidas tecnológicas de protección también tienen cabida —y tutela jurídica— tratándose de derechos morales (por ejemplo, para impedir la modificación a una obra o la remoción del nombre del autor).

Finalmente, la disposición en glosa sólo otorga protección jurídica a las medidas que restrinjan actos que: (a) no han sido autorizados por los autores (actos no licenciados), o (b) no estén permitidos por la ley (por ejemplo, a

¹⁹⁰ López-Tarruella Martínez, Aurelio, *op. cit.*, nota 161, p. 288.

¹⁹¹ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 545; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 189; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 29; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 463.

¹⁹² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 189; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 170; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 464.

En este sentido, Garrote explica que no se protege toda medida tecnológica, sino sólo las medidas que pueden ser eludidas conscientemente, pues las que se eludan accidentalmente, carecen de tutela. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 520.

¹⁹³ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 463.

¹⁹⁴ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 547; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 520; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 170.

¹⁹⁵ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 171.

través de una restricción al derecho de explotación). Mientras que para Ficsor esto es obvio,¹⁹⁶ nosotros lo consideramos como un componente normativo muy atinado, sobre todo para impedir que se sancione jurídicamente a alguien que eluda una medida tecnológica de protección para realizar una conducta amparada por una restricción al derecho de explotación o que eluda esa medida para acceder a una obra del dominio público.

En este sentido, explica Sofía Rodríguez:

Así pues, tratándose de los actos que hacen parte de los usos permitidos con base a las excepciones al derecho de autor, no sería un acto elusivo de medidas tecnológicas —sancionable, podríamos agregar a lo dicho por Rodríguez— el tendente a acceder a una obra para fines de educación o de docencia, por ejemplo.¹⁹⁷

Por otro lado, como se observa, el artículo 11 del TODA no da respuesta expresa a uno de los temas más discutidos respecto de la tutela de las medidas tecnológicas de protección: su relación con las restricciones al derecho de explotación. Esto en virtud de que se debate si las medidas tecnológicas de protección deberían permitir la realización de actos autorizados por las restricciones a los derechos de explotación.¹⁹⁸ Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras de Dussolier y Strowel:

La cuestión de la interferencia de las excepciones al derecho de autor y sus limitaciones, así como de la protección jurídica de las medidas tecnológicas, es uno de los aspectos más complejos del tema. Está claro que una medida tecnológica puede, por definición, restringir de forma importante la capacidad del usuario de llevar a cabo los actos permitidos en virtud de una excepción legal bloqueando el acceso a una obra o impidiendo la realización de un acto sujeto a la autorización del autor. Si, como consecuencia del uso de una medida tecnológica de protección, el usuario no puede citar la obra, hacer una copia privada de ella, utilizarla con fines educativos o informativos, existe el riesgo de que el alcance de estas excepciones en el mundo digital se reduzca en gran medida.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 548.

¹⁹⁷ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 162.

En el mismo sentido, De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 281; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 521 y 522; Gervais, Daniel, “Epilogue: a TRIPS implementation toolbox”, en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 537; Tian, YiJun, *op. cit.*, nota 185, p. 217; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 464.

¹⁹⁸ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 557; Kakungulu-Mayambala, Ronald, *op. cit.*, nota 106, p. 39; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 31.

¹⁹⁹ Dussolier, Séverine, y Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 176, p. 30.

La solución que a menudo se presenta para este problema, es dar a las restricciones al derecho de exploración un carácter imperativo que los contratos y las medidas tecnológicas no puedan derogar.²⁰⁰ Esto, desde luego, es compatible con el TODA (pero no es una obligación derivada de tal tratado).

Además, no obstante, esta solución es imperfecta. Es cierto que la tecnología es ciega y reacciona sólo en función de la demanda de actos tecnológicos como son una copia, una impresión, un envío, una lectura o un acceso, pero no puede reconocer el marco en el que se efectúa dicho acto. Unas medidas tecnológicas similares son incapaces de analizar y reconocer las condiciones, a menudo subjetivas, que plantea el ejercicio de una restricción.²⁰¹ Como veremos más adelante, no basta que el derecho permita realizar ciertas conductas, es necesario que los usuarios tengan los medios para poder hacer lo que la norma jurídica les permite.

En general, y sin soslayar que el TODA no resuelve el problema que acabamos de apuntar, dicho acuerdo internacional ha sido calificado como aceptable en el tema de las medidas tecnológicas de protección, según nos refiere Garrote:

La flexibilidad de la norma, su carácter mínimo, y el hecho de que se recogiera la posibilidad de realizar actos de elusión cuando la ley lo permitiera ha provocado que los autores más moderados y defensores del equilibrio entre los derechos de los autores y los usuarios mostrasen su satisfacción por el texto final del TDA, en contraposición al carácter más restrictivo y favorable a los intereses de los titulares del Proyecto del artículo 13.²⁰²

En igual tónica, Samuelson estima que el TODA logra un marco jurídico simple, consistente, minimalista y predecible, que sirve para promover el comercio global en productos y servicios relativos a la información electrónica.²⁰³

Pasemos ahora al segundo tema del presente apartado: la protección de la información sobre gestión de derechos.

La propuesta básica del TODA²⁰⁴ contemplaba, en su artículo 14, cierta protección a la información sobre gestión de derechos, la cual era de-

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 31.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 522 y 523.

²⁰³ Samuelson, Pamela, "Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 44 (el numerado de las páginas corresponde la versión en línea, consultada en <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson.pdf>, septiembre de 2009).

²⁰⁴ Véase *supra* nota 88 del presente capítulo.

finida como la “que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, y todo número o código que represente tal información”. Se establecía que debían declararse ilícitos los actos, ya sea de supresión o alteración no autorizada de esa información, así como la difusión no autorizada de copias de obras en donde la información esté suprimida o alterada, siempre que esas conductas se realizaran con “conocimiento de causa”.

Tal propuesta fue objeto de oposición por diversas delegaciones en la conferencia diplomática de 1996, las cuales advirtieron que los actos de supresión o modificación de información, no debían prohibirse en abstracto, sino que habría que señalarse que, necesariamente, deberían de tener como propósito la violación de derechos de autor.²⁰⁵ Como consecuencia, el texto que se incluyó en el TODA fue el siguiente:

Artículo 12

Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

(1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

(i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

(2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.

En los incisos (i) y (ii) se aprecian dos conductas sancionables: la primera, relativa a cualquier alteración o supresión de la información; la segunda,

²⁰⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 400-403; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 524.

consistente en la difusión de copias de obras con información suprimida o alterada.²⁰⁶

El TODA obliga a las partes a proporcionar recursos jurídicos efectivos, tanto en la vía penal (exigiendo como elemento típico que el sujeto sepa sobre la afectación a la información) como en la civil (en donde sólo basta que el sujeto tenga motivos razonables para saber de la afectación a la información, pero no que tenga conocimiento efectivo).²⁰⁷ Esos requisitos subjetivos tienen el propósito evitar que se considerara ilícito difundir obras cuya información se encontrara desactualizada o fuese incorrecta, como por ejemplo, en caso de que se hubiera verificado un cambio en la titularidad de los respectivos derechos. Por eso, debe existir el conocimiento de que la información es incorrecta, y además, debe existir el propósito de violar derechos de autor, pues la mera modificación o supresión de la información (así como la correlativa difusión de obras) no es ilícita si no se persigue ese fin de violentar derechos autorales.²⁰⁸

Además, el tratado exige que las dos clases de conductas sancionables se realicen sin autorización, ya de los titulares de los derechos, ya, incluso, de la propia ley, aunque parece poco probable esta última hipótesis, pues como afirma Garrote, no es necesario suprimir o alterar la información sobre gestión de derechos para que pueda operar alguna restricción al derecho de explotación.²⁰⁹

Finalmente, en relación con el artículo 12 del TODA se adoptó una declaración concertada, para aclarar que el propósito de violar derechos al afectar la información, se refiere tanto a los derechos de explotación como a los de simple remuneración;²¹⁰ así como para dejar en claro que el artículo en comento no contiene ningún formalismo que deba observarse para que las obras queden protegidas (pues eso iría en contra de la máxima de protección automática y ausencia de formalidades prevista en el Convenio de Berna).

Una vez estudiada la respuesta que el derecho internacional de los derechos de autor dio al fenómeno de Internet, veamos qué ha sucedido en el ámbito nacional de los principales impulsores de la agenda digital (EUA y la Unión Europea) y de México.

²⁰⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 524, y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 163.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 525.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 526.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 525.

²¹⁰ Sobre la distinción entre derechos de explotación y derechos de remuneración, *cf.* *supra* capítulo segundo, subcapítulo V, número 3, del presente trabajo.

3. La respuesta de los Estados Unidos de América

Frente al fenómeno de Internet, fueron los EUA quienes tomaron la iniciativa para resolver los principales retos en materia de derechos de autor. Como se verá a continuación, la respuesta de ese país tiene un marcado —y controvertido— enfoque comercial.

Cuando William Clinton llegó a la presidencia de los EUA, creó un grupo de trabajo (la *Information Infrastructure Task Force*) para formular las políticas gubernamentales en relación a la entonces conocida como “supercarretera de la información”. A su vez, dentro de ese colectivo, se creó otro grupo de trabajo en materia de propiedad intelectual, conocido como el Grupo de Trabajo Lehman, pues fue encabezado por Bruce Lehman, director de la Oficina de Patentes y Marcas de nuestro vecino del norte.²¹¹

Luego de que en 1993 se hicieran una serie de consultas a los líderes de las industrias de la información y del entretenimiento sobre sus necesidades para poder invertir en Internet, el Grupo Lehman expidió, en julio de 1994, un *Libro Verde* que contenía un análisis preliminar sobre la cuestión del *copyright* en la red. Este documento reflejaba las posturas de las industrias consultadas, y sustentaba la tesis de que las obras eran reproducidas en Internet incluso a través de la memoria RAM de las computadoras. Asimismo, el *Libro Verde* calificó a las transmisiones en línea como actos de distribución (aunque propuso reformar la ley para que no aplicara la doctrina del agotamiento del derecho), y además sugirió que estuvieran prohibidas las conductas de elusión de las medidas tecnológicas de protección.²¹² El argumento principal del Grupo Lehman era que, a menos de que se concedieran amplios derechos a las industrias de contenidos, estas no pondrían a disposición sus obras en Internet.²¹³

Sin embargo, el contenido del *Libro Verde* fue ampliamente criticado y generó mucha polémica, lo que evidenció que las políticas que estaba generando la administración Clinton, se enfrentarían a varios obstáculos.²¹⁴

El siguiente paso del gobierno de los EUA sería emitir un reporte final sobre la cuestión, el que se conoció como *Libro Blanco*, y al cual dedicamos el siguiente apartado.

²¹¹ Litman, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001, p. 90.

²¹² Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Pretince Hall, 2005, p. 120; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, pp. 90-93; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 7; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 84.

²¹³ Benkler, Yochai, *The wealth of networks. How social production transforms market and freedom*, EUA, Yale University Press, 2006, p. 413; y Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 93.

²¹⁴ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 93.

A. *El Libro Blanco*

En septiembre de 1995 el gobierno estadounidense expidió el *Libro Blanco*, importante documento que contiene el informe final sobre el tema de la Internet y el *copyright*, y que establecería las directrices que habrían de seguir las políticas de los EUA.

Al igual que su predecesor (*Libro Verde*), el *Libro Blanco* se inclinaba por el fortalecimiento de los derechos de las industrias de la información y del entretenimiento, aunque la postura principal era hacer cambios mínimos en la ley, argumentando que esta ya protegía en amplios términos a los proveedores de contenidos. Por consiguiente, dicho documento interpretaba cualquier ambigüedad en la ley a favor del titular de los derechos.²¹⁵

Uno de los puntos torales del *Libro Blanco* era el determinar que *cualquier* uso de una obra en formato digital necesitaba hacerse bajo una autorización (de la ley o del titular del derecho, según el caso), pues los simples actos de ver, escuchar o leer una obra implican una reproducción de la misma en la memoria de la computadora, lo cual está amparado por el derecho o facultad de reproducción.²¹⁶

Dentro de las pocas reformas legales que sugería el *Libro Blanco* destacan el calificar expresamente como actos de distribución a las transmisiones por Internet (además de señalar que el agotamiento del derecho o doctrina de la primera venta no aplicaría en estos casos²¹⁷),²¹⁸ y el prohibir cualquier mecanismo o servicio cuyo propósito fuera la elusión de medidas tecnológicas de protección.²¹⁹

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

Como bien afirma Garrote: “Es recurrente en la doctrina crítica con el White Paper la referencia a que en su elaboración se reflejan con gran generosidad las preocupaciones y aspiraciones de la industria dejando a un lado, al menos en forma parcial, el interés de los usuarios”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 187.

Véase también, Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 126.

²¹⁶ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 95.

²¹⁷ Pues de lo contrario, y bajo esta peculiar caracterización de las transmisiones como distribuciones, la primera transmisión en línea de la obra agotaría el derecho exclusivo, y las siguientes transmisiones no requerirían autorización.

²¹⁸ Un antecedente de esto derecho de “distribución digital” lo podemos encontrar en la *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995.

²¹⁹ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, pp. 95 y 96; Fisher III, William, “Legal regulation of digital media”, videoconferencia contenida en el DVD *Internet law program*, EUA, Universidad de Harvard, grabada el 6 de febrero de 2004; Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 24, pp. 167 y 171; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 84.

El *Libro Blanco* generó muchas críticas,²²⁰ las cuales se pueden resumir en la siguiente frase: se buscaba exagerar el alcance de los derechos exclusivos mientras se disminuían los derechos de los usuarios.²²¹ En efecto, siguiendo la visión propia del análisis económico del *copyright* de la escuela de Chicago, el *Libro Blanco* pretendía minimizar el *fair use*, ya que tal postura busca que esa figura sólo aplique cuando no se puede licenciar directamente la obra, lo que no acontece en Internet donde, teóricamente, cualquier uso puede sujetarse a una licencia.²²²

No obstante las críticas, para finales de 1995, se presentaron un par de iniciativas de ley ante el Congreso de EUA con el fin de adoptar las propuestas del *Libro Blanco*. Empero, a pesar de la confianza de Bruce Lehman (quien predijo que las leyes se aprobarían antes de la primavera de 1996), se generó una fuerte oposición por parte de bibliotecas, prestadores de servicios de Internet, organizaciones de consumidores, compañías telefónicas, grupos de libertades civiles en Internet y profesores de derecho, entre otros.²²³

Dada la movilización en contra de las propuestas legislativas, estas seguían congeladas y sin aprobarse para el verano de 1996.²²⁴

Curiosamente, la excesiva confianza de Lehman en que la legislación estadounidense estaría lista antes de la primavera de 1996, lo había llevado a presionar a la OMPI para organizar una conferencia diplomática (la cual, como ya vimos, derivó en la adopción del TODA y del TOIEF), en donde esperaba que se elaborara un nuevo tratado el cual reflejara el contenido del *Libro Blanco*, de manera que el resto del mundo adoptara las políticas sobre la protección de obras por Internet elaboradas por el gobierno de EUA.²²⁵

²²⁰ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 121; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 44; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 172; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 85.

²²¹ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 100.

“In fact, the paper referred to fair use and other user’s rights as a ‘tax’ on copyright holders”. Vaidhyanathan, Siva, *Copyrights and copywongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, p. 159.

²²² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 404; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, pp. 157 y 158.

Sobre las fallas de mercado como fundamento a las restricciones a los derechos de explotación, véase *supra* el subcapítulo I, número 4 del capítulo cuarto del presente trabajo.

²²³ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 122.

²²⁴ *Ibidem*, p. 128; y Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219.

²²⁵ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, pp. 128 y 129; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 3; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 86.

Asimismo, *cf. infra* la nota al pie 434 del presente capítulo, sobre la probable expectativa del gobierno mexicano de que en la OMPI se adoptarían, tal cual, las soluciones formuladas por EUA.

Sin embargo, a medida en que se acercaba la conferencia de Ginebra y el Congreso estadounidense no expedía la legislación, Lehman se enfocó a tratar de que en la OMPI se adoptaran las propuestas del gobierno de EUA, para que, una vez firmado el tratado, el Congreso estadounidense no tuviera más remedio que implementar en su derecho interno ese acuerdo (el cual reflejaría las recomendaciones de *Libro Blanco*).²²⁶

Pero resulta que las cosas no le salieron tan bien a Lehman, pues en diciembre de 1996, los estados participantes en la conferencia diplomática demostraron no estar dispuestos a adoptar las propuestas de los EUA, muchas de las cuales se desecharon, de manera que sólo se incorporaron pocas de las propuestas hechas por ese país, las cuales, además, se diluyeron.²²⁷ Como ya vimos en el apartado 3.2 del presente capítulo, el TODA no adoptó disposición alguna sobre las reproducciones en Internet (dejando en el aire el tema de las copias temporales, medular para los EUA), se rechazó la categorización de las transmisiones en línea como actos de distribución, y se aprobó una norma muy modesta en cuanto a las medidas tecnológicas de protección.

De cualquier forma, a pesar de la derrota estadounidense en la OMPI,²²⁸ para 1997, el debate en los EUA se centró en la mejor manera de implementar el TODA y el TOIEF, lo que eventualmente derivaría en la DMCA,²²⁹ a la cual dedicamos el siguiente apartado.

B. *La Digital Millenium Copyright Act*

Como bien dice Drew Clark,²³⁰ la DMCA fue la razón por la que el *copyright* se volvió un tema tan controvertido en los EUA.

²²⁶ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 129; Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 72, p. 2387; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, pp. 43 y 44.

²²⁷ Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 414; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 129; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 86, p. 4; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 86.

²²⁸ Vega Estrada, luego de asimilar a la doctrina Monroe el afán de los EUA de imponer internacionalmente sus políticas digitales, indica que “el rechazo que se le opuso en el Capitolio se hizo presente de nuevo en Ginebra”, añadiendo que la historia del dos veces derrocado *Libro Blanco*, es un “triumfo democrático de los derechos de autor —del público usuario— sobre una especie de imperialismo digital”. Vega Estrada, Ignacio, “Las autorrutras de la información: la dialéctica ‘conflicto virtual/solución territorial’. Atención a los derechos de autor y al nuevo acuerdo de la OMPI”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 354.

²²⁹ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 130; y Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, pp. 121 y 122.

²³⁰ Clark, Drew, “How copyright became controversial”, en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 147. *Cfr.* también Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 72, p. 2403.

Esta ley fue aprobada por la Cámara de Representantes el 4 de agosto de 1998 y por el Senado el 12 de octubre de 1998, constituyendo la forma en que los EUA implementaron el TODA y el TOIEF.²³¹ Sin embargo, la DMCA es una legislación más compleja, que toca muchos otros temas no previstos en los mencionados tratados, como la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet y las correlativas disposiciones de puerto seguro,²³² disposiciones sobre el mantenimiento de computadoras,²³³ cierta protección a los diseños de cascos de navíos, normas sobre la negociación colectiva de derechos sobre películas, etcétera.

La DMCA no hace calificación alguna sobre los derechos que protegen las transmisiones de obras en línea, y no incorpora el derecho de distribución que recomendaba el *Libro Blanco*. Entonces, ¿cómo implementa esa ley el artículo 8o. del TODA sobre los actos de puesta a disposición? Pues resulta que la postura tomada por los EUA fue que, con la acumulación de los derechos ya previstos en la *Copyright Act*, quedaba automáticamente tutelada la circulación de obras por Internet. En realidad, el debate estaba en el tema del *fair use* y las medidas tecnológicas de protección.²³⁴

El corazón de la DMCA es el centro mismo de las críticas: la regulación que hace las medidas tecnológicas de protección.²³⁵ Y este es el tema

²³¹ Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, pp. 139 y 453; Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, 3a. ed., Nueva York, Matthew Bender, 1999, p. 372; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *Intellectual property. The law of copyrights, patents and trademarks*, EUA, Thomson / West, 2003, p. 142; Clark, Drew, *op. cit.*, nota 230, p. 148; Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 72, p. 265; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 193; Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 174, p. 49; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 167; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 96, p. 281.

Samuelson cuestiona la necesidad de la DMCA, pues argumenta que la *Copyright Act* ya cumplía, prácticamente, con todo lo que exigía el TODA y el TOIEF. *Cfr.* Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 13.

²³² Estas normas buscan darle más seguridad a los prestadores de servicios de Internet, para no ser sancionados por las conductas de sus clientes que resulten violatorias del *copyright*.

En la Unión Europea se implementaron reglas similares, pero ahora no sólo aplicables a temas de derechos de autor, sino en general a toda clase de responsabilidades derivadas de actividades en Internet, como se puede apreciar en los artículos 12-15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

²³³ Para que quienes prestan esta clase de servicios, puedan hacer ciertas reproducciones temporales con el fin de dar el mantenimiento. *Cfr.* el artículo 117 de la *Copyright Act* de ese país.

²³⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 193 y 194; Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 138; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 173.

²³⁵ Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 166, p. 62.

Sobre este punto, *cf.* también Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 373; Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 415; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 175; Mooney, Stephen,

que más nos interesa de esa ley para los efectos de la presente investigación, dada su íntima vinculación con las restricciones al derecho de explotación y los derechos humanos en Internet.²³⁶

La DMCA, en su artículo 1201, realiza una división entre dos clases de medidas tecnológicas de protección: (a) las que impiden el acceso a la obra, y (b) las que impiden la reproducción no autorizada de la obra.²³⁷

En ese sentido, respecto de las medidas tecnológicas que impiden el acceso a la obra, la ley prohíbe la fabricación o el ofrecimiento al público de productos o servicios que sirvan para eludir esa protección, *así como el acceso mismo a la obra eludiendo la medida*. En cambio, respecto de las medidas tecnológicas que impiden el copiado de la obra, la ley sólo prohíbe la fabricación o el ofrecimiento al público de productos o servicios que sirvan para eludir esa medida anti-copia, más no se sanciona la elusión por sí misma.²³⁸

Esto se hizo con el fin de que se pueda invocar el *fair use* cuando se requiera reproducir la obra, pero no así cuando lo que se quiera es acceder a la obra.²³⁹ Por tal razón, Patry considera que las medidas que controlan el acceso a las obras no están destinadas a proteger los derechos sobre esas creaciones, sino para dar un control sobre los modelos de negocio.²⁴⁰

Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 174, p. 49; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, p. 144; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 92.

²³⁶ Cabe destacar que los EUA ya habían legislado previamente sobre las medidas tecnológicas de protección en la *Audio Home Recording Act* de 1992, relativa a los problemas que se presentarían por la introducción al mercado de la, ahora fallida, DAT (*digital audio tape*), pues a diferencia de los discos compactos —que en esa época no contaban todavía con aparatos que permitieran su copiado casero—, implicaban que cualquier persona podría, por primera vez, copiar música digital, lo que se traduciría en la posibilidad de hacer reproducciones perfectas, sin merma de calidad de una generación a otra de copias.

²³⁷ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 96, pp. 281 y 282; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 374; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 168 y 169; Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, p. 142; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, pp. 87 a 89.

²³⁸ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, p. 143.

Bien dice Leaffer: “As to the act of circumvention itself, the provision prohibits circumventing technological measures that impede access, but not those that prevent copying”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 374.

Cfr. también Nimmer, Raymond T., “First amendment speech and the Digital Millennium Copyright Act: a proper marriage”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 364; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 550; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 529 y 530; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 168 y 169; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 68; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 176; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, pp. 16 y 17.

²³⁹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 374; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 21, p. 264.

²⁴⁰ Patry, William, *Moral panics and the copyright wars*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 162.

Se puede apreciar que la DMCA va más allá de lo que prescribe el TODA en relación con las medidas tecnológicas, lo cual se ha justificado aduciendo que dicho tratado sólo establece mínimos, por lo que muchos países, como los EUA, dieron una protección más amplia respecto de las medidas tecnológicas de protección.²⁴¹

De hecho, según explica Jessica Litman,²⁴² la DMCA siguió la estructura básica de las iniciativas de ley previas que, como ya vimos, fueron muy controvertidas. Mientras que Pamela Samuelson afirma que la regulación de las medidas tecnológicas de protección que contiene la DMCA, tiene un gran potencial de desequilibrar el sistema de *copyright* a favor de los titulares de derechos.²⁴³

Empero, las prohibiciones de elusión de medidas tecnológicas de protección son reglas generales, respecto de las cuales la DMCA estableció algunas normas de *excepción*,²⁴⁴ es decir, casos donde legítimamente se requiera eludir una medida de protección para fines específicos y eso se permiten por ley.²⁴⁵

Por ejemplo, entre estas excepciones podemos mencionar: el acceso a obras por parte de bibliotecas, archivos e instituciones de educación, con el único propósito de decidir si adquieren o no la obra; la elusión de medidas para cualquier actividad lícita de una autoridad con fines de inteligencia, investigación o protección; la investigación de buena fe; la identificación y el desactivado de medidas tecnológicas que recogen información personal del usuario o de sus actividades en Internet; la protección de menores de edad; etcétera.²⁴⁶

Adicionalmente, el artículo 1201.a.I prevé la posibilidad de que, por vía administrativa, el Bibliotecario del Congreso establezca excepciones adicionales a la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección, para lo cual, cada tres años, debe hacer una revisión y análisis con el fin de deter-

²⁴¹ Tian, YiJun, *op. cit.*, nota 185, p. 218; Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 373; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 178; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 3; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 392; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 162, p. 93.

²⁴² Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 136.

²⁴³ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 4.

²⁴⁴ Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, p. 143; y Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 182 y ss.

La iniciativa de la DMCA no traía ninguna excepción, por lo que las mismas se agregaron en el trámite parlamentario ante la presión de usuarios y consumidores.

²⁴⁵ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 375; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 171.

²⁴⁶ Véase Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 96, pp. 282 y 283; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 559; y sobre todo Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, pp. 375-377.

minar qué sectores requirieron, legítimamente, eludir esas medidas dentro de los próximos tres años.²⁴⁷ Se aprecia aquí la intención de darle dinamismo a la cuestión, ya que ante los vertiginosos avances de la tecnología, los legisladores estadounidenses no quisieron dejar las cosas estáticas y sujetar a los usuarios sólo a las excepciones previstas en la DMCA.

Dentro de las excepciones establecidas por el Bibliotecario del Congreso podemos mencionar, a guisa de ejemplo, las siguientes: *software* y videojuegos en un formato obsoleto cuya preservación requiera elusión de medidas, obras audiovisuales cuando se requiera eludir medidas tecnológicas por los departamentos de estudios de comunicación o de cine para compilar porciones de esas obras con fines educativos, entre otras.²⁴⁸

La responsabilidad por elusión ilícita de medidas tecnológicas de protección que establece la DMCA es tanto de carácter civil como penal.²⁴⁹

No es de sorprender que la DMCA haya sido objeto de muy duras controversias y de una fuerte oposición,²⁵⁰ pues como apunta Samuelson, además de ser una normativa demasiado amplia, compleja, inconsistente e impredecible en materia de medidas tecnológicas de protección,²⁵¹ refleja la posición maximalista del *copyright* propuesta por la administración Clinton.²⁵²

La principal crítica es la excesiva protección jurídica, reflejada en un cuasiabsoluto control del acceso a las obras, y la práctica eliminación del *fair use* en esta materia, constituyendo un ilícito (incluso de carácter penal) eludir una medida tecnológica de protección para acceder a una obra con fines perfectamente legítimos y calificables como *fair use*.²⁵³ En este sentido, Balganesch explica:

²⁴⁷ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 558; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 533; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 170; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 187; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 185; Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 20.

²⁴⁸ Véase la versión en línea de las reglamentaciones en <http://www.copyright.gov/1201/>.

²⁴⁹ Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, pp. 378 y 379; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 552; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 532; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 175.

²⁵⁰ Clark, Drew, *op. cit.*, nota 230, p. 147;

²⁵¹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 45.

También consideran desequilibrada la DMCA, Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, pp. 138, 142 y 145.

²⁵² Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 20.

Para más detalles sobre los postulados maximalistas, neoclásicos o neoliberales en materia de derechos de autor, *cf.* *infra* apartado 4.1.

²⁵³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 69; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 160; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 181.

Thus, if an anti-circumvention provision were violated for the purpose of accessing information protected therein, for purely educational purposes (which would qualify as fair use) – the act would still constitute a violation of the provision, with the actual purpose being of little relevance to the inquiry. Anti-circumvention provisions have therefore effectively restricted the scope of fair use and thereby impinged upon the right to free expression.²⁵⁴

Lo cual también nos es referido por Garrote: “La doctrina se ha mostrado muy crítica con la regulación contenida en la DMCA, en especial con el impacto potencial que tiene sobre el *fair use*, pues lo llega a anular desde un punto de vista práctico”.²⁵⁵

Si bien la DMCA contempla algunas excepciones a la prohibición de elusión de medidas tecnológicas y el Bibliotecario del Congreso también formula algunas periódicamente (y todas ellas atienden a varios intereses legítimos), la verdad es que dichas excepciones no cubren todos los usos necesarios y amparados por el *fair use*, por lo que resultan insuficientes.²⁵⁶

Es por eso que se ha señalado que, como algo insólito en materia autoral, se está creando un, prácticamente nuevo, derecho *de acceso* a las obras.²⁵⁷

²⁵⁴ Balganes, Shyamkrishna, “Copyright and free expression: analyzing the convergence of conflicting normative frameworks”, *Chicago-Kent journal of intellectual property*, vol. 4, núm. 1, otoño 2004, p. 77.

En igual sentido, encontramos a Bloom: “Arguably the most serious threat of enclosure posed by the DMCA is with respect to idea, process, structure, or systems embodied in digital code that is neither patentable nor copyrightable. To the extent that access to such material is necessary or highly useful in advancing technological development and to the extent that a significant amount of it is being completely withheld from public access by the anti-circumvention provisions of the DMCA, then in the absence of statutory amendment, a case for a First Amendment right of access might be made, at least to the extent that it could be crafted in such a manner as to avoid creating a loop hole for large scale commercial piracy”. Bloom Jr., Lackland H., “Copyright under siege: the first amendment front”, *Computer law review and technology journal*, vol. IX, núm. 1, otoño 2004, p. 60.

Cfr. también Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 157.

²⁵⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 536.

Por su parte Gantz y Rochester advierten: “Anticircumvention could lead to an abolition of copying in any form. You have a legal right to make copies of the media you buy, for whatever purpose you choose. The music and movie industries are attempting to deny you that right with various encryption and anticopying technologies. The DMCA supports that denial – it nearly makes thinking about making a copy illegal”. Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 133.

²⁵⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 25; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 187; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 157.

²⁵⁷ Hoeren, Thomas, “Copyright dilemma: access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction”, en Becker, Eberhard, Buhse, Willms, Günnewig, Dirk, y Rump, Niels (coords.), *Digital rights management. Technological, economical, legal and political aspects*, Berlín, Spring-

Esto, que de por sí ya es criticable, se agrava por una situación: este “derecho de acceso” no se introdujo como un derecho de explotación más (el cual podría someterse a *fair use*), sino que se hizo como una protección jurídica a las medidas de protección técnica y se le excluyó del ámbito de aplicación del *fair use*.²⁵⁸

A mayor abundamiento, como la DMCA prohíbe la elusión de medidas tecnológicas *per se*, sin importar que las obras subyacentes tengan o no *copyright*, esto genera el riesgo de que acceder a una obra del dominio público en el entorno digital, implique una violación a la ley por “romper” su envoltura electrónica, aunque la obra no tenga derechos y sea de libre utilización.²⁵⁹ Esto, además de sentar las bases para una reapropiación (parcial) de obras del dominio público, es una franca perversión del sistema de propiedad intelectual, pues no se está premiando a ningún creador y se está entorpeciendo la difusión de la cultura.

Tomando en cuenta todo lo anterior (en particular la aplicación de la facultad de reproducción a todo uso digital y la protección de las medidas tecnológicas), Yochai Benkler concluye lo siguiente sobre el régimen jurídico del *copyright*: “It has now become a law that gives rights holders the

er-Verlag, 2003, p. 574; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 539; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 68; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 177.

En este sentido, Litman nos refiere: “At no time, until the enactment of the access-control anticircumvention provisions of the DMCA, did Congress or the courts cede to copyright owners control over looking at, listening to, learning from, or using copyrighted works”. Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 176.

De igual forma, López Maza explica que la utilización de obras por parte de consumidores finales “siempre había quedado fuera del poder de los titulares de derechos de propiedad intelectual: leer, ver, oír, usar, incluso reproducir para un goce o aplicación privados han sido consideradas actividades que venían a caer fuera de la órbita de la exclusiva de los titulares”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 170.

Cfr. la evolución histórica de los derechos de autor en el apartado 1 del capítulo segundo de la presente investigación, para constatar que nunca antes se había creado un derecho que impedía a los consumidores el acceso a la obra.

²⁵⁸ En este tenor, Netanel indica que la DMCA “lays the legal groundwork for copyright holder control —over copying as well as access— untrammelled by the exceptions and limitations that are supposed to apply to the copyright’s holders rights”. Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 69.

Por tal motivo, se considera que el TODA no contiene el llamado derecho de acceso, pues el acceso a una obra no solo puede depender del permiso del titular de derechos, sino también de una autorización dada por ley (por ejemplo, una restricción al derecho de explotación). *Cfr.* Hoeren, Thomas, *op. cit.*, nota 257, p. 574.

²⁵⁹ Samuelson, Pamela, “Mapping the digital public domain: threats and opportunities”, en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain*, EUA, Duke University, 2003, pp. 160 y 161; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 157; Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, pp. 70 y 186.

exclusive right to control any computer-mediated use of their works, and captures in its regulatory scope all uses that were excluded from control in prior media”.²⁶⁰

Sobre esta problemática de la DMCA (concretamente respecto a la afectación a las restricciones al derecho de explotación), resulta muy ilustrativo el caso *Universal City Studios, Inc. vs. Reimerdes* de 2000.²⁶¹ En dicho asunto, se discutió la conducta de tres adolescentes noruegos que crearon un programa de cómputo para eludir las medidas tecnológicas de protección de ciertos DVDs, y lo pusieron a disposición del público por Internet. Al ser demandados, argumentaron como defensas, entre otras, que las medidas tecnológicas de protección de los DVDs no eran efectivas (pues fueron muy fáciles de eludir), que crearon el *software* con fines de investigación (particularmente para conocer la interoperabilidad del sistema Linux con los DVDs), y finalmente invocaron un *fair use* bajo la base de que la elusión de esas medidas no afectaron económicamente a los titulares del *copyright*.

Sin embargo, el juez condenó a los acusados, ya que consideró que las medidas tecnológicas sí eran efectivas, pues el público en general no podía ver las películas si no compraba, de un distribuidor autorizado, un aparato visualizador de DVDs con su debida licencia. Por lo que hace a los fines de investigación, el juez estimó que los demandados no actuaron de buena fe, y de hecho, su principal propósito era que cualquier persona pudiera eludir las medidas tecnológicas, tan es así que publicaron su *software* en Internet e invitaron al público a usarlo. Finalmente, respecto del *fair use* alegado por los jóvenes, el juzgador determinó que dicha defensa no aplica en los casos de violación a normas que prohíben la elusión de medidas tecnológicas de protección, afirmando que la tramitación parlamentaria de la DMCA demuestra que *el Congreso decidió que el fair use no podía oponerse a una violación del artículo 1201.a*²⁶² (que es el que prohíbe la elusión de medidas que protegen el acceso a las obras).

Vale la pena hacer un alto aquí para constatar que los temores de los opositores a la DMCA eran fundados. En efecto, independientemente de que en el caso concreto de los adolescentes citados hubiera o no existido

²⁶⁰ Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 440.

²⁶¹ Para más detalles sobre este caso, véase Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, pp. 144 y 145; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 553; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; y Clark, Drew, *op. cit.*, nota 230, pp. 149 y ss.

²⁶² “Una posible excepción general de elusión de medidas tecnológicas basadas en el fair use fue propuesta y rechazada en el trámite ante el Congreso de los Estados Unidos”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 535.

Asimismo, véase Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 22.

un *fair use*, el juez determinó que en materia de medidas tecnológicas de protección no era aplicable esa doctrina jurídica, por lo que ni siquiera debía evaluarse si hubo o no *fair use*. Así, aunque el acceso a la obra y la elusión de medidas tuvieran un fin legítimo (fuera del ámbito de protección del *copyright*), la conducta del usuario sigue siendo ilícita a la luz de la DMCA.²⁶³

Desde luego, la decisión del juez fue apelada, dando lugar al asunto conocido como *Universal City Studios, Inc. vs. Corley* de 2001.²⁶⁴ Empero, el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de primera instancia, pues no obstante se trató de impugnar la inconstitucionalidad de la DMCA aduciendo una contravención a la primera enmienda de la Constitución de EUA, el tribunal determinó que aunque el *software* puede considerarse una “expresión” protegida por la libertad de expresión, su contenido es neutro, por lo que la DMCA no busca suprimir discursos ideológicos, además de que implica una carga ligera a esa libertad.²⁶⁵ Incluso, el tribunal afirmó que los apelantes eran libres de citar los diálogos de las películas o incluso grabar con una cámara de video la pantalla de televisión para reproducir la película y ejercer así su *fair use*.

De ahí que Litman concluya que, irónicamente, la DMCA resultó más perniciosa que la iniciativa de la propuesta por Lehman para darle seguimiento al *Libro Blanco*.²⁶⁶ Aunque hay que tener presente que las principales fallas de la DMCA no derivan del TODA, sino del mal criterio de las autoridades de EUA,²⁶⁷ por lo que otros países (y hasta los estadounidenses mismos) podemos aprender de ese error, e implementar un sistema diferente —más respetuoso de los derechos humanos— para cumplir con la normativa internacional.

²⁶³ Claro, el comportamiento de los jóvenes no fue el más ejemplar; lo reprochable aquí no es tanto que se les haya condenado o no, sino que el *fair use* ni siquiera pudo ser materia de análisis en juicio.

²⁶⁴ Sobre este caso, *cf.* Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, pp. 145 y 146; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; y Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 238, pp. 377 y 378.

²⁶⁵ Recuérdense que en ese país la libertad de expresión tiene una justificación principalmente utilitarista, en donde se le concede más protección a los discursos que abonen al debate democrático (y no tanto a los discursos “neutros”). Asimismo, en los EUA predomina el enfoque liberal de ese derecho humano, el cual pone más atención a la *emisión* de información que a su *búsqueda* o *recepción*.

Para más detalles sobre todo esto, *cf.* el número 1 del subcapítulo X, del capítulo cuarto del presente trabajo.

²⁶⁶ Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 145.

²⁶⁷ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 203, p. 45.

Empero, hay que señalar que la DMCA también tiene sus defensores, pues es obvio que se trata de un gran logro de las industrias musical y cinematográfica de los EUA. Y como certeramente apunta Emery Simon,²⁶⁸ el debate sobre la DMCA se ha hecho en términos del bien contra el mal: o es una ley perversa y maligna o es una panacea y se le pone en un pedestal.

Como ejemplo de esta última postura encontramos a Raymond Nimmer, quien dice que el *fair use* no es un derecho subjetivo y que ningún tribunal lo ha reconocido así, sino que se trata de una doctrina basada en la equidad, pero *sin sustento constitucional*. Además de que, según su postura, la DMCA no afecta el *fair use* porque nunca se refiere a las reproducciones parciales, los comentarios u otras conductas amparadas por el *fair use*.²⁶⁹

Si bien es cierto que, una vez que se accedió a la obra se puede criticar, crear una parodia, etc., también es cierto que para hacer una cita textual se debe realizar una transcripción manual, y si lo que se desea es reproducir un fragmento de una fotografía o película, se tiene que recurrir a métodos poco ortodoxos como poner una cámara en pantalla y hacer la copia. Y ya ni hablar de las copias privadas o de las necesidades propias de los invidentes. Peor aun, si no se permite el acceso a la obra, ni siquiera se puede criticar, citar, etcétera. A nuestro parecer es claro que, en muchos casos, las conductas amparadas por una restricción al derecho de explotación son obstaculizadas y, a veces, impedidas por las medidas tecnológicas de protección.

Asimismo, y aunque el estatus constitucional del *fair use* se debate en los EUA, en el apartado 10 del capítulo cuarto de la presente investigación, ya demostramos que, al menos en países como México, las restricciones al derecho de explotación encuentran una sólida base en diversos derechos humanos. Sobre las consecuencias de esto profundizamos más adelante.

En fin, cabe apuntar que lo relativo a la información sobre gestión de derechos no fue tan controvertido en el trámite parlamentario.²⁷⁰ Como consecuencia, se adoptó la correspondiente disposición que prohíbe alterar o suprimir esa información, más una serie de excepciones.²⁷¹ Estas disposiciones de la DMCA no han generado mayor controversia.

Si bien la DMCA es un indicador del cuestionado rumbo del *copyright* en los EUA, es importante destacar que no es el único, sino que se han pro-

²⁶⁸ Simon, Emery, "The DMCA: providing locks for digital doors", en Crews Jr., Clyde Wayne, y Thierer, Adam (coords.), *Copy fights: the future of intellectual property in the information age*, Washington, Cato Institute, 2002, p. 171.

²⁶⁹ Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 238, pp. 377 y 378.

²⁷⁰ Nimmer, David, *op. cit.*, nota 68, p. 455.

²⁷¹ Para más detalles, *cf.* Schechter, Roger E., y Thomas, John R., *op. cit.*, nota 231, pp. 146 y ss.

ducido otros hechos que han llevado a la materia autoral al centro mismo de la tempestad. A continuación nos referiremos brevemente a estas otras circunstancias.

C. *El fortalecimiento de la posición jurídica de las industrias culturales. La Sonny Bono Copyright Term Extension Act y el caso Eldred. El caso Napster*

En el apartado anterior pudimos constatar que la DMCA fortaleció la posición de las industrias culturales en los EUA (en perjuicio de los usuarios de obras); sin embargo, existen otros factores que también se han sumado para lograr esa fortaleza. En el presente apartado nos referiremos brevemente a esos elementos adicionales, lo cual nos será de utilidad en la presente investigación, no sólo porque nos permitirán entender la situación actual del derecho de explotación (y la posible afectación a diversos derechos humanos), sino porque nos demostrará la importancia de buscar respuestas que restituyan el equilibrio perdido y también nos demostrará la trascendencia de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

Uno de los aspectos en donde ha resultado más evidente la expansión de los derechos de explotación en el vecino del norte, ha sido mediante el aumento del plazo de vigencia del *copyright*. Veamos.

De conformidad con el texto original de la *Copyright Act* de 1976, el *copyright* duraría, como regla general, toda la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte. Sin embargo, en 1998 el congreso de ese país expidió la *Copyright Term Extension Act*, también conocida como la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (porque fue iniciativa del congresista Sonny Bono) o como *Mickey Mouse Protection Act* (porque dicha ley evitó que tal personaje entrara al dominio público, además de que la Walt Disney Company fue uno de sus principales impulsores).²⁷²

Uno de los argumentos centrales esgrimidos por los legisladores estadounidenses es que la Unión Europea había extendido la protección de los derechos de explotación hasta los 70 años *post mortem auctoris*,²⁷³ por lo que

²⁷² Lessig, Lawrence, "Copyright's first amendment", *UCLA law review*, California, vol. 48, 2000-2001, p. 1065; Decherney, Peter, *Hollywood's copyright wars. From Edison to the Internet*, Nueva York, Columbia University Press, 2012, p. 239; y Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 61.

En este sentido, indica Benkler: "As materials that were still valuable in the stocks of Disney, in particular, came close to the public domain, their lives would be extended indefinitely". Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 443.

²⁷³ *Cf. infra* la nota al pie 394 del presente capítulo.

era necesario ajustarse a ese plazo para que los EUA no salieran perjudicados en las relaciones de comercio internacional.²⁷⁴

Es evidente que dichas decisiones de aumentar el plazo de protección están destinadas a proteger los intereses de las industrias del entretenimiento, y no así para favorecer a los autores. Como sostuvimos en otra ocasión,²⁷⁵ esos aumentos, al ser *post mortem*, no benefician al autor (desde luego), ni a las dos generaciones de sus descendientes que pudieron haber sido conocidas (y queridas) por el autor en vida, de manera que los que los beneficios se generan a favor de personas que ni siquiera conocieron al creador. Se trata de una decisión estrictamente comercial.

El crecimiento de la duración del *copyright* generó varias críticas y posturas adversas,²⁷⁶ lo que eventualmente terminó debatiéndose en la Suprema Corte de EUA en el famoso caso *Eldred vs. Ashcroft* de 2003.

Eric Eldred era un programador retirado que comenzó a subir a Internet obras literarias del dominio público (se podría hablar una biblioteca digital) y a modificarlas para que tuvieran una redacción más moderna.²⁷⁷ En 1998 los poemas de Robert Frost iban a entrar al dominio público y Eldred planeaba difundirlos en línea; sin embargo, esos planes se vieron frustrados por la *Copyright Term Extension Act*, por lo que decidió impugnar esa ley por la vía constitucional. La representación jurídica de Eldred estuvo a cargo de Lawrence Lessig,²⁷⁸ quien detalla a fondo esta experiencia en su libro *Free cultura*.²⁷⁹

Fueron dos los principales argumentos que se usaron para intentar demostrar la inconstitucionalidad de la *Copyright Term Extension Act*: (a) la cláusula constitucional de propiedad intelectual establece que el *copyright* debe ser temporal (usando la frase “*limited times*”), y el ir reformando la ley cons-

²⁷⁴ Crews, Kenneth D., “Harmonization and the goals of copyright: property rights or cultural progress?”, *Indiana journal of global legal studies*, Indiana, vol. 6, núm. 1, otoño 1998, p. 129.

²⁷⁵ 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. 105.

²⁷⁶ Chemerinsky, Erwin, “Balancing copyright protections and freedom of speech: why the copyright extension act is unconstitutional”, *Loyola of Los Angeles law review*, California, vol. 36, núm. 1, otoño 2002, pp. 83 y ss.; y Crews, Kenneth D., *op. cit.*, nota 274, p. 132.

Por su parte, Ortland y Schmücker indican: “Long terms of copyright protection established successively during the twentieth century seem to have become counterproductive in many ways”. Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1775.

²⁷⁷ En países del *droit d’auteur* esto habría causado mucha polémica por la cuestión de los derechos morales y de la preservación de las expresiones culturales en su concepción original.

²⁷⁸ Decherney, Peter, *op. cit.*, nota 272, p. 238.

²⁷⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 213 a 246.

tantemente para ampliar la duración de los derechos va en contra de ese principio de temporalidad (en términos prácticos se estaría llegando a un *copyright* perpetuo, que no es lo que quería el constituyente); y (b) cualquier ley de *copyright* debe pasar el escrutinio de la primera enmienda para lograr un equilibrio con la libertad de expresión.²⁸⁰

Al final, la Suprema Corte de EUA resolvió que el Congreso no contravino la Constitución al aumentar el plazo de protección debido, en primer lugar, a que la única limitación al legislativo es que el *copyright* sea temporal, no perpetuo, pero el legislador es libre de elegir qué plazo concede para cumplir con el requisito de la temporalidad (la Constitución no exige máximos o mínimos); y, en segundo lugar, la Suprema Corte estimó que la duración de los derechos se ha venido extendiendo en EUA progresivamente desde el s. XIX porque ha aumentado la expectativa de vida.²⁸¹

Con esto, la Suprema Corte adoptó la tesis de Jack Valenti (a la sazón, director de la MPAA), de que el *copyright* cumpliría con el requisito de temporalidad si la ley dijera, incluso, que tal derecho dura para siempre menos un día.²⁸² A nuestro entender esto es un verdadero fraude de ley, que vacía el contenido y deja sin sentido el principio constitucional de temporalidad.²⁸³

Por lo que se refiere al argumento relativo a la libertad de expresión, la Suprema Corte determinó que la *Copyright Act* contempla salvaguardas internas a ese derecho fundamental (como el *fair use*), por lo que no es necesario someter el régimen de *copyright* al escrutinio de la primera enmienda,

²⁸⁰ Grzelak, Victoria A., “Mickey Mouse and Sonny Bono go to the court: the Copyright Term Extension Act and its effect on current and future rights”, *John Marshall review of intellectual property law*, Chicago, vol. 2, 2002, pp. 104-110; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 228.

²⁸¹ Braegelmann, Tom, “Copyright law in and under the Constitution. The constitutional scope and limits of copyright law in the United States and in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and European law on copyright law in Germany”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 118-120; Netanel, Neil Weinstock, “Copyright and the first amendment: what *Eldred* misses – and portends”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 136-144; Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 443; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 130; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 241.

²⁸² Pollock, Rufus, “Forever minus a day? Calculating optimal copyright term”, *Review of economic research on copyright issues*, Nueva Zelanda, vol. 6, núm. 1, 2009, p. 35.

²⁸³ Coincidimos con las siguientes palabras del juez Stephen Breyer, disidente de la Suprema Corte en el caso *Eldred*, contenidas en su voto particular: “The economic effect of this 20-year extension —the longest blanket extension since Nation’s founding— is to make the copyright term not limited, but virtually perpetual. Its primary legal effect is to grant the extended term not to authors, but to their heirs, estates, or corporate successors”.

excepto en caso excepcionales cuando alguna modificación a la ley traspase los contornos tradicionales del *copyright*.²⁸⁴

De cualquier forma, independientemente de los méritos de la sentencia en el caso *Eldred*, su resultado práctico fue fortalecer, aun más, a las grandes industrias del entretenimiento en EUA.²⁸⁵

Inclusive, Pamela Samuelson encuentra un paralelismo entre la tendencia moderna de aumentar el plazo de protección del derecho de explotación y la era de los privilegios de impresión, pues en esta última el monopolio exclusivo era perpetuo y en la actualidad los derechos de explotación se están volviendo prácticamente perpetuos (al aumentarse ilimitadamente los plazos de protección).²⁸⁶

Por otro lado, y en abono al fenómeno del fortalecimiento, las empresas estadounidenses iniciaron una táctica litigiosa (de la que probablemente se están arrepintiendo), que llegó a extremos de criminalizar a los menores de edad.²⁸⁷ El comienzo de la estrategia litigiosa se dio con el caso *Napster*. Veamos.

Un joven estudiante estadounidense llamado Shawn Fanning inició Napster en 1999, una plataforma que permitía intercambiar archivos MP3, la cual llegó a tener 70 millones de suscriptores. La industria discográfica empezó a verse afectada; tan sólo en 2001 los envíos de CDs bajaron un 6.4% y, en el 2002 la disminución llegó al 8.9% (aunque no se sabe si esa merma fue culpa directa de Napster o de la baja aceptación en el mercado de los productos discográficos de esa época).²⁸⁸

²⁸⁴ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 281, p. 151; y Garfield, Alan E., “The case for first amendment limits on Copyright Law”, *Hofstra law review*, EUA, vol. 35, 2007, p. 676.

²⁸⁵ En este sentido, Spinello indica que, evidentemente, el aumento del plazo fortalece a los titulares de derechos. *Cfr.* Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 30, p. 155.

Véase también Grzelak, Victoria A., *op. cit.*, nota 280, p. 115.

Así las cosas, incluso bajo la óptica utilitarista, quedó claro que el aumento del plazo no incentivaría la creatividad, al grado que esto fue explicado a la Suprema Corte por un grupo de economistas (que incluía 5 galardonados con el premio Nobel, como Friedman, Coase y Arrow), quienes además explicaron que tal incremento de 20 años no tiene más propósito que buscar mayores rentas (es decir, la protección de intereses particulares en ciertas industrias). *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 232.

²⁸⁶ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 171, p. 70.

Sobre los privilegios de impresión, *cfr.* el subcapítulo I, número 2, del capítulo segundo del presente trabajo.

²⁸⁷ Esto fue un cambio de estrategia, pues como nos recuerda Fisher, en el caso *Betamax* se demandó a Sony, ya que los productores cinematográficos no querían pelearse con los consumidores por considerar una mala estrategia demandar a sus clientes. *Cfr.* Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219.

²⁸⁸ Chissick, Michael, y Kelman, Alistair, *Electronic commerce. Law and practice*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 5; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 13;

Como consecuencia, en diciembre de 1999 las disqueras demandaron a Napster en un juzgado de San Francisco, y en julio 2000 se dictó como medida cautelar la suspensión de las actividades de Napster.²⁸⁹ La parte demandada se defendió alegando *fair use*, en particular porque no cobraba por descargar la música y no podía controlar lo que sus usuarios hacían. Al final, el juez de distrito emitió una sentencia encontrando a Napster culpable de violación al *copyright* de las disqueras.²⁹⁰

Dicha decisión fue recurrida ante el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, en el sonado (nunca mejor dicho) caso *A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc.* de 2001. En ese asunto, el *ad quem* no consideró que la actividad de Napster constituyera un *fair use*, ya que, luego de aplicar los cuatro criterios de esa prueba,²⁹¹ el tribunal encontró que el intercambio de archivos es un uso consumitivo, no un uso transformativo (no se están creando nuevas obras); que el uso podía considerarse comercial, dada la forma tan repetitiva en que los usuarios accedían a las obras; el tipo de obras eran canciones, las cuales están más cercanas al núcleo duro de protección del *copyright*, en virtud de que son fruto de la creatividad y tienen un limitado contenido informativo; no se tomaban partes o fragmentos de las obras musicales, sino se intercambiaban completas; además, se afectaba considerablemente el mercado de ventas de CDs, cuando los posibles consumidores podían obtener las mismas canciones gratis.²⁹²

El hecho de que Napster violaba derechos de autor difícilmente puede rebatirse, pues queda claro que, a través de su plataforma, realizaba actos de comunicación pública (puesta a disposición) en forma no autorizada (recuérdese que Napster tenía un directorio central de archivos). Así las cosas, la razón jurídica la tenían las disqueras. Lo criticable aquí es que las com-

Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, pp. 174 y 175; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 107; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 157.

²⁸⁹ Varela Pezzano, Eduardo Secondo, *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright*, Colombia, Universidad del Rosario, 2009, pp. 35 y 36; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 169, p. 79; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 107; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 158.

²⁹⁰ Chissick, Michael, y Kelman, Alistair, *op. cit.*, nota 288, p. 5; y Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, p. 108.

²⁹¹ Para una explicación de tales criterios, *cf.* el apartado 9.1 del capítulo cuarto de la presente investigación.

²⁹² Arroyo, Antonio M., y Prat, Margarita, *40 casos de ética empresarial*, España, Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 91; Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 179; Varela Pezzano, Eduardo Secondo, *op. cit.*, nota 289, pp. 37 y 38.

pañías discográficas hayan optado por acudir de inmediato al litigio, cuando el problema quizás se pudo haber resuelto previamente en forma menos agresiva. En este sentido, como apunta Goldstein,²⁹³ la ironía es que las disqueras, al demandar a Napster y otros prestadores de servicios en línea, estaban atacando a sus aliados lógicos para comercializar música por Internet.

Con la caída de Napster proliferaron una variedad de programas para intercambiar archivos en línea, tales como Amister, Gnutella, AudioGalaxy, Limewire, etcétera, pero el que más destacó fue Kazaa. A diferencia de Napster, estos nuevos sistemas no tenían un directorio centralizado, sino que los usuarios accedían directamente a las computadoras de otros usuarios, lo que, en principio, hacía que su situación jurídica fuera diferente a la de Napster.²⁹⁴

Como consecuencia, desde 2001 las compañías disqueras tomaron acciones jurídicas contra Kazaa y contra Grokster (la empresa que licenciaba el *software* para usar Kazaa). La principal defensa esgrimida por los demandados, fue que los responsables por cualquier violación de derechos eran los propios usuarios que intercambiaban archivos (a diferencia de Napster, Kazaa no podía controlar lo que hacían sus usuarios), además de que se alegó que, como en el caso *Betamax*, el programa de cómputo podía usarse para usos no ilícitos. Las disqueras perdieron tanto en primera (2003) como en segunda instancia (2004), considerando los juzgadores que no había violación a derechos de autor.²⁹⁵

Empero, la industria disquera logró que la Suprema Corte de EUA conociera del caso *Grokster*. Como consecuencia, en el verano de 2005, por unanimidad, dicho tribunal revocó las resoluciones de los tribunales inferiores y declaró ilegal el modelo de negocios de Kazaa y el *software* de Grokster, pues su principal propósito era alentar al público a violar la ley.²⁹⁶

Asimismo, desde el otoño de 2003, las compañías disqueras implementaron la estrategia de demandar a quienes descargaban canciones,²⁹⁷

²⁹³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 159.

²⁹⁴ Fisher III, William, *op. cit.*, nota 219; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 17; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 108 y 109.

²⁹⁵ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Ganada, 2a. ed., Comares, 2010, p. 228; Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 109 a 111; y Varela Pezzano, Eduardo Secondo, *op. cit.*, nota 289, pp. 51 y 52.

²⁹⁶ Goldsmith, Jack, y Wu, Tim, *op. cit.*, nota 9, pp. 114 y 121; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 169, p. 81; y Varela Pezzano, Eduardo Secondo, *op. cit.*, nota 289, pp. 52 y 53.

²⁹⁷ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 157

incluso por la vía penal. Esto llevó a una criminalización de la materia.²⁹⁸ Se criticó mucho a las disqueras por demandar a personas menores de edad (incluso de 12 años), aunque desde una visión meramente pragmática, Goldstein advierte que a dos meses de haberse iniciado los juicios, las descargas de música en EUA disminuyeron a la mitad.²⁹⁹ Paralelamente, aumentaron el número de adquirentes de música en Internet por vía legal a través de *iTunes*.³⁰⁰

Samuelson advierte sobre este fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales (pone como ejemplos a los consorcios Disney, AOL-Time-Warner y Reed Elsevier), con el cual el sistema de *copyright* beneficia a los grandes proveedores de contenido, en detrimento de empresas no tan grandes y de los creadores (quienes se encuentran en una situación de desventaja al contratar sus obras, pues las grandes empresas buscan adquirir todos los derechos sobre la obra a cambio de un solo pago).³⁰¹ De ahí que Lessig advierta: “the law’s role is less and less to support creativity, and more and more to protect certain industries against competition”.³⁰²

De todo lo expuesto en los párrafos previos, se puede apreciar que en los EUA hay un esfuerzo concertado de ampliar los derechos de propiedad intelectual, particularmente, del *copyright*.³⁰³ Y como consecuencia del impulso que las grandes empresas han dado a la expansión del *copyright* y de la táctica de demandar a los ciudadanos que descargan música por Internet, el *copyright* se ha visto en el centro de la controversia, e incluso, ha llegado a ser incomprendido.³⁰⁴ Esto nos servirá para entender el origen de muchas posturas extremas que pugnan, incluso, por la erradicación de los derechos de autor.

²⁹⁸ Benkler, Yochai, *op. cit.*, nota 213, p. 442.

Cabe destacar que el descargar canciones es ilícito en EUA, pero no en otros países, pues en algunos de ellos puede aplicarse la figura de la copia privada. véase Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 295, p. 218.

²⁹⁹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 158.

Sobre las críticas a esta radical estrategia, *cf.* Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, pp. 263, 264 y 277.

³⁰⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 69, p. 158.

³⁰¹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 171, p. 68.

Cfr. también Lessig, Lawrence, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Nueva York, Random House, 2001, p. 250.

³⁰² Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 19.

³⁰³ Halbert, Debora J., *Intellectual property in the information age. The politics of expanding ownership rights*, EUA, Quorum Books, 1999, p. 142.

³⁰⁴ Waelde, Charlotte, “Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric”, en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 294.

Pasemos ahora a estudiar las reacciones de la Unión Europea al fenómeno de Internet en el ámbito autoral.

4. *Postura de la Unión Europea*

La Unión Europea también ha sido proactiva para resolver la problemática de los derechos de autor en Internet, por lo que a continuación nos referiremos a las respuestas ahí generadas.

La Comisión Europea partió de la convicción de que los derechos de autor son indispensables para el desarrollo cultural y la creatividad, pero, además, buscó políticas para auxiliar a los proveedores de información y creadores a competir con sus pares extranjeros (particularmente los de EUA).³⁰⁵ Inclusive, no es ningún secreto que, desde hace varios años, hay una carrera entre la Unión Europea y los EUA en el campo de los derechos de autor.³⁰⁶

De hecho, mientras que a inicios de la década de 1990, los EUA desarrollaban sus políticas relativas a Internet, la Unión Europea se propuso una meta más ambiciosa: convertir a Europa en una “sociedad de la información”.³⁰⁷ Asimismo, la Unión Europea también luchó para que la agenda digital de la OMPI reflejara sus políticas.³⁰⁸

Por lo tanto, y como observaremos a continuación, el camino que siguió la Unión Europea ha sido, en algunos puntos, similar al de los EUA. Veamos los aspectos más destacados de la respuesta de la Europa comunitaria.

A. *Los libros verdes y el Informe Bangemann*

El punto de partida de la Unión Europea fue el comunicado de la Comisión Europea conocido como *Libro Verde sobre los Derechos de Autor y el Desafío Tecnológico*, del 7 de junio de 1988.

Para muchos, leer este *Libro Verde* a más de 20 años de su expedición, demuestra la rápida revolución tecnológica y su impacto en el derecho, aunque las raíces de muchos temas contemporáneos ya se encontraban senta-

³⁰⁵ Vaver, David, “Copyright developments in Europe: the good, the bad and the harmonized”, en Elkin-Koren, Niva, y Netanel, Neil Weinstock (coords.), *The commodification of information*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2002, p. 223.

³⁰⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 213.

³⁰⁷ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 224.

Asimismo, véase Esteve González, Lydia, *op. cit.*, nota 56, pp. 9-12.

³⁰⁸ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 225.

das en ese documento.³⁰⁹ La Comisión se planteó la necesidad de lograr protección en diversas áreas de ciertas tecnologías novedosas, como los satélites, la computación y las bases de datos.³¹⁰ Las mejoras en las tecnologías de reproducción se veían como una espada de doble filo, en tanto beneficiaría a titulares y usuarios (dada la facilidad para hacer copias y su calidad), pero se generaban serios riesgos de competencia desleal derivada de la piratería.³¹¹ Se preveía que la tecnología digital quitaría mucho de su significado a las fronteras nacionales, por lo que había que enfrentar el reto y no sólo ignorarlo.³¹² Asimismo, se consideró que la falta de armonización en la regulación de los derechos de autor podría crear barreras a la libre circulación de bienes y servicios.³¹³

Para dar soluciones a estos problemas, la postura del *Libro Verde* fue sólo tocar los puntos que afectaban al mercado interno de la Comunidad Europea, y dejar otras cuestiones de los derechos de autor al Convenio de Berna.³¹⁴

Una de las principales críticas al *Libro Verde* se refiere a su énfasis en los temas empresariales y de mercado, en lugar de a los derechos de los autores.³¹⁵ De ahí que Garrote afirme, que “en las primeras aproximaciones comunitarias a los problemas derivados del entorno digital se aprecia una clara influencia de la industria”.³¹⁶

Posteriormente, se integró un Grupo de Alto Nivel sobre la Sociedad de la Información, presidido por Martin Bangemann. El 26 de mayo de 1994, dicho grupo expidió el informe *Europa y la Sociedad Global de la Información*, mejor conocido como el *Informe Bangemann*, en el cual se señaló que los de-

³⁰⁹ Seville, Catherine, *EU intellectual property law and policy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 24.

³¹⁰ Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 406; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 24; Rangel Medina, David, “Relaciones entre la propiedad industrial y el derecho de autor”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. XLIX, núms. 185-186, septiembre-diciembre 1992, p. 129.

³¹¹ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 24.

³¹² *Idem*.

³¹³ Cook, Trevor, *EU intellectual property law*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 74; y Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *Harmonizing European copyright law. The challenges of better lawmaking*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009, p. 5; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 94.

³¹⁴ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 25.

³¹⁵ Edelman, Bernard, “Reflexiones sobre el derecho de autor y su evolución en la Comunidad Europea”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXVII, núm. 4, 1993, p. 11; y Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, pp. 26 y 27.

³¹⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 216 y 217.

rechos de autor tenían una función prioritaria en la nueva economía de la información, sugiriendo mantener un nivel alto de protección en la Unión Europea y tratando de incorporar las exigencias de la industria.³¹⁷

El 19 de julio de 1995 la Comisión expide el *Libro Verde sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, como paso definitivo a la expedición de normas comunitarias en la materia. En dicho documento, planteó las posibles respuestas a los nuevos modos de explotación en línea.³¹⁸

El *Libro Verde* de 1995 ya propuso una agenda que giraba en torno a los temas que hemos estado discutiendo en los apartados previos: la facultad de reproducción (y el problema de las copias temporales), la comunicación al público, las medidas tecnológicas de protección, así como otros temas que han quedado en el abandono, como el relativo a los derechos morales.³¹⁹

El *Libro Verde* consideraba que permitir la copia privada y su correspondiente derecho de remuneración no tenía razón de ser, cuando la tecnología actual permite controlar las reproducciones privadas.³²⁰ Sobre el tema de las restricciones al derecho de explotación, se ha criticado mucho la visión neoliberal de la Comisión Europea en el *Libro Verde* de 1995, pues la justificación de dicha figura la basa en las fallas del mercado, lo que deriva en una postura que tiende a minimizar las restricciones frente a la posibilidad de controlar los usos de la obra por vía contractual.³²¹

Posteriormente, se hicieron una serie de consultas y se instauró un Comité de Expertos para evaluar el *Libro Verde*. Dicho comité criticó la postura de la Comisión Europea de no darle tanta importancia a las restricciones al derecho de explotación y centrarse en la protección de las obras (casi ignorando el tema del derecho a la información). Asimismo, el comité apuntó que, aunque el almacenamiento temporal es técnicamente una reproducción, no debería significar una infracción al derecho de reproducción. De igual forma, consideró que aunque muchas restricciones al derecho de explotación existentes en el ámbito digital no podían trasladarse a Internet,

³¹⁷ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, pp. 7 y 9; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 217; Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, p. 206.

³¹⁸ Mazziotti, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlín, Springer, 2008, p. 50; Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 313, p. 73; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 408; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 8; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 218.

³¹⁹ Rodríguez Moreno, Sofía, *op. cit.*, nota 24, pp. 208 y ss.

³²⁰ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171.

³²¹ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, pp. 197 y 198.

sí debían conservarse aquellas que preservaran intereses importantes, como por ejemplo, la copia privada, los usos por bibliotecas y establecimientos educativos, etcétera.³²²

En 1996 se expidió una comunicación de seguimiento al *Libro Verde* por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas.³²³ En dicha comunicación de seguimiento, la Comisión sigue viendo con buenos ojos la eliminación de la copia privada, pero debido al derecho a la intimidad de los usuarios de obras, considera inviable el retorno de la copia privada al ámbito de control de la facultad de reproducción, de ahí que proponga aplicar el derecho de remuneración por copia privada en el ámbito digital.³²⁴

Con el plan de acción fijado, la Unión Europea procedió a implementar los cambios que consideraba necesarios. En los temas que ahora nos interesan, esas modificaciones tuvieron su máxima expresión en la directiva que estudiamos en el siguiente apartado.

B. *La Directiva de la Sociedad de la Información*

El siguiente paso en el proceso europeo, fue la elaboración de una directiva³²⁵ con el fin de armonizar la legislación interna de los estados en relación con los temas tocados en los documentos oficiales antes reseñados. Esta directiva buscaba tres propósitos: (a) implementar el *Libro Verde*, (b) continuar la armonización de los derechos de autor en el mercado interno, y (c) también implementar los tratados de la OMPI de 1996.³²⁶

³²² Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 24, pp. 215 y 216.

³²³ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 8; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 408.

³²⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 171.

Como bien afirma Llanos Cabedo, aunque la tecnología permita un control sobre las copias privadas, existen más fundamentos para mantener esa restricción al derecho de explotación y que no se ven afectados por la efectividad tecnológica; además de que muchos de esos fundamentos (intimidad, acceso a la cultura, propiedad privada) encuentran sustento constitucional en varios países. *Cfr.* Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 79.

³²⁵ Una directiva es un instrumento legislativo propio del derecho comunitario, por virtud del cual se fija una política regional que deben seguir los estados; esto significa que los países miembros han de transponer esa directiva de la manera más acorde a su sistema jurídico nacional, ya sea mediante ley, decreto presidencial, acto administrativo o, incluso, reforma constitucional. *Cfr.* Folsom, Ralph H., *European Union law*, EUA, 6a. ed., Thomson West, 2008, p. 49.

³²⁶ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 229.

Cfr. también Lucchi, Nicola, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milán, Springer-Verlag, 2010, p. 86; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 50; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 462; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 95; Garza Barbosa, Ro-

La Comisión Europea declaró que no se podían atraer inversiones a la Unión Europea si no existía una adecuada protección para una nueva variedad de productos y servicios relativos a las carreteras de la información, lo que marcaría el tono de la directiva en comentario.³²⁷

Sin embargo, no todo es mero mercado, pues en el considerando 3 de la directiva, se hace referencia a los derechos humanos:³²⁸ “La armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general”.

Ya en cuanto a su contenido, cabe apuntar que la directiva fue muy ambiciosa, pues trató de elevar los estándares establecidos por el TODA, y no sólo implementarlo.³²⁹ Por tal razón, su tramitación parlamentaria fue controvertida, ya que muchos países preferían reforzar los derechos de autor, mientras otros se preocuparon por los derechos de los consumidores.³³⁰ Tal y como sucedió con la DMCA, lo más polémico de la directiva es la regulación que hace de las medidas tecnológicas de protección.³³¹

En relación con sus aspectos más concretos, la directiva logró la armonización de tres derechos: el de reproducción, el de distribución y el de comunicación pública; además de que procura cierta armonización respecto de las restricciones a los derechos de explotación.³³² Veamos los puntos más destacados de dicha armonización.

De entrada, por primera vez en el derecho comunitario europeo se regula un derecho general de reproducción (antes sólo se habían logrado

berto, *op. cit.*, nota 98, p. 116; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 73; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 181; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 51; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 54.

³²⁷ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 50.

³²⁸ Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 28.

³²⁹ Hugenholtz, Bernt, “Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid”, <http://www.iwir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>, septiembre de 2009.

³³⁰ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 229.

³³¹ Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 166, p. 62; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 462; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 175.

³³² Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 51; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 73; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 222; De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 95; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 116.

avances en materia de *software* y bases de datos).³³³ Respecto al polémico tema del almacenamiento temporal, la directiva prevé un derecho de reproducción amplio que cubre *todas* las reproducciones, temporales o permanentes, por cualquier medio;³³⁴ sin embargo, dada la preocupación de varios estados miembros respecto de las reproducciones temporales, se creó una restricción sobre el particular, la cual es la única obligatoria, como se verá más adelante.³³⁵

La directiva contempla, asimismo, un derecho de comunicación al público que cubre la disseminación de obra por medios no físicos, incluyendo los accesos individuales a obras en Internet, sin necesidad de que el público concorra en un mismo lugar, ni disfrute la obra al mismo tiempo,³³⁶ como se puede observar en su artículo 3.1, en el que se aprecia aquí una clara sintonía con la figura de la puesta a disposición prevista en el TODA.

Asimismo, la directiva en estudio, en plena concordancia con la mayoría de la doctrina europea, contempla la no aplicación del derecho de distribución a servicios en línea,³³⁷ dejando perfectamente claro que el artículo 8o. del TODA se implementa a través de la vía de la comunicación pública.

³³³ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 74.

³³⁴ Westkamp, Guido, "Author's rights and internet regulation: the end of the public domain or constitutional re-conceptualization?", en Perez Pugatch, Meir (coord.), *The intellectual property debate. Perspectives from law, economics and political economy*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, p. 273; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 322; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 74; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 326, p. 87; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, pp 346 y 347; Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 229.

³³⁵ Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 313, p. 118; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 323; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 75; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 348; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 51.

³³⁶ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *Intellectual property law*, Nueva York, 3a. ed., Oxford University Press, 2009, p. 150; Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 96, p. 1461; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 231 y 232; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 117; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 326, p. 88; Mazzioti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, pp. 65 y 66; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 409; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 52; Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 229.

Como corolario, cabe destacar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya dictó su primera sentencia sobre este derecho. Se trata del caso C-306-05, *SGAE vs. Rafael Hoteles, S. A.*, del 7 de diciembre de 2006, en el que se señaló que cuando los hoteles ofrecen a sus huéspedes televisiones en las habitaciones, se está realizando un acto de puesta a disposición (comunicación pública) de una obra, y por tanto, debe obtenerse la respectiva autorización.

³³⁷ Mazzioti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, pp. 66 y 67; Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 229; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 76.

En el tema de las restricciones a los derechos de explotación, la intención era avanzar lo más que se pudiera hacia una armonización, empero, los resultados fueron más bien modestos, por no utilizar otro calificativo.³³⁸ De hecho, las obligaciones que el TODA impone en la materia son pocas, y si la directiva pretendía implementar tal tratado, no había necesidad de entrar tanto al tema de las restricciones como se hizo (máxime que fue un tema tangencial en el *Libro Verde* de 1995).³³⁹

Este rubro fue de uno los más difíciles a los que se enfrentaron las autoridades comunitarias, pues los países no estaban dispuestos a deshacerse de las restricciones tradicionales que contemplan en sus leyes. El resultado es que la directiva contempla un catálogo amplio de restricciones al derecho de explotación,³⁴⁰ lo cual es algo verdaderamente insólito, pues es el primer instrumento supranacional que establece un listado de ese tipo³⁴¹ en Europa.³⁴² Como ejemplos de las restricciones previstas en la directiva, encontramos las siguientes: la copia privada, ciertas reproducciones en bibliotecas y museos, la grabación efímera, usos como ilustraciones con finalidad educativa, artículos sobre temas de actualidad, el derecho de cita, uso con fines de seguridad pública o en procedimientos gubernamentales, uso a favor de personas con minusvalías, uso en celebraciones religiosas u oficiales, usos incidentales, la parodia, casos de importancia menor, etcétera.³⁴³

³³⁸ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 53; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 684; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 304.

Por otro lado, la Unión Europea continuó así con la tradición jurídica continental, al prever derechos de explotación amplios y salvaguardar los intereses afectados por la vía de restricciones a esos derechos. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 321.

³³⁹ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 98.

³⁴⁰ Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 321, p. 214.

Dicho catálogo recoge, principalmente, las restricciones ya previstas en varias legislaciones europeas, por lo que no hay mayor novedad. *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 86.

³⁴¹ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 95.

³⁴² Desde 1993 la Comunidad Andina cuenta con un listado de esa clase, como se puede apreciar en su Decisión 351. *Cfr.* Pacón, Ana María, “La protección del derecho de autor en la Comunidad Andina”, en VV.AA., *Derecho comunitario andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003, p. 322.

³⁴³ No queda muy claro el criterio del legislador comunitario para decidir qué restricciones entraban a la lista y cuáles no, pues incluso restricciones sólidamente basadas en derechos humanos, fueron ignoradas por la directiva. *Cfr.* Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 472.

A decir de un sector destacado de la doctrina holandesa, el legislador comunitario se basó primordialmente en las restricciones previstas en varios países miembros y en el Convenio de

Además, de dicha lista amplia de restricciones, sólo una es obligatoria: la relativa a las reproducciones temporales,³⁴⁴ la cual fue formulada en el artículo 5.1 de tal instrumento normativo. Dicha restricción cubre tanto las copias en la memoria caché, como la navegación a través de Internet (*browsing*),³⁴⁵ e incluso, hay quien la considera heredera de la restricción conocida como copia o grabación efímera en materia de radiodifusión.³⁴⁶ Aunque ese alcance se ha cuestionado por la ambigüedad del texto, así como por la interpretación restrictiva y la aplicación de la regla de los tres pasos a que está sujeta tal restricción (artículo 5.5 de la directiva).³⁴⁷ Asimismo, se ha criticado el texto del artículo 5.1, porque genera incertidumbres sobre la importancia económica que pudieran generar las reproducciones temporales.³⁴⁸ De ahí que sea debatido si las copias en memoria RAM están amparadas por la referida restricción; existiendo un sector doctrinal que las considera excluidas por tener significancia económica propia.³⁴⁹

De particular interés es el régimen de la copia privada, por lo que conviene echar un vistazo al artículo 5.2.b de la directiva:

Berna, sin que se aprecie un esfuerzo de atender la problemática de las restricciones propias de Internet. véase Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 99.

³⁴⁴ Bently, Lionel, y Sherman, Brad, *op. cit.*, nota 336, p. 201; Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 321, p. 214; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 472; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 421; Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 185; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 326, p. 92; Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 30 y 31; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 409; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 53; Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 230.

³⁴⁵ Álvarez, Belén, Gabeiras, Patricia, y Muñoz, Emma, *op. cit.*, nota 96, p. 1466; y Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 53.

En contra, hay quienes estiman que algunos tipos de copias caché están excluidas de la restricción, como por ejemplo Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 359.

³⁴⁶ 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. 332.

³⁴⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 324 y 325; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 84.

Sobre la regla de los tres pasos en la directiva, véase Griffiths, Jonathan, “The ‘three-step test’ in European copyright law – problems and solutions”, Research paper no. 31/2009, Queen Mary University of London, 2009, p. 3; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 684; Garza Barbosa, Roberto, *op. cit.*, nota 98, p. 119; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 365; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 54.

³⁴⁸ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 53.

³⁴⁹ Entre este sector, se encuentra Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 35.

Artículo 5o. Excepciones y limitaciones

[...].

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2o. en los siguientes casos:

[...].

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6o.

Esto implica que la directiva ofrece diversas alternativas a los estados de la Unión Europea, cuyos legisladores tendrán la decisión final sobre el régimen jurídico de la copia privada. Particularmente, destaca el carácter optativo de la regulación de la copia privada; y sólo en caso de que los estados decidan contemplarla como una restricción al derecho de explotación, deberá establecerse un derecho de simple remuneración,³⁵⁰ además de que debe tenerse en cuenta si el titular de derechos de explotación blinda su obra con medidas tecnológicas de protección (caso en que la posibilidad de realizar copias privadas se deja prácticamente a la voluntad del titular de derechos, manifestada en una licencia, como se explica *infra*).³⁵¹ También llama la atención que la directiva no haya distinguido entre copia privada analógica y copia privada digital, estableciendo el mismo régimen jurídico para ambas.³⁵²

En conclusión, coincidimos con Hugenholtz cuando afirma que el tener un listado exhaustivo de restricciones no es una sabia decisión, dado el dinamismo propio de Internet y la constante evolución de las formas de utilización de obras; amén que la directiva está redactada con referencias expresas a tecnologías vigentes. Y si bien existe una pequeña válvula de seguridad en el artículo 5.3 (usos de importancia menor), ella sólo se

³⁵⁰ La “compensación equitativa” es entendida por la Comisión como derechos de remuneración. *Cfr.* Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 54.

³⁵¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 171 y 172.

³⁵² Guibault, Lucie, “The limit of balancing interests through copyright levies”, en Andorno, Roberto, Hoppe, Nils, y Lenk, Christian, (coords.), *Ethics and law of intellectual property. Current problems in politics, science and technology*, Reino Unido, Ashgate, 2007, p. 237; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 117; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 248.

refiere a restricciones ya existentes el ámbito analógico.³⁵³ Además, que la postura tomada en la directiva no está muy acorde con la declaración concertada del artículo 10 del TODA sobre la posibilidad de adoptar nuevas restricciones.³⁵⁴ Desde luego, el que casi todas las restricciones sean de adopción optativa para los países, poco ayuda a lograr una armonización en esta materia.³⁵⁵

Por tal razón, estamos de acuerdo con la postura de Casas Vallés, quien afirma que “lo más sensato habría sido un pequeño listado de límites obligatorios acompañado de una fórmula abierta, capaz de dar acogida a otros más”.³⁵⁶

Por lo que hace al tema de las medidas tecnológicas de protección, hay primero que apuntar que el mismo no sólo fue tratado en la directiva en estudio, sino también la Directiva de Acceso Condicional, la cual regula los servicios de radio y televisión (sean o no digitales).³⁵⁷

En este sentido, el artículo 6o. de la Directiva de la Sociedad de la Información contempla una prohibición amplia de la elusión de las medi-

³⁵³ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329.

Este destacado académico también critica que se limite a los legisladores nacionales la posibilidad de establecer nuevas restricciones, lo cual puede ser contrario a las máximas de subsidiariedad y proporcionalidad del derecho comunitario (y un posible vicio de invalidez de la directiva).

Respecto de las restricciones de importancia menor, véase Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *op. cit.*, nota 321, p. 214; Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 492; Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 54.

³⁵⁴ Sobre el particular, Begoña Ribera considera que la directiva va en contra de la declaración concertada al artículo 10 del TODA, la cual señala que deben establecerse nuevas restricciones necesarias para conservar el equilibrio de intereses en Internet, añadiendo: “Ni siquiera se han previsto los nuevos avances tecnológicos que han surgido durante el proceso legislativo de la Directiva, lo que determina su carácter obsoleto antes de su transposición a las legislaciones nacionales”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 366.

Garrote también coincide en que no se está tomando en cuenta la declaración concertada del TODA, criticando que la directiva está limitando mucho la libertad de los legisladores nacionales y que no es lógico negar a estos legisladores la posibilidad de crear nuevas restricciones al derecho de explotación en Internet. *Cfr.* Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 426 y 427.

En el mismo sentido, véase López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 91.

³⁵⁵ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 86 y 170; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 365.

³⁵⁶ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 684.

³⁵⁷ Hoeren, Thomas, *op. cit.*, nota 257, p. 575; y Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 246 y 247.

Cabe destacar que la normatividad comunitaria ya había regulado previamente las medidas tecnológicas de protección en el artículo 7.1.c de la Directiva de Programas de Ordenador.

das tecnológicas de protección, que abarca toda prestación de servicios, así como la fabricación o distribución de aparatos o componentes de elusión, a sabiendas o con conocimiento razonable de que su finalidad es eludir la medida.³⁵⁸

Aunque el texto de la disposición en glosa no habla expresamente de medidas de control de acceso y control de uso de las obras, la amplia redacción del artículo 6.1 y el que el artículo 6.3 se refiera a “un control de acceso”, nos permite concluir que la directiva da cobijo a ambas clases de medidas.³⁵⁹ Esto nos plantea, al igual que en la DMCA, la existencia de un posible “derecho de acceso”.³⁶⁰

Claramente se exige autorización del titular de los derechos de autor para realizar los actos de elusión, lo que se traduce en que no basta la autorización de la ley (por ejemplo, mediante una restricción al derecho de explotación), sino que siempre que se eluda una medida tecnológica de protección, para *cualquier fin*, debe contarse con el permiso del titular o titulares respectivos.³⁶¹

De esta forma, se aprecia que la Unión Europea buscó incorporar en la directiva una protección contra las medidas de elusión muy similar a la

³⁵⁸ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, pp. 229 y 230; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 465; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 554; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 182; Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 326, p. 93; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 372; Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 313, p. 95.

³⁵⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 564.

³⁶⁰ Sobre este tema, véase Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 71.

En este sentido, nos explica con detalle Garrote: “Si sancionamos la conducta de eludir las medidas tecnológicas que controlan el acceso y el uso de una obra o prestación —por ejemplo, un usuario que visualiza un sitio web saltándose la contraseña que lo protege— estamos en realidad formulando un ‘derecho patrimonial exclusivo’ que dice que: ‘el titular de los derechos de autor tendrá el derecho de autorizar el acceso y el uso de sus obras y prestaciones cuando éstas se encuentren protegidas por medidas tecnológicas’”. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 564.

Cfr. también Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 302 y ss.; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 176; y Westkamp, Guido, *op. cit.*, nota 334, p. 280.

³⁶¹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 559-562.

Añadiendo este autor que: “un individuo no puede eludir una medida tecnológica de protección con la ‘excusa’ de que pretendía ejercitar una excepción autorizada por ley. Necesita en todo caso de la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual”. *Ibidem*, p. 583.

Cfr. también, López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 103.

contenida en la DMCA de los EUA,³⁶² aunque con mayor amplitud, pues mientras en este último país no está prohibida la elusión de medidas que controlan la utilización de las obras (sólo se prohíben los actos de elusión de acceso), la directiva sí prohíbe la elusión de medidas relativas al uso de creaciones.³⁶³ Garrote explica esta postura de las autoridades comunitarias en los siguientes términos:

El motivo de fondo parece claro. Si se quiere montar un sistema de protección efectivo, dicho sistema no puede ser eludido con la “excusa” de que se quiere ejercer una excepción, porque dicha excusa se podría alegar siempre, y la prueba de que lo que se pretendía era violar los derechos de propiedad intelectual y no ejercer un acto legalmente autorizado es harto difícil.³⁶⁴

Se aprecia, entonces, que en esta materia, la directiva está yendo más allá del TODA, el cual contiene una salvaguarda en el sentido de que las elusiones hechas para realizar un uso permitido por ley (léase restricciones al derecho de explotación) no deben considerarse violatorias de las disposiciones protectoras de esas medidas.

Respecto a la relación entre medidas tecnológicas de protección y restricciones a los derechos de explotación, a diferencia de la DMCA,³⁶⁵ la directiva prevé una serie de disposiciones, aunque el resultado no es muy encomiable.

En este sentido, la directiva distingue entre obras licenciadas por Internet y el resto de obras.³⁶⁶ A este último tipo de obras se refieren los dos primeros párrafos del artículo 6.4 de la Directiva de la Sociedad de la Información, los cuales establecen lo siguiente:

³⁶² Hilty, Reto M., “The expansion of copyright law and its social justification”, en Liu, Kung-Chung, y Heath, Peter (coords.), *Copyright law and the information society in Asia*, Portland, Hart, 2007, p. 9; y Lucchi, Nicola, *op. cit.*, nota 166, p. 65.

³⁶³ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 553; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 183; Mazzitotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 72.

³⁶⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 561.

³⁶⁵ En estricto sentido, los casos en los que se pueden eludir las medidas tecnológicas conforme a la DMCA no dependen de que exista o no *fair use*, sino de que así fueron tipificadas en la ley o por la autoridad administrativa. En cambio, lo que plantea la directiva es qué hacer cuando, al existir una restricción al derecho de explotación, la medida tecnológica impide ese uso lícito.

Como bien dice Lipszyc: “La Directiva no contiene excepciones precisas a las disposiciones contra la elusión similares a las previstas en... la DMCA, ...sino que establece algunos principios generales relacionados con las limitaciones y excepciones tradicionalmente acogidas en las leyes sobre derecho de autor”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 183.

³⁶⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 572; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 114; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 80.

Artículo 6o.
Obligaciones relativas a medidas tecnológicas

[...].

4. No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5o. o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5o., a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5o. y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones.

Cabe iniciar la glosa de estas disposiciones adhiriéndonos a la doctrina que ha criticado su complicada y poco precisa redacción.³⁶⁷

Dicho lo anterior, el sentido de las disposiciones transcritas es establecer tres reglas respecto a las obras no licenciadas en línea, a saber:

- Cuando lo que esté en juego sean reproducciones no lucrativas por centros de enseñanza, bibliotecas o museos públicos; el fotocopiado; grabaciones efímeras; reproducciones no lucrativas de radiodifusiones por instituciones sociales; ilustración con fines educativos e investigación científica; uso para minusválidos; y con fines de seguridad pública o en procedimientos administrativos o judiciales, se deja a la voluntad de los titulares de derechos el tomar medidas para facilitar a los usuarios el ejercicio de esas restricciones, y en caso de que los titulares de derechos no procedan de esa manera,

³⁶⁷ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 463; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 572; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 373.

entonces el Estado *debe* tomar “medidas pertinentes”, siempre que la intensidad de esa medida pertinente sea proporcional (no neutralice la medida tecnológica de protección) y que quien se beneficie de la restricción sea un usuario legítimo (es decir, que haya pagado el acceso a la obra);³⁶⁸

- Cuando lo que esté en juego sea la copia privada de obras digitalizadas, pero no por Internet, los estados *pueden* adoptar “medidas pertinentes” para permitir esas copias privadas, a menos que los titulares ya hayan permitido la realización de copias privadas, y nunca en perjuicio de la decisión del titular de decidir cuántas copias privadas le autoriza al usuario;³⁶⁹
- Respecto del resto de restricciones (por ejemplo, derecho de cita, informaciones de actualidad, obras situadas permanentemente en lugares públicos, parodia, uso incidental de obras, etcétera) la directiva no permite eludir medidas tecnológicas de protección, dejándose la cuestión a lo que decidan los titulares de derechos.³⁷⁰

De entrada, ¿a qué se refiere la directiva cuando habla de “medidas pertinentes”? Se ha especulado que esto puede ser desde una obligación material del Estado (proveer de medidas tecnológicas para realizar la elusión) hasta una obligación jurídica (establecer cauces para que el titular desactive la medida).³⁷¹

Además, se aprecia que el régimen de las copias privadas digitales no en línea, es meramente facultativo, pues queda a la discreción de las legislaciones nacionales determinar si la copia privada será controlada por los

³⁶⁸ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 472; Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, pp. 560 y 561; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 577 y 578; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 184; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 124-128.

³⁶⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 578 y 579; Guilbault, Lucie, *op. cit.*, nota 352, p. 238; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 184 y 185; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 472; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, pp. 80 y 81; Mazzioti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 95; Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 412; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 374.

El que los estados tomen medidas es meramente optativo, y los países comunitarios sólo pueden ejercer esa facultad en caso de que los titulares de derechos no hayan autorizado contractualmente la copia privada (en esta hipótesis, debe estarse a lo pactado en la licencia). *Cfr.* López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 133.

³⁷⁰ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 580; y López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 134.

³⁷¹ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 473; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 577; Hugenoltz, Bernt, *op. cit.*, nota 329; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 127 y 128; Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 80.

titulares de derechos o si el Estado proporciona “medidas pertinentes” para eludir las medidas tecnológicas de protección con el fin de realizar copias privadas.

De cualquier forma, como bien afirma Ficsor,³⁷² en las tres hipótesis ya señaladas subyace, como razón principal, darle prioridad a lo que acuerden el usuario y el titular del derecho en los respectivos contratos de licencia; o como lo dice más claramente Delia Lipszyc:³⁷³ la solución “reposa en la voluntad de los titulares de derechos”.³⁷⁴

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obras licenciadas por Internet (que sería el grueso de los supuestos), lo encontramos en el cuarto párrafo del artículo 6.4 de la Directiva: “Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”.

Dicha disposición es sorprendente, pues señala que lo que prevalece es la voluntad del titular del derecho, inclusive frente a las restricciones al derecho de explotación, convirtiendo el llamado “derecho de acceso”, en un derecho prácticamente absoluto; por lo que el usuario nunca podrá eludir la medida tecnológica de protección si no cuenta con el permiso del titular.³⁷⁵

Esto es muy criticable, pues *prácticamente anula la figura de las restricciones al derecho de explotación en Internet*.³⁷⁶ En los usos en línea, queda descartada la

³⁷² Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 561.

³⁷³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, p. 184.

Véase asimismo, Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 472; Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Echoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 108; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 115; Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 73.

³⁷⁴ Esta respuesta sigue a pie de juntillas la filosofía neoclásica o maximalista de los derechos de autor derivada de la escuela de Chicago. Para una breve explicación y crítica de esa postura, *cf. infra* el apartado subcapítulo IV, número 1.

³⁷⁵ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 283; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 573 y 574; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 201.

³⁷⁶ “Por ello, las medidas tecnológicas de protección van a prevalecer en todo caso, incluso frente a los límites. El disfrute de las limitaciones a los derechos de autor queda supeditado a la libertad de contratar”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 115.

De igual forma Reinbothe indica: “being the beneficiary of an exception gives no right to hacking or circumventing technological measures”. Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 411.

Ya en particular sobre la solución comunitaria en materia de copia privada, Cabedo nos refiere: “La solución propugnada por la Directiva respecto a la interrelación entre límites, en particular el de la copia privada, y medidas tecnológicas, no ha sido valorada positivamente por la doctrina, fundamentalmente porque el art. 6.4 no consigue alcanzar el equilibrio pretendido entre los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios, y porque

posibilidad de desactivar las medidas tecnológicas de protección. En este sentido, nos refiere Garrote:

De este modo, la lista de excepciones del artículo 5o. sólo juega de forma efectiva para el entorno fuera de línea —dentro de los límites de los dos primeros párrafos del artículo 6.4—, pero no tiene validez práctica para el mundo de Internet, en el que previsiblemente se va a acudir masivamente a la contratación en línea.³⁷⁷

Sobre esto, el considerando 45 de la directiva, claramente señala:

Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5o. no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional.

En este sentido, el alcance de la directiva es bastante cuestionable al privilegiar los intereses de los titulares de derechos, y subordinar a estos otro tipo de intereses involucrados, al grado de sancionar la elusión de medidas tecnológicas aplicadas a cualquier contenido (incluyendo los contenidos no protegidos por derechos de autor) y al prácticamente impedir que alguien pretenda utilizar una restricción al derecho de explotación frente a una medida tecnológica de protección.

La situación, es justificada jurídicamente por Antequera Parilli al afirmar que el artículo 11 del TODA “sólo contempla una protección mínima y que puede ser ampliada por las legislaciones nacionales”.³⁷⁸

Tal opinión parece intachable en principio. Si el TODA es un tratado que sólo establece obligaciones mínimas, y los estados pueden contemplar una protección mayor a la ahí prevista, no parece antijurídico que se vaya más allá de dicho acuerdo al sancionar la elusión de medidas tecnológicas aplicadas a contenidos no protegidos por derechos de autor y al sancionar toda clase de elusiones (incluyendo las que tengan por fin ejercer una restricción al derecho de explotación). De hecho, el artículo 11 del TODA no contiene ninguna *prohibición* para que los estados legislen en ese sentido.

Sin embargo, bien miradas las cosas, una conclusión de ese tipo presenta algunas incorrecciones hermenéuticas, empezando porque el derecho

la Directiva deja sin resolver muchas cuestiones prácticas”. Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 83.

³⁷⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 575.

³⁷⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 392.

no se interpreta por partes,³⁷⁹ por lo que no sólo debe tomarse en cuenta el texto del artículo 11 del TODA.³⁸⁰

A mayor abundamiento, las reglas de interpretación en el derecho internacional, y en particular la regla general de interpretación prevista en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establecen que en la interpretación de un tratado no sólo se debe acudir al articulado, sino también a su *preámbulo* (artículo 31.2), y debe tomarse en cuenta el *objeto y fin* del tratado (artículo 31.1).³⁸¹

En este sentido, el preámbulo del TODA (cuyo valor normativo no está en duda)³⁸² nos demuestra, por un lado, que el objeto y fin de ese tratado era proteger los derechos de los autores,³⁸³ por lo que, de entrada, regular medidas tecnológicas sobre contenidos *no protegidos* por derechos de autor, queda fuera de la finalidad de ese acuerdo. Pero por otro lado, y en lo que resulta más destacable, el preámbulo del TODA hace evidente que *dicho tratado tiene como objeto y fin mantener un equilibrio entre los derechos de autor y los intereses del público* en materia de acceso a las obras.³⁸⁴

Y es evidente que una interpretación como la de Antequera o la postura adoptada en la directiva, es contraria a ese equilibrio, mismo que constituye

³⁷⁹ Como bien explica Grau: “la interpretación del derecho es interpretación del *derecho*, y no de textos aislados, desprendidos *del derecho*” (énfasis en el original). Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 110.

³⁸⁰ Con tino, indica Gutiérrez Baylón: “No es posible hacer la interpretación aislada de un precepto del tratado, sino que es imperativo vincularlo al objeto y fin del mismo, de manera integral”. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los tratados*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, p. 138.

³⁸¹ Véase Gardiner, Richard, *Treaty interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 196 y 197; Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 632 y 633; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Interpretación de los tratados en el derecho internacional”, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, 4a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 144.

³⁸² “Si el preámbulo fue sancionado por los mismos signatarios del resto del tratado se infiere su total aceptación respecto de los principios o postulados ahí contenidos, por lo que es de deducirse que los Estados desearon que dicho preámbulo estuviese incorporado con miras a una mejor consecución de sus intereses comunes”. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 380, p. 48.

³⁸³ En el preámbulo de dicho convenio se establece el deseo “de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible” (énfasis añadido), y se destaca “la notable significación de la *protección del derecho de autor* como incentivo para la creación literaria y artística” (énfasis añadido).

³⁸⁴ El preámbulo del TODA expresamente reconoce “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

el fin y objeto del TODA, propósito que debe ser tomado en cuenta al interpretar sus disposiciones. Amén de que un principio implícito en el derecho de los tratados, y explícito en la Convención de Viena en su artículo 18 (en relación a ciertos temas), es que los estados firmantes *deben abstenerse de frustrar el objeto o fin de un tratado*.

De ahí que el sistema previsto en la directiva, puede ser contrario al fin y objeto del TODA, consistente en el equilibrio entre los intereses del público y los de los titulares de derechos. Sobre esta cuestión, afirma la doctora Llanos Cabedo:

Y las medidas tecnológicas, buscando la protección de los derechos de autor, pueden desequilibrar de nuevo las relaciones entre creadores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual y usuarios cuando su utilización, sobre todo en lo que respecta a la copia privada, queda de forma absoluta a la voluntad de los primeros.³⁸⁵

Inclusive, Mazziotti explica que el artículo 11 del TODA le da cierta inmunidad a las restricciones al derecho de explotación frente a la operación de medidas tecnológicas.³⁸⁶

Además, al concederle tanta importancia a la voluntad de los titulares de derechos en materia de medidas tecnológicas de protección, la directiva está dando pie a la *renuncia contractual* de las restricciones, el cual es otro problema sobre el que volveremos *infra* en el apartado 6.5.4.

Por otro lado, la directiva también contempla una prohibición de eludir información sobre gestión de derechos,³⁸⁷ tema menos controversial que las medidas tecnológicas de protección.³⁸⁸ Desde luego, con esto se implementó la obligación correlativa del TODA.

En fin, si hacemos un balance general de la directiva (sobre todo en el tema de las restricciones al derecho de explotación), podremos constatar que el rumbo y los resultados no son muy plausibles. En este sentido, coincidimos con Begoña Ribera, cuando apunta: “En definitiva, puede concluirse que la Directiva se decanta claramente hacia los titulares de derechos sin que los intereses del público estén suficientemente protegidos”.³⁸⁹ Mientras que Séverine Dusollier indica:

³⁸⁵ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 78.

³⁸⁶ *Cf.* Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 73.

³⁸⁷ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 230.

³⁸⁸ Seville, Catherine, *op. cit.*, nota 309, p. 57.

³⁸⁹ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 366.

Despite the expressed intention of the European lawmaker to safeguard a balance between the rights of the copyright holders and the interests of the users and society at large, the anti-circumvention provisions give the rights owners preference: the protection is broad and surely extends beyond the boundaries of copyright; the exceptions are overridden, albeit the empty promise of the article 6(4).³⁹⁰

De igual forma, López Maza afirma: “De nuevo se están concediendo importantes ventajas a las grandes compañías comerciales, que son las que se benefician en mayor medida de las creaciones intelectuales. Tal situación pone en peligro el acceso del resto de la sociedad a las obras y prestaciones protegidas”.³⁹¹

Así, la crítica generalizada a la directiva, ha sido que esta, más que preocuparse por los autores, pretende proteger a los grandes intereses industriales, dejando desamparados a los creadores frente a contratos abusivos (los cuales son cada vez más comunes).³⁹² En conclusión: bonitos derechos, pero reprochables restricciones.³⁹³

A la Directiva de la Sociedad de la Información, hay que sumarle la Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines de 1993, por virtud de la cual se señaló que en la Unión Europea la duración de los derechos de explotación será de toda la vida del autor y 70 años después de su muerte.³⁹⁴

Con esto, se fortalece un poco más la posición de las industrias culturales, sin que realmente se beneficie a los autores, y, en cambio, se afecta a la sociedad en general. Por consiguiente, en la Unión Europea se está presentando un robustecimiento del derecho de explotación en forma similar a lo acontecido en EUA.

Como nos refiere Hugenholtz, en Europa son varios los académicos y jueces que se han preocupado por este —aparentemente imparable— crecimiento de los derechos de explotación, que se refleja tanto en el aumento del plazo de protección, la ampliación de la facultad de reproducción a copias temporales y al uso digital de obras, y en que las restricciones al dere-

³⁹⁰ Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 462.

³⁹¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 94.

³⁹² Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329.

³⁹³ Vaver, David, *op. cit.*, nota 305, p. 233.

Cfr. también, Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 74, pp. 487 y 498.

³⁹⁴ Esta directiva se encuentra derogada, pero el plazo de protección sigue igual en la vigente Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines de 2006.

Véase Cook, Trevor, *op. cit.*, nota 313, pp. 88-90.

cho de explotación deben derivarse de una limitativa “lista de compras” que establece la Directiva de la Sociedad de la Información.³⁹⁵

En este sentido Waelde indica que la tendencia en los últimos años ha sido la expansión de los derechos de explotación, a su vez que las libertades de los usuarios se han ido mermando.³⁹⁶ Mientras que Guibault refiere: “copyright balance has never been under as much strain as it is today”.³⁹⁷

Esta situación es explicada por Geiger como una consecuencia de la abdicación de poder del Estado a favor de la industria, lo que ha generado una tendencia reciente a que los derechos intelectuales sean modelados por el sector privado, desbordando los límites tradicionales de estas prerrogativas.³⁹⁸

Quedan así expuestos los aspectos más destacados de la Directiva de la Sociedad de la Información, por lo que pasaremos ahora a echar un vistazo sobre cómo se traspuso esa normativa comunitaria.

C. *Transposición de la Directiva*

Las directivas comunitarias, por sí mismas, no afectan las normas jurídicas internas de los estados miembros de la Unión Europea, sino que necesitan transponerse por los legisladores nacionales, es decir, se requiere que las autoridades internas correspondientes reformen la ley o expidan los instrumentos jurídicos pertinentes para que el derecho interno cumpla con lo que exige la directiva.³⁹⁹

Por consiguiente, también la Directiva de la Sociedad de la Información debió ser transpuesta, para lo cual se concedió un plazo que feneció el 22

³⁹⁵ Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 329.

³⁹⁶ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 304, p. 293.

En igual sentido, Hanania explica el fenómeno del crecimiento de los derechos de explotación en las últimas décadas. *Cfr.* Hanania, Lílían Richieri, “Derecho de autor e algumas iniciativas tendentes a proteger o direito de acesso à cultura”, en De Carvalho, Patrícia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 451.

³⁹⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 1.

³⁹⁸ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 328, p. 30.

³⁹⁹ *Cfr.* Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 172, p. 464.

“La finalidad de la directiva es la aproximación entre las legislaciones o las políticas, en general, de los Estados miembros, en base a que dichas legislaciones se adaptan a la directiva de que se trate, aunque la forma y los medios no sean los mismos en cada Estado”. Bacigalupo, Mariano, Fuentetaja, Jesús Ángel, Fernández, Carmen, Linde, Enrique, Mellado, Pilar, y Miralles, Pedro Pablo, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2000, p. 365.

de diciembre de 2002.⁴⁰⁰ No es este el lugar adecuado para analizar a detalle la transposición en cada uno de los países miembros, sino que sólo nos centraremos en algunos puntos relativos a los derechos de explotación y sus restricciones, que nos harán ver algunos de los problemas de la directiva, así como las cuestiones que ha dejado sin resolver.

En particular, se puede observar que se logró la armonización de las principales facultades del derecho de explotación (incluyendo la comunicación al público),⁴⁰¹ pero no se logró armonizar la regulación de las restricciones al derecho de explotación, existiendo muchas diferencias en las leyes europeas.⁴⁰²

Por ejemplo, mientras que países como Alemania⁴⁰³ y España⁴⁰⁴ conservaron la restricción de la copia privada y su respectivo derecho de remuneración, el Reino Unido decidió no incorporar la remuneración por copia privada e incluso eliminó como *fair dealing* la investigación con fines comerciales.⁴⁰⁵

En cuanto a otras restricciones al derecho de explotación, la ley alemana conservó (y en algunos casos, amplió el alcance) de las restricciones existentes, así como incorporó como novedades las restricciones para minusválidos y las relativas a los fines educativos y de investigación,⁴⁰⁶ como también lo hizo la ley española que no contemplaba una restricción en ese sentido.⁴⁰⁷

Por lo que se refiere a la elusión de medidas tecnológicas de protección, en el Reino Unido se prohibió, en general, eludir medidas tecnológicas aplicadas a obras protegidas por el *copyright*,⁴⁰⁸ lo que en opinión de Waelde⁴⁰⁹ no deja espacio para ejercer la defensa de *fair dealing* (en todo caso, lo que habrá son acciones de cese o reclamación de levantamiento de las medidas).

⁴⁰⁰ España, Finlandia y Francia no cumplieron con ese término.

⁴⁰¹ Por ejemplo, esta facultad fue incluida en 2003 la legislación inglesa, lo cual resultó una novedad en ese sistema jurídico. *Cfr.* Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 55.

⁴⁰² “La gran mayoría de Estados miembros, seducidos por la extensa lista de la Directiva, han introducido en su legislación excepciones nuevas que antes desconocían”. López Sánchez, Cristina, *op. cit.*, nota 169, p. 245.

Sin embargo, aun así, las restricciones permitidas varían de país a país.

⁴⁰³ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, pp. 493 y 494 (se conservó tanto la copia privada analógica como la digital).

⁴⁰⁴ Delgado Porrás, Antonio, “La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de Propiedad Intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)”, en Delgado Porrás, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, pp. 375 y 376.

⁴⁰⁵ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 55.

⁴⁰⁶ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, pp. 492 y 493.

⁴⁰⁷ Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 404, p. 376.

⁴⁰⁸ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 55.

⁴⁰⁹ Waelde, Charlotte, *op. cit.*, nota 304, p. 302.

En cambio, en Alemania se buscó que las medidas tecnológicas no afectaran las restricciones al derecho de explotación, por lo que en estos casos, los titulares de derechos deben levantar las medidas a petición de los usuarios, estableciéndose un sistema de multas en caso de que no se cumpla esa petición (aunque, siguiendo a la directiva, se deja abierta la posibilidad de que la cuestión de las restricciones se pacte contractualmente).⁴¹⁰ Situación similar es la de España, en donde los usuarios afectados pueden acudir, incluso, a la jurisdicción civil para hacer valer un uso amparado por una restricción a un derecho de explotación.⁴¹¹

Con esto se puede apreciar que todavía falta mucho en Europa para resolver y unificar los criterios respecto a la problemática de los usos de obras en Internet.

D. *El nuevo libro verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento*

El 16 de julio de 2008 la Comisión Europea emitió el *Libro Verde Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento*.⁴¹² Su propósito, según se advierte en el preámbulo de ese documento, es propiciar el debate acerca de la “mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación”.

La mera apertura para debatir estos tópicos resulta positiva, pues muchos legisladores nacionales han hecho caso omiso a los reclamos de diversos sectores de la sociedad.⁴¹³

Con menos ambición que los previos libros verdes (pero reiterando la importancia de una robusta protección a los derechos de autor), este documento se centra en las restricciones al derecho de explotación y sus implicaciones en la ciencia, la educación y el conocimiento en Internet. Se propone analizar si el sistema de restricciones planteado en la Directiva de la Sociedad de la Información sigue siendo de utilidad en estos momentos.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 496.

⁴¹¹ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 344, p. 53.

⁴¹² Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 9.

⁴¹³ Bajon, Benjamin, Drexler, Josef, Früh, Alfred, Geiger, Christophe, Hilty, Reto M., Klass, Nadine, Krujatz, Sebastian, y Kur, Anette, “European Commission — Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy— Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series no. 08-05, Alemania, 2008, pp. 2 y 3.

⁴¹⁴ Guibault, Lucie, Helberger, Natali, Hugenholtz, Bernt, Van Eechoud, Mireille, y Van Gompel, Stef, *op. cit.*, nota 313, p. 10.

En particular, este libro verde se centra en las restricciones que la Comisión Europea considera más importantes en materia de conocimiento: la relativa a bibliotecas y archivos, la relativa a la docencia y la investigación, la relativa a los discapacitados, y una posible nueva restricción relativa a los contenidos creados por usuarios.⁴¹⁵

La Comisión abrió un periodo de consultas sobre el tema con el fin de luego definir con más claridad las políticas a seguir.

Este nuevo libro verde puede terminar siendo el catalizador para un mejoramiento del sistema de restricciones a los derechos de explotación en la Unión Europea, sobre todo para salvaguardar el derecho a la educación y el derecho a la información. Habrá que ver cómo evoluciona.

Una vez visto el tratamiento jurídico del tema de estudio en EUA y en la Unión Europea, analicemos que ha sucedido en México.

5. *Reflexiones sobre la situación en México*

No es sorpresa que México no conceda mayor importancia a los temas de derechos de autor, y que, como consecuencia, no se haya formulado ninguna política pública integral sobre el impacto de la tecnología digital en la utilización de obras. No encontramos en nuestro país ningún equivalente al *Libro Blanco* de EUA o al *Libro Verde* de la Unión Europea, ya referidos en los apartados previos.

En realidad, los pocos —y deficientes— avances que nuestro país ha hecho en la materia, se derivan del intento de implementar las obligaciones asumidas en el TODA, lo cual encuentra su materialización en la LFDA y en el Código Penal Federal.

Sin embargo, la implementación del TODA ha sido muy peculiar en nuestro país. Sabemos que la conferencia diplomática de Ginebra se llevó a cabo del 2 al 20 de diciembre de 1996, y que el TODA entró en vigor el 6 de marzo de 2002, al haber pasado 3 meses de juntarse las treinta ratificaciones que su artículo 20 exigía.⁴¹⁶ Pues bien la iniciativa de nueva LFDA, se presentó ante el Congreso de la Unión el 13 de noviembre de 1996, se aprobó (con leves cambios) el 5 de diciembre de 1996, y se publicó en el *DOF* el 24 de diciembre de 1996. Como veremos a continuación, la iniciativa de la LFDA ya contenía los principales puntos materia del TODA.

No es difícil concluir que nuestro legislador se precipitó al implementar un tratado, antes de que concluyera la conferencia diplomática respectiva y de que se aprobara el convenio. Esto nos servirá para entender algunas dis-

⁴¹⁵ *Idem.*

⁴¹⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 75, pp. 120 y 238.

posiciones de la LFDA que parecen no tener sentido dado el resultado del TODA, así como comprenderemos (al menos en parte)⁴¹⁷ por qué el TODA no ha terminado de implementarse en su totalidad en nuestro país.

Para ver la manera en que México ha implementado el TODA, dividiremos el análisis de nuestra legislación en los cuatro puntos con base a los que estudiamos el referido tratado: comunicación al público, reproducción, restricciones al derecho de explotación, y medidas tecnológicas de protección (e información sobre gestión de derechos). Finalmente, haremos referencia a si en México se ha presentado o no el mismo fenómeno del fortalecimiento de la posición jurídica de las industrias culturales, visto en otros países.

A. *Internet y la comunicación al público*

Como ya constatamos en el presente capítulo (*supra* subcapítulo III, número 2, letra A), según el artículo 8o. del TODA (relativo a la comunicación al público) la calificación de las transmisiones de obras por Internet depende de la legislación interna (solución “paraguas”), pero debe de protegerse el acto de mera puesta a disposición por virtud del cual el usuario esté en aptitud de acceder en el lugar y en el momento que elija.

Nuestra LFDA cumple con esa obligación internacional, misma que se encuentra implementada de la forma que explicamos a continuación.

Si bien la facultad de comunicación pública del derecho de explotación no está regulada en forma muy técnica en nuestra ley,⁴¹⁸ podemos apreciar que las normas vigentes dan cabal cumplimiento al TODA. En primer lugar, la LFDA proporciona una definición muy amplia del acto de “comunicación pública”, como se desprende de la fr. III de su artículo 16:

Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

[...].

III. Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;

Cuando dicha disposición señala que la obra “se pone al alcance general”, está reflejando el espíritu de la “puesta a disposición” que establece el

⁴¹⁷ Acertadamente, José Luis Caballero indica que la LFDA incorporó sólo parte de las disposiciones sustantivas del TODA. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 3.

⁴¹⁸ Sobre este punto, véase el subcapítulo V, número 2, letra B, subíndice c del capítulo segundo del presente trabajo.

artículo 8o. del TODA, sin que exija que el público acceda simultáneamente a la obra, y siendo irrelevante que la comunicación pública sea de punto a multipunto o de punto a punto. Todo esto se refuerza por la referencia abierta a “cualquier medio o procedimiento”, lo que, incuestionablemente, de cabida a las transmisiones interactivas por Internet.⁴¹⁹

Asimismo, hay que recordar que, en una torpeza legislativa, la LFDA da otra definición genérica del acto de comunicación pública (bajo el rubro de “ejecución o representación pública”, que son, más bien, modalidades de la comunicación pública). Sin embargo, a pesar de la pifia del redactor de la ley, esta diversa definición de comunicación pública nos lleva a la misma conclusión respecto de la implementación del TODA, como se desprende del artículo 16, fr. IV de la ley:

Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

[...].

IV. Ejecución o representación pública: Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro;

De nueva cuenta, se califica el mero acto de puesta a disposición de la obra (bajo la frase “presentación de una obra”) y no se requiere su efectivo acceso por parte del público, así como tampoco se exige el acceso simultáneo por parte de los espectadores u oyentes. La referencia a “cualquier medio” termina por confirmarnos la calificación de las transmisiones por Internet como actos de comunicación pública.

En este orden de ideas, si bien queda claro que los autores pueden autorizar o prohibir el uso de sus obras en Internet, dado que los artículos 24 y 27, fr. VII, de la LFDA conceden un derecho general de explotación sobre cualquier utilización pública de la obra por cualquier forma (con o sin fines de lucro), el propio artículo 27 nos refuerza la aplicabilidad de la facultad de comunicación pública a este tipo casos.

Efectivamente, el artículo 27, fr. II, le da el siguiente alcance a la facultad de comunicación pública:

⁴¹⁹ A igual conclusión llega Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *El derecho de remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesina para optar por el diploma de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2005, p. 13.

Cfr., asimismo, López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 118, p. 26.

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...].

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

De entrada, la referida fr. II habla de controlar “la comunicación pública”, pero no define este término, lo que significa que debemos remitirnos a la definición del artículo 16, fr. III de la ley, la cual, según hemos visto, da cabida a las transmisiones interactivas de obras por Internet.

Pero además, el inciso c) de la fracción en comento habla del “acceso público por medio de la telecomunicación”, lo que incluye a Internet,⁴²⁰ pues a través de esta red se hace telecomunicación (comunicación a distancia), y el texto normativo sólo habla de acceso público, pero nunca nos dice que tal acceso debe ser simultáneo, ni que no pueda ser sólo de punto a punto.

Ahora bien, como se recordará, uno de los errores de técnica legislativa de la LFDA es que, en su artículo 27, dedicó una fracción adicional para la modalidad de transmisión pública, separada de la fracción que regula genéricamente la comunicación pública.⁴²¹ Sin embargo, esta fracción relativa a la transmisión pública nos confirma la conclusión ya esbozada en relación a Internet:

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...].

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;

⁴²⁰ En el mismo sentido, Schmidt, Luis C., “Digital millenium ‘a la mexicaine’”, *Copyright world*, diciembre 2000-enero 2001, p. 23; y Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 3.

⁴²¹ En este sentido, Mora indica que “la técnica legislativa no es muy correcta, ya que la aludida fracción III está de más, pues el acceso al público por medio de la telecomunicación, referida en el inciso c) de la fracción II, es precisamente el contenido de la III”. Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 419, p. 14.

Para más detalles sobre ese error, véase el subcapítulo V, número 2, letra B, inciso c, del capítulo segundo.

- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido por conocerse.

Y decimos que esto también da cabida a las transmisiones por Internet, dado que la fr. III habla de transmisión “en cualquier modalidad”, lo que permite incluir las transmisiones interactivas en Internet o transmisiones “a la carta”, en donde el usuario elige el contenido, así como el momento y lugar en donde accede. De igual forma, nada en el texto de la referida fracción, establece que el público debe acceder a la obra al mismo tiempo o en el mismo lugar. Además de que la referencia a cualquier medio “conocido o por conocerse”, de plena cabida a Internet.⁴²²

De hecho, Luis Schmidt estima que la inclusión de este “derecho de transmisión” de la fr. III separado de la fr. II (relativa a la facultad de comunicación pública), se hizo para cumplir con el artículo 8o. del TODA.⁴²³ Independientemente de lo que pudo haber motivado al legislador, queda claro que el referido tratado no exigía crear un nuevo “derecho de transmisión”, pues como vimos en el subcapítulo III, número 2, letra A, del presente capítulo, cada país es libre de determinar cómo implementar la regulación de la puesta a disposición por Internet (e incluso, daba un guiño a quienes consideraban que debía hacerse a través de la facultad de comunicación pública);⁴²⁴ amén de que la mera definición de comunicación pública contenida en la LFDA (artículo 16) y la correlativa facultad genérica de comunicación pública (artículo 27, fr. II), cumplían con todo lo exigido por el TODA. De hecho, una comparación jurídica de diversos ordenamientos en el mundo, nos demuestra que el mero derecho de comunicación pública (con los requisitos establecidos por el TODA), es más que suficiente para

⁴²² De conformidad con la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, el derecho de comunicación al público previsto en artículo 8o. del TODA se implementa a través de las fr. II y III del artículo 27 de la LFDA. *Cfr.* “Estudio sobre las disposiciones nacionales de aplicación del WCT y el WPPT”, estudio preparado por la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, p. 528.

⁴²³ Schmidt, Luis C., “Mexico: Internet copyright”, *Computer und recht international*, Colonia, febrero 2001, p. 32.

⁴²⁴ En este tenor, cabe recordar lo afirmado por Ginsburg en el sentido de que la “puesta a disposición” no es, en estricto sentido, un nuevo derecho de autor sino parte integrante de la facultad de comunicación pública. *Cfr.* Ginsburg, Jane C., “The (new?) right of making available to the public”, en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 246.

implementar el referido tratado, sin que fuera necesario crear un “derecho de transmisión”. Además, más que un “derecho de transmisión”, los artículos 16 y 27 de la LFDA nos demuestran que esta ley implementó el TODA echando mano de la facultad de comunicación pública.

Finalmente, cabe citar el artículo 113 de la LFDA, que si bien nada abona al artículo 27, fr. II y III, reitera la protección de las obras que circulan por Internet, al señalar que quedan protegidas transmitidas por medios electrónicos a través de redes de telecomunicaciones.

Por todo lo anterior, se concluye que el artículo 8o. del TODA está implementado en el derecho mexicano, y que, conforme a la LFDA, las transmisiones de obras en Internet califican como actos de comunicación pública, controlados por la facultad de comunicación pública.⁴²⁵

En cambio, de la lectura del artículo 16, fr. V,⁴²⁶ y 27, fr. IV⁴²⁷ de la LFDA, se concluye que, de conformidad con la postura generalmente aceptada en los países de tradición jurídica europea continental, las transmisiones por Internet no pueden considerarse actos de distribución, pues estos implican la traslación de la propiedad o el uso sobre un ejemplar de la obra, cosa que no sucede en las transmisiones en línea, en las que hay circulación de *bits* (pedazos intangibles de información digitalizada) y no tanto soportes materiales de las obras, como sucede con la transmisión de obras por cualquier forma de telecomunicación (por ejemplo transmisión de películas por televisión o por teléfono).

Como consecuencia, la figura del agotamiento de la facultad de distribución (también conocida como *first sale doctrine*) no aplica para las transmisiones en Internet, como tampoco aplica en ningún otro acto de comunicación pública; no sólo porque la ley no lo diga, sino también porque nunca

⁴²⁵ Esta conclusión se refuerza con la exposición de motivos de la LFDA, que sobre el particular, señala que el autor tiene facultades en materia de “comunicación pública de su obra en cualquier medio, inclusive los más modernos medios electrónicos”.

Cfr. también, en este sentido, Ovilla Bueno, Rocío, *op. cit.*, nota 32, pp. 429 a 431; Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (segunda de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004, p. 28; y Vera Vallejo, Luis, “El marco jurídico mexicano en la nueva sociedad digital”, en VV.AA., *Memorias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, México, Tec de Monterrey-CEM / Federación Iberoamericana de Derecho e Informática, 2000, p. 567.

⁴²⁶ “V. Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma”.

⁴²⁷ “IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley”.

hay una *venta* (ni otro acto traslativo de la propiedad o del uso) de un objeto material. Para más detalles sobre la facultad de distribución, remitimos al subcapítulo V, número 2, letra B, inciso b, del capítulo segundo de la presente investigación.

En conclusión: nuestra LFDA ha implementado satisfactoriamente el artículo 8o. del TODA a través de la regulación de la facultad de comunicación pública, la cual sirve para proteger las obras en las transmisiones digitales por Internet. De ahí que, con acierto, José Luis Caballero afirma que la LFDA permite “controlar el uso o explotación de las obras de creación a través del entorno digital”.⁴²⁸

En contra, Gabriela Barrios estima que el contenido de la LFDA no es suficiente, indicando:

El cuerpo normativo de la Ley referida omite el concepto de Internet, red de redes o supercarretera de la información como concepto (*sic*), aunque se refiere en algunos artículos al “acceso público por medio de la telecomunicación” y la “transmisión pública” de obras a través de “cable, fibra óptica, microondas, vía satélite y medios análogos”. La naturaleza de Internet como red universal requiere de una mayor precisión que derive de un entendimiento del proceso de “puesta en línea” de obras originales que se manifieste en la legislación autoral vigente, aunque hay que aceptar que ésta replantea el concepto de publicación de obras, al precisar que éstas pueden ser puestas a disposición por medios electrónicos.⁴²⁹

Sin embargo, además de que la obligación derivada del TODA era regular la “puesta a disposición” en términos abstractos, y que la máxima de neutralidad tecnológica recomienda no hacer referencias puntuales a una tecnología en particular, hay que mencionar que la legislación comparada nos demuestra que la forma en que México implementó el artículo 8o. (mediante disposiciones generales, sin referencia expresa a Internet) fue la más socorrida y aceptada en otros lares. Razón por la que no compartimos la opinión de Barrios Garrido.

B. *Internet y la reproducción*

En su oportunidad, dijimos que el TODA no contiene artículo alguno relativo a la facultad de reproducción, y sólo una de sus declaraciones con-

⁴²⁸ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 3.

En igual sentido, López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 118, p. 28.

⁴²⁹ Barrios Garrido, Gabriela, “Internet y lo que falta en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 371.

certadas (cuyo alcance jurídico es cuestionable) señala que la facultad de reproducción, tal y como se prevé en el Convenio de Berna, es aplicable en el entorno digital y que el almacenamiento digital en un soporte electrónico constituye una reproducción; sin que esto implique una respuesta definitiva al tema de las reproducciones temporales que se hacen automáticamente en las transmisiones por Internet.

Empero, en el caso de México no sólo no queda lugar a dudas que la facultad de reproducción aplica a Internet, sino además, que *toda* clase de almacenamiento temporal de obras se considera un acto de reproducción,⁴³⁰ como se desprende de la definición contenida en el artículo 16, fr. VI de la LFDA:

Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

[...].

VI. Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier *almacenamiento permanente o temporal* por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa (énfasis añadido).

Lo que nos lleva a concluir que el almacenamiento temporal de obras está sujeto al *ius prohibendi* del derecho de explotación, dado el alcance que la LFDA le da a la facultad de reproducción, como se observa en su artículo 27, fr. I, mismo que permite controlar todo acto de reproducción (que, como vimos, incluye el almacenamiento temporal de obras), así, en términos amplios, sin importar el medio por el que se realice la reproducción.⁴³¹ Incluso, el texto normativo hace mención expresa a los medios de carácter electrónico, como lo es Internet.

⁴³⁰ En este sentido, Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 3; López Paniagua, María Elsa, *op. cit.*, nota 118, p. 26; y Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 419, p. 7.

De igual forma, la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI apunta que el artículo 16, fr. VI de la LFDA considera como actos de reproducción los almacenamientos temporales. *Cfr.* “Estudio sobre...” *cit.*, nota 421, p. 544.

⁴³¹ Inclusive, esto es reforzado por la definición de fijación que establece la LFDA, en donde una obra se considera fijada si existe la posibilidad de que la obra pueda, con base a esa fijación, ser percibida o reproducida, sin que se exija una mayor temporalidad o incluso permanencia, como se desprende del artículo 6o. de esa ley: “Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación”.

Véase Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 66, p. 3.

Asimismo, destaca que la LFDA no contenga ninguna restricción al derecho de explotación relativa a las reproducciones temporales en la red.

El control sobre las reproducciones en Internet se refuerza, además, con lo establecido en el artículo 113 de la LFDA, cuyo texto es el siguiente: “Las obras e interpretaciones o ejecuciones transmitidas por medios electrónicos a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y el resultado que se obtenga de esta transmisión estarán protegidas por esta Ley”. Y el resultado de esas transmisiones en línea son, precisamente, reproducciones de las obras. De tal forma que el artículo 113, si bien no dice nada nuevo, reitera el alcance que nuestra ley le da a la facultad de reproducción en Internet.

Como bien afirma Manuel Becerra, todas esas disposiciones son una reacción de nuestra LFDA ante el fenómeno de Internet.⁴³²

Una posible explicación sobre el por qué nuestra ley sujeta los almacenamientos temporales en Internet a la facultad de reproducción, es que al momento de su tramitación parlamentaria se ignoraban los debates de la conferencia diplomática que dio origen al TODA, pues ambos procedimientos concurren casi simultáneamente; y como ya se explicó *supra*, la propuesta básica del TODA sujetaba las reproducciones temporales a la facultad de explotación, pero dada la polémica que esa cuestión suscitó, no se llegó a un arreglo y no se incluyó esa disposición en el TODA.⁴³³

Como consecuencia, nuestra LFDA implementó una disposición que al final no quedó en el TODA.⁴³⁴ Aunque algunos podrían argumentar que las reproducciones temporales están sujetas a la facultad de reproducción como consecuencia de la declaración concertada del TODA,⁴³⁵ y sobre todo, por el artículo 9.1 del Convenio de Berna;⁴³⁶ por lo que se podría esgrimir que nuestra LFDA sólo está cumpliendo con Berna. Sin embargo, lo verdaderamente preocupante son las consecuencias que la aplicación del derecho de explotación a las reproducciones temporales puede traer a todos los ciudadanos que a diario utilizan Internet, así como al desarrollo del comercio electrónico en nuestro país.

Esto en virtud de que actos, aparentemente inocuos, como el navegar por Internet o el visualizar una obra en pantalla, se convierten en reproduc-

⁴³² Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 60, p. 190.

⁴³³ *Cfr.* Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 420, p. 24.

⁴³⁴ En este tenor, Vega Estrada especula respecto de la LFDA que “quienes la proyectaron se dejaron llevar por la caudalosa corriente que aseguraba que el Tratado —a la sazón en ciernes— asumiría por completo la ‘agenda digital’ que privaba en el supracitado ‘White Paper’”. Vega Estrada, Ignacio, *op. cit.*, nota 228, p. 355.

⁴³⁵ Véase *supra* la nota al pie 116.

⁴³⁶ Véase *supra* las notas al pie 117 y 118.

ciones no autorizadas de obras, lo que se traduce en una violación a la facultad de reproducción si no se cuenta con una licencia del titular,⁴³⁷ máxime que no existe una restricción en ley que permita dichas reproducciones (al menos si aplicamos la doctrina clásica de las restricciones).

En este orden de ideas, e impulsado por un evidente sentido común, Becerra Ramírez opina: “Creo que en lo que respecta a la legislación mexicana ese hecho de simplemente ‘curiosear’ —o navegar—, sin tener objetivos de lucro (que es donde la legislación mexicana pone el acento, insisto) no constituye una violación del derecho de autor en su aspecto económico”.⁴³⁸ No obstante, en los términos en que está redactada la LFDA y aplicando la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, no es posible aceptar la conclusión de Becerra.

En efecto, el derecho de explotación (y concretamente la facultad de reproducción) puede violarse existan o no fines de lucro, pues el artículo 27, fr. I de la ley autoral, es claro en señalar que, *prima facie*, el autor puede autorizar o prohibir *cualquier* acto de reproducción de su obra⁴³⁹. El *fin de lucro* es relevante para saber si el acto de reproducción se puede sancionar

⁴³⁷ Misma que, según nuestra LFDA, debe constar por escrito y prever una contraprestación en dinero para el titular del derecho. *Cfr.* el subcapítulo V, número 2, letra E del capítulo segundo de la presente investigación.

⁴³⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 60, p. 182.

Postura similar es la de Cáppli, aunque este autor, más que enfocarse en la finalidad no lucrativa, se convence por la teleología misma de los sitios *web*, afirmando que “las páginas *web* han sido creadas por sus autores con la expresa finalidad de ser vistas por los navegantes, razón por la cual la carga de las mismas en la memoria RAM del ordenador del navegante jamás puede ser ilícita ya que ésa es su función real”. *Cfr.* Cáppli, Gabriel Andrés, *Principios de derecho penal informático*, México, Ángel, 2004, p. 67.

⁴³⁹ Como bien dice Ribera Blanes: “el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de decidir quién, cómo y en qué condiciones se va a llevar a cabo esa reproducción”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, p. 199.

Entre nosotros Morales Montes, catedrático de la UNAM, explica: “La protección exclusiva otorgada por la LFDA consiste no sólo en el derecho de percibir retribuciones de cualquiera que use o explote su obra, sino en la facultad de decidir por quién, cuándo, cómo y en qué condiciones se llevará a cabo esa utilización”. Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, p. 10.

Inclusive, la situación es la misma en los países del *copyright*, como EUA: “The public appears to believe that copyright law incorporates a distinction between commercial and noncommercial behavior (...) that has never, ever been the rule”. Litman, Jessica, *op. cit.*, nota 211, p. 180.

En general, remitimos a lo dicho en el subcapítulo V, número 2 del capítulo segundo de la presente investigación.

como una infracción administrativa en materia de comercio (artículo 231 de la LFDA) o como un delito (artículos 424, fr. III, y 424 bis, fr. I, del Código Penal Federal);⁴⁴⁰ pero incluso, cuando se hacen reproducciones no autorizadas sin fines de lucro, hay una violación al derecho de explotación que puede reclamarse por la vía civil⁴⁴¹ y hasta por la vía administrativa como una infracción en materia de derechos de autor.⁴⁴²

De esta forma, si almacenamos (reproducimos) temporalmente una obra al navegar por Internet o visualizarla en pantalla, sin fines lucrativos, aun así estaríamos violando el derecho de explotación; máxime que la LFDA no contempla expresamente una restricción que otorgue licitud a esa conducta.⁴⁴³⁻⁴⁴⁴ Cosa diferente podría resultar si dejamos a un lado la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, cuestión que analizamos *infra* en el subcapítulo VI.

En fin, de lo señalado en el presente apartado y en el previo, podemos concluir que, conforme a nuestra LFDA, la calificación jurídica de la transmisión de obras en Internet es la de un acto complejo de comunicación

⁴⁴⁰ En el mismo tenor, aunque con referencia a la legislación argentina, Cabanellas y Palazzi indican: “Las normas penales tienden a aplicarse sólo si existe fin de lucro, pero este requisito no se utiliza generalmente a fin de determinar la responsabilidad civil”. Cabanellas, Guillermo, y Palazzi, Pablo, “Derecho de Internet en Argentina”, en Montes de Oca, Ángel (coord.), *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Heliasta, 2004, p. 49.

⁴⁴¹ *Cfr.* los artículos 213, 217 y 219 de la LFDA, y los artículos 137 y 138 del Reglamento de la LFDA (aunque hay un desafortunado criterio aislado de la Primera Sala de la SCJN, que ignora el contenido de todas esas disposiciones y sujeta la posibilidad de reclamar responsabilidad civil a la existencia previa y firmemente declarada de una infracción administrativa en materia de comercio).

⁴⁴² El artículo 229, fr. XIV de la LFDA sanciona como infracción en materia de derechos de autor, las demás violaciones que se deriven de la interpretación de esa ley y de sus reglamentos (aunque esa norma nos genera varias dudas de carácter constitucional).

⁴⁴³ En el mismo sentido, *cfr.* la opinión de Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2010, pp. 33 y 34.

⁴⁴⁴ Como dato, el 2 de abril de 2009, el grupo parlamentario del PRD presentó en la Cámara de Senadores una iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet, que incluye restricciones al derecho de explotación respecto a las reproducciones temporales en los siguientes términos:

“Artículo 39. De conformidad con lo establecido por el Título VI, Capítulo II de la Ley Federal del Derecho de Autor, además de las limitaciones establecidas en dicha disposición se establecen las siguientes para el caso de obras digitales:

I. La reproducción y almacenamiento de las obras digitales que se encuentren disponibles a través de Internet en la memoria temporal del equipo que se utilice para acceder a las mismas”.

pública y reproducción, como sucede en el grueso de la legislación comparada. Y por tanto, las transmisiones de obras en línea están sujetas tanto a la facultad de comunicación pública, como a la de reproducción.

C. *Internet y las restricciones al derecho de explotación*

En materia de restricciones al derecho de explotación, el texto del TODA se limita a señalar que la regla de los tres pasos es aplicable a toda restricción que quiera formular un país. De esta forma, no había mayor cosa que implementar del artículo 10 de esa convención, sino que, más bien, se trata de una disposición que debe tenerse presente y ha de ser observada por cada Estado al momento de restringir alguna de las facultades del derecho de explotación.

En ese sentido, sin analizar a detalle cada una de las restricciones previstas en la LFDA, podemos afirmar que, aparentemente, las mismas cumplen con lo exigido por la regla de los tres pasos. E incluso, el propio texto del artículo 148 de nuestra ley autoral incorpora el segundo paso de esa regla, al exigir que no se atente contra la explotación normal de la obra.⁴⁴⁵

Asimismo, la declaración concertada al artículo 10 del TODA, establece la posibilidad de crear nuevas restricciones particulares para el uso de obras en Internet, así como de aplicar las restricciones preexistentes a Internet.

Nuestra LFDA no incorpora ninguna de estas nuevas “restricciones Internet”. En particular, no establece la restricción relativa a las reproducciones temporales (la cual, ya vimos, es obligatoria en la Unión Europea), como tampoco hace referencia expresa a la copia privada digital.

Por lo que hace a la aplicación de las restricciones tradicionales previstas en la LFDA al contexto de Internet,⁴⁴⁶ puede concluirse que varias de ellas son de la mayor relevancia, por ejemplo: el derecho de cita (artículo 148, fr. I y III), *i.e.* para usar fragmentos de obras en un sitio web o en una obra propia que se digitalice y se transmita por Internet; o la reproduc-

⁴⁴⁵ En general, sobre la incorporación de la regla de los tres pasos en la LFDA y las restricciones al derecho de explotación previstas en esa ley, *cf.* los subcapítulos VI, número 5 y VIII del capítulo cuarto de esta obra.

⁴⁴⁶ En relación con el artículo 148 de la ley, indica Morales Montes: “Estas excepciones, concebidas en principio para el sistema analógico, deben analizarse para determinar si procede su aplicación o no en el entorno digital”. Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 425, p. 29.

De la misma forma, López Maza afirma: “Los legisladores y especialistas parecen ponerse de acuerdo en el hecho de que las limitaciones aplicables al contexto analógico no deben trasladarse automáticamente al entorno digital”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 5.

ción para ilustrar acontecimientos de actualidad (artículo 148, fr. II), por ejemplo, para usarse en versiones en línea de periódicos o en portales informativos.

El problema de esas restricciones, es que la redacción con la que están formuladas sólo se refiere a la reproducción de obras, más no a la comunicación pública; y como ya vimos, las transmisiones en Internet son controladas tanto por la facultad de reproducción como por la de comunicación pública. De manera que si aplicamos la interpretación restrictiva y estricta propia de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación,⁴⁴⁷ llegaremos a la conclusión de que las referidas restricciones sólo hacen lícita la reproducción de la obra, más no así su comunicación pública, por lo que la transmisión no autorizada en Internet seguiría siendo ilícita por violar la facultad de comunicación pública, a pesar de la restricción a la facultad de reproducción.

Esto nos demuestra un punto muy importante: *la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación representa un obstáculo para la aplicación de las restricciones en Internet* (y por ende, es traba para un ambiente equilibrado de uso de obras en la red y para la satisfacción de todos los derechos humanos involucrados). Si bien no es el único obstáculo, ni es insalvable (una reforma legal puede solucionarlo), hay que dejarlo apuntado desde ahora.

En cambio, la aplicación a Internet de la restricción prevista en el artículo 148, fr. VII de la LFDA, no presenta mayor problema pues su texto restringe expresamente tanto a la facultad de reproducción como a la de comunicación pública.

Otra restricción que se vuelve muy importante en el contexto digital es la copia privada (artículo 148, fr. IV), la cual, en principio, es también aplicable a Internet. Empero, dada la redacción de la LFDA, dicha aplicación presenta algunos problemas.

En primer lugar, la disposición normativa sólo permite la copia privada por una sola vez, mientras que en Internet son varias las reproducciones temporales que se generan para poder visualizar y/o escuchar una obra. En segundo lugar, el texto normativo habla de un solo ejemplar, lo que plantea un doble problema: la palabra “ejemplar” no es la más adecuada para las reproducciones en línea (donde no se generan ejemplares físicos, a la usanza tradicional), y sólo se permite que el “ejemplar” sea uno (cuando ya vimos que en Internet las reproducciones son múltiples).

Por otro lado, como se trasluce de la declaración concertada al artículo 10 del TODA, no debe procederse en automático a aplicar al entorno

⁴⁴⁷ Sobre la misma, véase el subcapítulo VII del capítulo cuarto del presente trabajo.

digital una restricción al derecho de explotación formulada para el ámbito analógico. De ahí la distinción que se ha hecho entre copia privada analógica y *copia privada digital*,⁴⁴⁸ ya que esta última presenta características propias. Efectivamente, aunque en los albores de la tecnología digital la reproducción era costosa y escasa, en la actualidad es fácil, rápido y barato hacer copias privadas digitales, lo que afecta los intereses económicos de los titulares de derechos; en especial porque la calidad de la copia obtenida es idéntica, lo que se traduce en una diferencia básica entre la copia privada analógica y la copia privada digital: en la primera el incremento es lineal (pues es imposible la realización de un número ilimitado de copias, por las mermas en la calidad en cada generación subsecuente) y en la segunda es de carácter exponencial (no hay límites a la posibilidad de reproducir y no existe pérdida de calidad).⁴⁴⁹

De ahí que haya quien estime que la copia privada no deba aplicarse en el ámbito digital, o al menos, no con el mismo alcance que en el entorno analógico.⁴⁵⁰ Empero, como ya vimos, las políticas adoptadas en diversos países se dividen en dos opciones: el no permitir la libre copia privada digital (y someterla al *ius prohibendi* del derecho de explotación) o contemplar la copia privada digital como una restricción al derecho de explotación pero acompañándola forzosamente de un derecho de simple remuneración.⁴⁵¹ En cualquiera de ambos casos, la tendencia es, como nos ilustra De Miguel, a limitar la copia privada en el ámbito digital.⁴⁵²

No es difícil constatar lo complicado de la situación de la copia privada digital en nuestra LFDA, pues además de que el derecho de remuneración por copia privada sigue sin existir en México (y en nuestro foro todavía no

⁴⁴⁸ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, pp. 248 y ss.

⁴⁴⁹ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 102, pp. 367 y 370; y Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, pp. 35 y 180.

⁴⁵⁰ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 481.

⁴⁵¹ A nuestro entender, esta segunda opción es a más deseable y equilibrada.

De hecho, Jason Young estima que una de las razones por la que en Canadá el *copyright* y su tensión con el derecho a la información es menor que en los EUA (y por ende, no tan polémica en la doctrina canadiense) es debido al derecho de remuneración por copia privada. *Cfr.* Young, Jason M., "Constitutional rights and new technologies in Canada", en De Hert, Paul, Koops, Bert-Jaap, y Leenes, Ronald (coords.), *Constitutional rights and new technologies. A comparative study*, La Haya, Asser Press, 2008, pp. 86 y 87.

⁴⁵² De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 274 y 275 (quien ilustra esta tendencia con jurisprudencia alemana).

Asimismo, véase Gross, Robin, "Intellectual property rights and the information commons", en Frank Jørgensen, Rikke (coord.), *Human rights in the global information society*, EUA, MIT, 2006, p. 111.

se comprende esta figura), ya vimos los problemas que plantea la aplicación a Internet del artículo 148, fr. IV, de la ley.

En conclusión: la LFDA no da una respuesta adecuada al tema de las restricciones al derecho de explotación en Internet.

D. *Internet y las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos*

Este es el punto donde peor implementación ha tenido el TODA en nuestro país, lo que se puede considerar como una violación a esa normativa internacional.

Aparentemente, el artículo 11 del TODA trató de ser implementado en nuestro derecho, en primer lugar, a través del artículo 112 de la LDFA, el cual nos merece los siguientes comentarios. De entrada, las formas de elusión de medidas tecnológicas de protección que menciona la ley son: (a) la fabricación o puesta a disposición de aparatos de elusión, (b) la utilización de esos aparatos de elusión, y (c) la prestación de servicios de elusión. Por tanto, no está prohibida la realización de la elusión por uno mismo (sin la intervención de aparatos⁴⁵³ o de prestadores de servicios).

En segundo lugar, el artículo 112 de la LFDA no distingue, como sí lo hace el artículo 11 del TODA, entre elusiones para violar derechos de autor y elusiones que no violen esos derechos. Ya vimos que el TODA no busca que se sancione la elusión de medidas tecnológicas cuando se vayan a realizar actos lícitos⁴⁵⁴ (como el utilizar obras del dominio público o al amparo de una restricción al derecho de explotación); no obstante, el artículo 112 de la LFDA prohíbe, en general, ciertos actos de elusión, sin importar si el propósito de esa elusión es violar derechos de autor o usar lícitamente la obra.

Esto nos deja en una situación similar a la que se ha criticado en EUA y en la Unión Europea: que a pesar de que alguien pueda acceder lícitamente a una obra o realizar cierto uso de ella, se le prohíba eludir una medida tecnológica de protección para tal fin. Por ejemplo, aunque imprimir una

⁴⁵³ No queda del todo claro si el término “aparato” que usa la ley incluye al *software*. Si se interpreta que aparato sólo es sinónimo de *hardware*, el resultado sería que no estaría prohibido utilizar un programa de cómputo para eludir una medida tecnológica de protección (aunque una interpretación de este tipo parece estar en contra del ánimo que inspira esta disposición, de manera que el texto normativo no es muy afortunado). Desde luego, cualquier elusión que haga un usuario por sí mismo (sin valerse de un *software* o un *hardware*) no estaría prohibida por la disposición en comento.

⁴⁵⁴ Véase Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 548.

obra para uso personal es una conducta lícita, sería ilegal eludir la medida anticopia para hacer esa reproducción.

Cuestión que nos genera un serio problema: el artículo 112 de la LFDA choca en cierta medida con las restricciones al derecho de explotación,⁴⁵⁵ y, por ende, afecta los derechos humanos que dan sustento a esas restricciones.⁴⁵⁶ Esto es algo bastante serio, y que nos hace sospechar que, dada su extensión, el artículo 112 de la ley autoral es inconstitucional, por afectar *desproporcionadamente* diversos derechos fundamentales, como el derecho a la cultura o el derecho a la información. En particular, es muy probable que el artículo 112 viole el subprincipio de *idoneidad*, ya que, frente al derecho a la información, no parece existir un bien constitucionalmente protegido que reclame que no se eludan medidas tecnológicas para acceder o usar obras en los términos que la propia ley permite.⁴⁵⁷

Desde luego, al no existir norma expresa que, como en la Unión Europea, diga que las medidas tecnológicas de protección prevalecen por sobre las restricciones al derecho de explotación,⁴⁵⁸ la cuestión puede resolverse mediante una *interpretación conforme* de la LFDA,⁴⁵⁹ para determinar que, cuando alguien eluda una medida tecnológica de protección en ejercicio de un derecho humano amparado por una restricción del derecho de explotación (y por ende, legalmente fuera del ámbito tutelar de los derechos de autor), no se está violando el artículo 112 de la ley. Esto en virtud de la norma básica de derecho civil de que no puede considerarse ilícito el ejercicio de un derecho (máxime cuando es un derecho humano), y en virtud de que si la conducta está amparada por una restricción al derecho de explotación, el legislador ya hizo previamente una *ponderación* y determinó que en esos casos prevalecen los intereses de los usuarios sobre los intereses de los autores o titulares de derechos.

⁴⁵⁵ De hecho, la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, advierte que en la LFDA mexicana no hay disposición o mecanismo para evitar que las normas sobre la elusión de medidas tecnológicas de protección afecten las restricciones al derecho de explotación. *Cfr.* “Estudio sobre...”, *cit.*, nota 421, p. 544.

⁴⁵⁶ Sobre esta cuestión, remitimos a los subcapítulo I, número 1 y 10 del capítulo cuarto de este trabajo.

⁴⁵⁷ *Cfr.* el subcapítulo VI del capítulo primero de la presente investigación, sobre la prueba de proporcionalidad y sus subprincipios.

⁴⁵⁸ Véase el artículo 6.4 de la Directiva de la Sociedad de la Información, así como su explicación *supra*.

⁴⁵⁹ Cabe destacar que el artículo 1o. constitucional, a partir de la reforma de 2011, establece la obligatoriedad de la técnica de interpretación conforme, al indicar: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”.

En tercer lugar, la mayoría de la doctrina ha interpretado el artículo 112 de la LFDA en el sentido de que sólo está prohibida la elusión de medidas tecnológicas de protección aplicadas para proteger programas de cómputo, sin existir tal prohibición respecto de otro tipo obras.⁴⁶⁰ Seguramente, esa interpretación encuentra sustento, entre otros factores,⁴⁶¹ en la complicada redacción del artículo 112. Sin embargo, una lectura más minuciosa nos hace, al menos, cuestionarnos esa interpretación. Esto en virtud de que el texto del referido artículo prohíbe la eliminación de la protección técnica de:

- Los programas de cómputo;
- Las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones, y
- Los programas de elementos electrónicos señalados en el artículo 111.⁴⁶²⁻⁴⁶³

En particular nos interesa el segundo caso, en donde se prohíbe eludir medidas tecnológicas de protección respecto de señales de radiodifusión o de *otro tipo de transmisiones vía telecomunicaciones* (este es el caso de las señales de televisión codificadas, por ejemplo). En tal tenor, debemos recordar que Internet es un medio de telecomunicación, y que por tanto, en términos del propio artículo 112, no pueden eludirse medidas tecnológicas que protejan transmisiones por Internet. Así, sería ilícito desactivar una medida anticopia para imprimir una obra literaria disponible en Internet sólo para su lectura en pantalla, como también sería ilícito “romper” el sobre digital con el que se impide el acceso a una obra musical, por sólo mencionar un par de ejemplos.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 420, p. 24; y Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 130.

⁴⁶¹ Es posible que incida el hecho de que sólo se sanciona como delito e infracción en materia de comercio la elusión de medidas protectoras de *software*, así como que el artículo 112 está dentro del capítulo de la ley que protege los programas de cómputo y las bases de datos (lo que también plantearía la cuestión de por qué, entonces, no se tutelan las medidas tecnológicas de protección relativas a bases de datos).

⁴⁶² El artículo 111 de la LFDA prescribe: “Los programas efectuados electrónicamente que contengan elementos visuales, sonoros, tridimensionales o animados quedan protegidos por esta Ley en los elementos primigenios que contengan”.

A pesar de lo críptico de este artículo, aparentemente se está refiriendo a los videojuegos y a las obras multimedia.

⁴⁶³ Una interpretación similar del artículo 112, puede encontrarse en Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 172.

⁴⁶⁴ El propio artículo 112 nos plantea otros problemas adicionales, como el determinar quién tendría interés jurídico para reclamar la elusión a la medida tecnológica: ¿el titular del derecho de explotación de autor sobre la obra transmitida?, ¿el organismo encargado de la transmisión con base a su derecho conexo del artículo 144 de la ley? o ¿ambos?

En cambio, con excepción de programas de cómputo y obras multimedia, el artículo 112 no daría cobertura a las medidas tecnológicas de protección aplicadas a obras que, aunque estén en formato digital, no se transmitan en línea, como por ejemplo, obras musicales contenidas en discos compactos (CD), obras literarias en CD-ROM, u obras audiovisuales en DVD o Blu Ray.⁴⁶⁵

De cualquier forma, el texto del artículo 112 de la LFDA, dada su deficiente redacción que puede llevar a diversas interpretaciones, parece no aprobar o cumplir con el requisito de protección *adecuada* que exige el artículo 11 del TODA, debido a que el problemático texto del artículo 112 dificulta su mera atribución de significado y, por ende, su aplicación. Amén de que, como afirma Heather Sapp,⁴⁶⁶ el artículo 112 no cubre todos los tipos de elusión de medidas tecnológicas que requiere el tratado de la OMPI.

En fin, el artículo 112 no distingue entre medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras y las que controlan el uso, sino que se refiere en términos generales a la “protección técnica”, pero se colige fácilmente que eludir una medida que impida el *acceso* a una obra transmitida por Internet implicaría una violación a la norma. Por consiguiente, en nuestro régimen jurídico hay elementos para hablar del mentado “derecho de acceso” que se ha ido configurando en otras latitudes.

Ahora bien, la razón por la que el artículo 112 de la LFDA no implementa a cabalidad las obligaciones contempladas en el artículo 11 del TODA es, según explica Luis Schmidt, que el artículo 112 se aprobó antes de que en la conferencia diplomática de Ginebra se acordara el texto definitivo del artículo 11 del TODA.⁴⁶⁷ Eso es cierto (dado que el legislador mexicano se anticipó a los resultados de la conferencia diplomática). De hecho el texto del artículo 112 de la LFDA es más acorde con el artículo 1707 del TLCAN, cuyo texto se refiere a la protección de señales de satélite codificadas portadoras de programas;⁴⁶⁸ de ahí que resulte comprensible la referen-

⁴⁶⁵ Aunque este último caso es más dudoso, pues podría argumentarse que un DVD o un Blu Ray implican una verdadera obra multimedia (artículo 111 de la LFDA), en tanto contienen un interfase (menú de inicio) y diversos contenidos adicionales a la película.

⁴⁶⁶ Sapp, Heather A., “North-American anti-circumvention: implementation of the WIPO Internet treaties in the United States, Mexico and Canada”, *Computer law review and technology journal*, EUA, vol. X, 2005, p. 25.

⁴⁶⁷ Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 420, p. 24.

En el mismo sentido, Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 466, p. 26 (quien, además, critica que la LFDA no se haya actualizado en reformas posteriores para adecuarse a las obligaciones internacionales).

⁴⁶⁸ Esta disposición internacional es también implementada en la LFDA en su artículo 145, el cual, con una redacción más propia de un tipo penal, establece la acción civil que le

cia expresa que hace el artículo 112 de la LFDA a las medidas tecnológicas de protección “de las transmisiones a través del espectro electromagnético”, entre otras. Lo criticable es que, hasta la fecha, nuestro legislador no toma en cuenta la disposición del TODA.

Por otra parte, y dejando a un lado el artículo 112 de la LFDA, hay que apuntar que el artículo 11 del TODA es también implementado a través del artículo 231, fr. V de la LFDA, el cual señala que es una infracción en materia de comercio: “Importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación”. Se aprecia que, aunque el artículo 112 de la LFDA contempla varias actividades de elusión de medidas tecnológicas que están prohibidas, no todas esas conductas se sancionan por la vía de las infracciones en materia de comercio. De entrada, las conductas prohibidas que no tengan una finalidad lucrativa (por ejemplo, prestarle a un amigo un aparato para eludir medidas), no merecerán multa por parte del IMPI. Lo anterior en virtud de que el artículo 231 de la LFDA sólo sanciona conductas que tengan un propósito lucrativo.⁴⁶⁹

Asimismo, sólo se sancionan como infracción administrativa por el artículo 231 de la ley, las conductas relativas a “dispositivos o sistemas” de elusión, es decir, incluye tanto la elusión con *software* (sistemas) como la elusión con *hardware* (dispositivos), siendo esto más claro que la mención a los “aparatos” que hace el artículo 112.

En cambio, mientras el artículo 112 de la LFDA prohíbe la prestación de servicios de elusión de medidas tecnológicas, el artículo 231 no sanciona administrativamente esa prestación de servicios, sólo el lucrar con dispositivos y sistemas de elusión.⁴⁷⁰

De igual forma, llama la atención que el artículo en glosa sólo sanciona los llamados *actos preparatorios*, más no la elusión propiamente dicha de las medidas tecnológicas de protección. Es decir, no es infracción en materia de comercio, el acto de eludir alguna medida tecnológica de protección de un programa de cómputo.

También resulta muy destacable que, ahora sí, el artículo 231, fr. V, sólo sanciona la elusión de las medidas tecnológicas de protección a programas

corresponde a los organismos de radiodifusión frente a la elusión de medidas tecnológicas de protección de sus transmisiones.

⁴⁶⁹ Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 197.

⁴⁷⁰ Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 174.

de cómputo, y no las relativas al resto de las obras⁴⁷¹ (ni siquiera se mencionan las obras transmitidas por redes de telecomunicaciones).

Por lo tanto, se concluye que no todas las conductas de elusión prohibidas por el artículo 112 de la LFDA se encuentran tipificadas como infracciones en materia de comercio. Desde luego, cabría la posibilidad de encuadrar esas conductas como una infracción en materia de derechos de autor mediante la invocación de la ya referida fr. XIV del artículo 229 de la ley (aunque reiteramos la dudosa constitucionalidad de la norma ahí contenida).

Otra disposición que implementa el artículo 12 del TODA, es el artículo 424 Bis, fr. II, del Código Penal Federal, cuyo texto es el siguiente: “A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación”. Como se aprecia, las conductas sancionadas penalmente son todavía menos que las castigadas por la vía administrativa, pues además de reiterarse la necesidad de finalidad lucrativa, sólo es punible la fabricación de sistemas o dispositivos de elusión de medidas tecnológicas de protección (sin que sean sancionables otras conductas como su venta o arrendamiento), más no así la prestación de servicios, ni los actos de elusión por sí mismos; además de que las medidas electrónicas deben proteger un *software*, sin que la elusión de medidas protectoras de otro tipo de obras pueda tener un cauce penal.⁴⁷²

Ahora bien, ¿qué recursos jurídicos quedan en relación a las conductas prohibidas por el artículo 112 de la LFDA, pero que no están tipificados como delito o infracción administrativa? La respuesta lógica son las acciones civiles, pues parece claro que el legislador quiso reservar a esta vía no punitiva la reclamación por la mayoría de los actos de elusión de medidas, dejando al derecho sancionador (penal y administrativo) sólo los actos preparatorios que juzgó más graves.

De la revisión de las normas analizadas, podemos constatar que nuestro país no ha implementado adecuadamente el TODA, además de que es muy discutible que los recursos previstos en la LFDA cumplan con el requisito de efectividad contenido en el acuerdo internacional,⁴⁷³ eso sin mencionar sus problemas de tipo iusfundamental.

⁴⁷¹ Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 460, p. 190; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 469, p. 187; Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 174.

⁴⁷² En general, *cf.* Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, pp. 174 y 175; y Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 466, p. 26.

⁴⁷³ La mayoría de la doctrina considera que México está incumpliendo el TODA en esta materia. *Cfr.*, por ejemplo, Sapp, Heather A., *op. cit.*, nota 466, p. 23; y Velázquez Vértiz, Sergio, *op. cit.*, nota 159, p. 175.

Si la implementación del TODA respecto a las medidas tecnológicas de protección no es la más adecuada en nuestro país, peor es la situación respecto de la información sobre gestión de derechos, pues aquí nuestra legislación no hace mención alguna a esta cuestión, lo que significa que el artículo 12 del TODA sigue sin implementarse en México.

E. Aumento de la duración del plazo de protección del derecho de explotación y balance sobre la situación de las industrias culturales en México

Al igual que en la Unión Europea y en los EUA, México ha aumentado la duración del derecho de explotación;⁴⁷⁴ sin embargo, como veremos a continuación, las razones para hacerlo fueron diferentes.

El texto original del artículo 29 de la LFDA⁴⁷⁵ señalaba que los derechos de explotación, como regla general, duraban toda la vida del autor y 75 años después de su muerte; pero con las reformas de 2003 a ese artículo⁴⁷⁶ se aumentó en 25 años la duración, quedando ahora el plazo en toda la vida del autor y 100 años *post mortem auctoris*.

Tal situación no es de extrañar, ya que la tendencia en Latinoamérica ha sido incrementar los plazos de protección,⁴⁷⁷ como sucede en el resto del mundo. En este sentido, la ley mexicana no es una anomalía.⁴⁷⁸ En realidad, lo llamativo es que México es el país en donde más duran los derechos de explotación, no sólo en la América Latina,⁴⁷⁹ sino en todo el mundo.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ Sobre esta tendencia de aumentar los plazos, *cf.* Braegelmann, Tom, *op. cit.*, nota 281, p. 116.

⁴⁷⁵ DOF del 24 de diciembre de 1996.

⁴⁷⁶ Publicadas en el DOF el 23 de julio de 2003.

⁴⁷⁷ Gómez Madrigal, Laura Sofía, y Prado López, Ángel Fernando, “América Latina: duración del derecho patrimonial de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 24.

⁴⁷⁸ Sin embargo, Jalife indica que es insoslayable cuestionarnos si vigencias tan prolongadas están justificadas. véase Jalife Daher, Mauricio, “Tiempo de revisión al derecho de autor”, *El Financiero*, México, 12 de mayo de 2010, p. 23.

⁴⁷⁹ Caballero Leal, José Luis, “Breve comentario a la reforma realizada a la Ley Federal del Derecho de Autor en México”, http://www.iidautor.org/documents/doctrina/caballero_leal.pdf, septiembre de 2009, p. 4; y Gómez Madrigal, Laura Sofía, y Prado López, Ángel Fernando, p. 24.

⁴⁸⁰ Mientras que en la amplia mayoría de países la duración del derecho de explotación llega hasta los 50 años *post mortem auctoris* (que es el mínimo exigido por el Convenio de Berna), y que en la generalidad de los países con economías más sólidas se contempla un plazo *post mortem auctoris* de 70 años (como los EUA y los países de la Europa comunitaria), sólo unos pocos estados contemplan un plazo mayor, como Guinea y Colombia (80 años *post mortem auctoris*) y Costa de Marfil (99 años *post mortem auctoris*). En este sentido, México

Si la tendencia a aumentar la duración al derecho de explotación es criticable en los países que han impulsado esta política, más desafortunada resulta la situación de México, que es el más extremista entre los extremistas.

Empero, mientras que en los EUA y la Unión Europea el aumento en la duración del derecho de explotación se debió a las fuertes presiones de los grandes empresarios (principalmente de las industrias musical y audiovisual), los cambios legislativos en México no obedecieron a los mismos intereses.

En efecto, según se desprende de la documentación parlamentaria de las reformas de 2003 a la LFDA, el texto original de la iniciativa elaborada por la Cámara de Diputados no contemplaba el aumento del plazo del derecho de explotación. Sin embargo, cuando el Senado dictaminó la iniciativa, decidió hacer algunas modificaciones, entre ellas, el aumento de los derechos de explotación de 75 a 100 años *post mortem auctoris*, alegando principalmente que “el llamado ‘Catálogo de Oro’ de la música mexicana, está a punto de pasar al régimen de dominio público”.⁴⁸¹ Adición que fue votada favorablemente en ambas cámaras.

Así, el principal impulsor de la reforma fue la entonces Sociedad Autores y Compositores de Música, S.G.C. de I.P.,⁴⁸² hoy llamada Sociedad de Autores y Compositores *de México*.⁴⁸³ Es decir, quien cabildeó no fueron las industrias culturales, sino la representación de los autores musicales; aunque desde luego, no son los creadores quienes reciben el beneficio de ese au-

está claramente fuera de la situación imperante en la legislación comparada, pues duplica la media mundial de 50 años *post mortem auctoris*, y excede por 30 años la protección concedida en países altamente protectores, como los EUA y los miembros de la Unión Europea.

Cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 275, p. 106; y Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 443, p. 21.

⁴⁸¹ *Cfr.* el dictamen de las comisiones unidas de educación y cultura, turismo, y estudios legislativos, de 12 de diciembre de 2002.

Otro argumento que se expresó en ese documento, es la manida concepción de una supuesta “competencia desleal” entre autores vivos y autores muertos. Sin profundizar sobre el particular, cabe apuntar que no hay competencia desleal en el sentido jurídico del término, pues los autores muertos no obtienen beneficios económicos a costa de los autores vivos; de hecho, al estar muertos, los autores fallecidos no pueden “actuar contra los usos honestos” en materia comercial.

⁴⁸² Schmidt, Luis, “One little word”, *Copyright world*, febrero de 2004, p. 15.

En este sentido, Caballero señala sin ambages que en esta reforma prevalecieron, casi exclusivamente, los intereses de los autores musicales. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 479, p. 1.

⁴⁸³ Nombre inadecuado pues esta no es la única sociedad de autores en nuestro país, y sin embargo, su denominación parece indicarnos que es *la* sociedad de los autores mexicanos (cuando en realidad sólo agrupa a creadores de obras musicales y sus sucesores, más no a autores de otro tipo de obras).

mento en el número de años *post mortem auctoris*, sino sus sucesores por causa de muerte y la propia sociedad de gestión colectiva.

Además, cabe destacar que, a pesar de las reformas, y a diferencia de los EUA y la Unión Europea, en México no se ha producido el fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales, pues las reformas legales no han seguido una política clara hacia ese propósito (sino que más bien han sido aisladas, asistemáticas, erráticas y coyunturales), y el desempeño de las autoridades administrativas y judiciales (en ese orden) ha dejado mucho que desear. Más bien, la inobservancia de los derechos de autor en México es un preocupante fenómeno que cada vez aumenta más en el país.

Por lo tanto, podemos concluir que en México no ha existido una política pública sobre el uso de obras en Internet, y mucho menos que se haya creado el fenómeno del fortalecimiento de las industrias culturales como consecuencia del rumbo reciente de la legislación autoral.

6. *Excursus: La regulación de los derechos de autor en Internet como deber iusfundamental del Estado*

En los apartados previos ya vimos que Internet es un fenómeno que puede y debe regularse, y que, concretamente en materia de derechos de autor, se ha desarrollado un marco jurídico sobre el particular. Ahora nos detendremos brevemente para destacar que, independientemente de lo anterior, el Estado tiene un deber iusfundamental de proteger los derechos de los autores en Internet. Veamos.

Como ya señalamos en el capítulo tercero de la presente investigación (particularmente en los subcapítulos V, número 6 y VI), existe un derecho humano a la protección jurídico-autoral, por virtud del cual se debe proteger, entre otras cosas, los intereses materiales de los autores; es decir, el Estado debe velar porque estas personas se beneficien económicamente de sus creaciones.

Dicha prerrogativa, como derecho humano que es, está fuera de la esfera de lo decidible,⁴⁸⁴ por lo que los estados no pueden decidir que no se proteja a los autores en Internet, por existir un coto vedado derivado del mencionado derecho fundamental.⁴⁸⁵ Inclusive, al haber un mandato de op-

⁴⁸⁴ Véase el subcapítulo III, número 2 del capítulo primero, y el subcapítulo VI, número 3 del capítulo tercero, ambos del presente trabajo.

⁴⁸⁵ Si bien pudiera argumentarse que los ingresos que reciban los autores por el uso de sus obras fuera de la Internet pudieran ser más que suficientes para proporcionarles un nivel digno de vida (mínimo establecido por el PIDESC, según la observación general 17 del Comité

timización sobre el particular,⁴⁸⁶ los estados no pueden ignorar el fenómeno de la utilización de obras en Internet, sino que, más bien, deben buscar la forma de utilizar ese medio de comunicación para beneficiar, *en la mayor medida de lo posible*, a los autores.

Así, no cabe duda que el Estado debe intervenir para proteger los derechos de los autores en Internet. El problema que se genera es el del alcance de esa protección, pues no deben dejarse a un lado otros valores presentes en Internet como la circulación de información y cultura.

En este sentido, apunta Morales Montes se refiere a la necesidad de que los principios en materia de derechos de autor que han aplicado en el entorno analógico, también se usen en el ámbito digital, “principalmente al Internet, pero con la sensibilidad social para no afectar los derechos fundamentales de acceso a la información y a estar informados”.⁴⁸⁷

Se trata, pues, de encontrar un equilibrio entre la protección a los autores y los valores o intereses que, en ciertas circunstancias, se llegan a contraponer. Empero, esto no es una peculiaridad de Internet, sino es el eterno debate que ha existido en materia de derechos de autor,⁴⁸⁸ como podrá constatar el lector en los capítulos segundo y cuarto de la presente investigación.

La verdadera novedad, ahora, es el medio de comunicación que nos ha planteado el debate; lo nuevo no es el tema en sí, sino la tecnología que nos remite otra vez a la añeja discusión. En el presente capítulo, hacemos nuestra aportación sobre tal problemática.

Empero, y como se ha podido constatar en los párrafos previos, los estados están cumpliendo su deber iusfundamental de proteger a los autores en Internet, aunque sólo parcialmente, pues parece ser que se les está pasando un poco la mano al aumentar la protección de los derechos de explotación a niveles excesivos, y además, con un enfoque más pensado para las industrias culturales que para los autores mismos.

Así, y como desarrollamos más adelante, los derechos humanos exigen, por un lado, que no se soslaye la protección de los autores en Internet, pero

DESC), la verdad es que la tendencia en materia de comunicaciones —incluyendo el fenómeno de la convergencia— está llevando a que Internet se convierta en un medio privilegiado para la explotación de obras, por lo que sería un despropósito no repercutirle a los autores los ingresos que genere una de las principales ventanas de utilización de sus creaciones.

⁴⁸⁶ Sobre los mandatos de optimización que se desprenden de los derechos humanos, véase *supra* el subcapítulo IV, número 1 del capítulo primero de esta investigación.

⁴⁸⁷ Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 8, p. 232.

⁴⁸⁸ “The copyright regime traditionally strikes a delicate balance between the interests of authors and other rights holders in the control and exploitation of their writings on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information and commerce on the other hand”. Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 1.

por otro lado, también exigen que tal protección, a pesar de ser un mandato de optimización, no sea a tal grado excesiva, que afecte severamente otros derechos humanos.

IV. LA RESPUESTA CRÍTICA Y LA POLARIZACIÓN DEL DEBATE

A veces los fenómenos sociales dan la impresión de obedecer las leyes de las ciencias naturales. En este caso así parece ser, pues la regla física de que a toda acción corresponde una reacción de la misma intensidad, se está cumpliendo en cuanto a la temática de los derechos de autor. Efectivamente, ya constatamos el fenómeno del fortalecimiento excesivo de los derechos de explotación (y el debilitamiento de la figura de las restricciones a estos derechos); y ante esa situación, se ha producido una contra respuesta muy fuerte en sentido contrario (radical en algunos sectores).⁴⁸⁹

La consecuencia ha sido la *polarización del debate*.⁴⁹⁰ Prácticamente, desde la aparición del derecho de autor moderno, nunca se había dado una discusión tan ríspida y radicalizada como la que impera en la actualidad, nunca los derechos de autor habían sido víctimas de un ataque tan duro.

Esto se traduce en una maniquea visión de dos bandos confrontados en lo que algunos llaman las “guerras del derecho de autor o del *copyright*”:⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Sobre lo anterior, es muy claro el resumen que hace Von Lewinski: “it has become very popular and, in academic circles, mainstream opinion that copyright protection would be too far reaching, would hinder free access to information and should be more restricted or, as some might wish, even be abolished. Terms such as ‘copywrong’ or ‘copyleft’ have been used by enthusiastic opponents of copyright”. Von Lewinski, Silke, “What is wrong with copyright?”, http://www.planetagora.org/english/theme2_suj6_note.html, diciembre de 2007.

⁴⁹⁰ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 167, p. 24 (quien advierte que esta polarización no está dejando nada positivo).

Sobre el particular, nos refiere José Luis Caballero: “Continuamente el debate sobre el control de las creaciones tiende a irse a los extremos. Por una parte se encuentra la visión del control total, en donde materialmente cualquier forma de uso de una obra está totalmente amparada por el derecho de autor, mediante un sistema en donde todos los derechos están reservados, y por la otra, esta la visión de la anarquía total, en donde los creadores disfrutan de un amplio marco de libertades pero están expuestos a la utilización indiscriminada de dichas obras”. Caballero Leal, José Luis, “Derecho de autor en la nueva era digital, la industria del libro, de la música y del audiovisual. Tendencias. *Creative commons*”, Ponencia de las Jornadas de Derecho de Autor, OMPI / INDA / UP, 6 y 7 de septiembre de 2005, p. 13.

⁴⁹¹ Litman, Jessica, “War stories”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 20, núm. 2, 2001-2002, pp. 337 y ss.; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 10, 11 y 296 (quien menciona que Jack Valenti, de la MPAA, declaró que la lucha contra Internet era su personal guerra contra el terrorismo); Patry, William, *op. cit.*, nota 240, p. 1; Vaidhyanathan, Siva, *The anarchist in the library*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 187.

los que están contra los derechos de autor y aquellos que defienden esos derechos. ¿Quiénes son los buenos y quiénes son los malos? Eso dependerá de la postura de cada persona; para unos, los “buenos” son quienes defienden los derechos de autor, mientras que para otros, esos serían los “villanos”.

Por ejemplo, Raymond Nimmer confronta a quienes se oponen a la propiedad intelectual (a los que llama “*rights restrictors*”) con todos los demás.⁴⁹² Mientras que Goldstein, en forma timorata, divide a las posturas en dos: los “optimistas” del *copyright* (que ven el vaso medio vacío, y por lo tanto, buscan más protección) y los “pesimistas” del *copyright* (que ven el vaso medio lleno, por lo que buscan menor protección).⁴⁹³ Por su parte, Geller explica que en la actualidad el debate está polarizado entre *ciber-anarquistas* y *ciber-legalistas*.⁴⁹⁴

Aunque siempre procura hacerse pasar por moderado, Lessig abona mucho al discurso radical (incluso, suele ser considerado como un gurú por quienes se oponen a la propiedad intelectual, y hasta ha sido llamado el “Elvis del ciberderecho”),⁴⁹⁵ contraponiendo al público en general contra las avariciosas industrias culturales y los corruptos políticos que las apoyan.⁴⁹⁶ Este académico plantea dos tipos de sociedad de la información a elegir: una “feudal” y otra “libre”,⁴⁹⁷ y siguiendo la tónica de las “guerras de la propiedad intelectual”, Lessig llama “guerreros” (*warriors*) a quienes no comparten su punto de vista.⁴⁹⁸

El hecho de que Lessig presente la problemática actual de los derechos de autor como una guerra en contra de los titulares del *copyright*, es decir, como una *lucha de clases*, ha valido que en algunas ocasiones califiquen sus ideas, ingeniosamente, como “*marxistas-lessigistas*”.⁴⁹⁹ Además, este pensador suele utilizar mucho el lenguaje emotivo, lo que, además de implicar falacias argumentativas, trae como resultado manipulación y engaños en el debate.⁵⁰⁰

⁴⁹² Nimmer, Raymond T., *op. cit.*, nota 238, p. 360.

En terminos similares, Greene sólo distingue entre “*IP restrictors*” e “*IP expansionists*”. Cfr. Greene, K.J., “Intellectual property expansion: the good, the bad, and the right of publicity”, *Chapman law review*, EUA, vol. 11, 2008, pp. 522 y ss.

⁴⁹³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 58.

⁴⁹⁴ Geller, Paul Edward, “Copyright history and future: what’s culture got to do with it?”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 47, 2000, pp. 235 y 236.

⁴⁹⁵ Decherney, Peter, *op. cit.*, nota 272, p. 239.

⁴⁹⁶ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 260.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 267.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 83, 126 y 255.

⁴⁹⁹ Hunter, Dan, “Marxist-lessigism”, http://www.legalaffairs.org/issues/November-December-2004/feature_hunter_novdec04.msp, octubre de 2009.

⁵⁰⁰ Cfr. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 592.

De igual forma, Siva Vaidhyathan, de la Universidad de Wisconsin, sólo ve dos bandos en este debate: quienes favorecen una protección “delgada” y quienes se inclinan por una protección “gruesa”.⁵⁰¹

De hecho, la mayoría de los académicos estadounidenses (y algún otro despistado de la familia neorromanista, que no haya estudiado a fondo los derechos de autor con anterioridad) con su visión propia del *copyright*,⁵⁰² representan el conflicto sólo entre dos fuerzas en pugna: (1) las grandes empresas titulares de derechos, y (2) los usuarios de obras. Pero, ¿dónde queda el autor?

En los sistemas de *copyright*, con un enfoque primordialmente utilitarista, el autor es una figura que ha merecido poca atención, y no se le protege tanto como en los sistemas de *droit d'auteur*, de tradición más humanista.⁵⁰³ Por lo tanto, no sorprende que los analistas de los EUA tiendan a presentar la cuestión como un debate bipolar empresario-usuario, ignorando o minimizando la figura del autor.⁵⁰⁴

Inclusive, en este tipo de visiones, normalmente se ubica al autor como alineado a los intereses de los empresarios (pues en ambos casos, estarían a favor de la propiedad intelectual). Empero, como advierten Cornish y Llewelyn, no debemos pasar por alto que las relaciones en materia de derechos de autor no son bipolares, sino triangulares, pues los intereses de los autores son propios y diferentes de los intereses de los empresarios, siendo muy común que también se contrapongan los intereses de los autores con los de las industrias culturales.⁵⁰⁵

Con acierto, en relación con los retos de los derechos de autor frente a los avances tecnológicos, Rodrigo Bercovitz explica: “Telón de fondo

⁵⁰¹ Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 8.

⁵⁰² Este es el “anglocentrismo” que estaremos criticando constantemente en el presente capítulo.

⁵⁰³ Para más detalles sobre este punto, *cf.* el subcapítulo II del capítulo segundo y el subcapítulo V, número 6, letra A del capítulo tercero, ambos de la presente investigación.

De cualquier forma, reiteramos aquí lo ya dicho por Cornish y Llewelyn en el sentido de que los sistemas de derechos de autor simbolizan una preferencia por los creadores sobre los empresarios, a diferencia de lo que pasa en materia de *copyright*. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 73, p. 379.

Mientras que Dreier y Nolte explican: “Contrary to the Anglo-American tradition with its strong utilitarian approach, the continental copyright system is still much more focused on the person of the creator”. Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 482.

Cfr. también, Von Lewinski, Silke, nota 489.

⁵⁰⁴ Como ejemplo de esta clase de discurso, véase Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 491, p. 186.

⁵⁰⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 73, p. 402.

permanente es la tensión existente entre creadores intelectuales (autores y artistas) y las empresas dedicadas a la financiación y comunicación de sus creaciones”.⁵⁰⁶ Así, resulta una verdadera falacia considerar que autores e industria comparten necesariamente los mismos intereses y que, por ende, están en el mismo lado.⁵⁰⁷

De igual forma, en tiempos recientes se ha presentado el fenómeno contrario: que quienes están en contra de los derechos de autor, alegan que los creadores se encuentran de su lado.⁵⁰⁸ En efecto, ante la imposibilidad de rebatir contundentemente el argumento de que los autores deben tener un nivel digno de vida y beneficiarse de sus creaciones, hay quienes ya comienzan a tomar en cuenta a los autores, pero sólo para decir que ellos también son perjudicados por los derechos de autor.⁵⁰⁹

Consideramos que tal postura es contradictoria, pues resulta un contrasentido que el sistema de derechos *de autor* resulte perjudicial a los autores por concederles protección, es decir, no se puede argumentar que los autores estén mejor sin que se les conceda protección. Si bien se necesita mejorar la protección que se otorgue a los creadores (por ejemplo, una mejor protección a la hora de contratar o la concesión de ciertos derechos de

⁵⁰⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 1: Introducción a la propiedad intelectual”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 48.

En el mismo tenor, la doctora Von Lewinski explica: “One of the *main problems* in the context of copyright protection is however often overlooked in debates on too strong protection: it is the *relationship between individual authors and performers on the one hand and, on the other hand, the media enterprises* such as phonogram producers, film producers, broadcasting organisations, publishers and others who exploit their works. The typical imbalance of negotiation power usually leads to the fact that authors and performers often cannot or not sufficiently benefit from their rights which they have to sign away without receiving an equitable, or any, remuneration, and this often under inappropriate terms and conditions” (énfasis en el original). Von Lewinski, Silke, nota 489.

⁵⁰⁷ Drexl, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy”, en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 175.

⁵⁰⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Smiers, Joost, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, trad. de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 95 y 284.

⁵⁰⁹ El argumento de mayor peso para sustentar esto, tiene su base en la facultad de transformación, pues a un autor se le está prohibiendo crear o, por lo menos, difundir una obra, que contenga elementos creativos de otra obra preexistente. Así, se impide la labor creativa de los autores. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 100 y ss.

Si bien es cierto que en materia de transformación se suelen presentar conflictos autor-autor, y que el sistema suele beneficiar al autor de la obra primigenia (o su titular derivado), esto no es argumento suficiente para concluir que la totalidad del régimen jurídico de derechos de autor es perjudicial para los autores.

remuneración inalienables), no se puede sostener que la tutela que la ley dispensa hoy a los autores, los perjudica.⁵¹⁰

En realidad, los intereses de los autores también son independientes de los intereses de los usuarios, de manera que no sólo no coinciden, sino que normalmente están encontrados, pues mientras los autores comúnmente buscan que se les pague la utilización de sus obras, los usuarios (como cualquier consumidor) buscan siempre pagar lo menos o, de plano, no pagar.

Si bien es cierto que en muchos casos los autores pueden ser usuarios a su vez, o hasta empresarios, esto no significa que, como colectivo, y frente al uso de sus propias obras, no tengan un interés propio y claramente diferenciado del de los usuarios y del de la industria.

Por consiguiente, el referido carácter triangular de los intereses presentes en materia de derecho autoral, nos impide adoptar la bilateral y simplista configuración de “buenos” contra “malos”. Estamos en contra de radicalizar el debate planteando que existe un bando a favor de los derechos de autor y otro bando contrario a esos derechos.

Incluso, y a pesar de que actualmente el debate está polarizado en esos dos extremos, existen posturas eclécticas y más moderadas (como la que proponemos más adelante).⁵¹¹ Como se dice: no todo es blanco o negro, hay muchas gamas de gris.

Por lo tanto, antes de entrar al análisis de las *contra respuestas críticas* que se han generado a la evolución reciente de los derechos de autor, explicaremos brevemente las diversas posturas ideológicas desde las que, hoy en día, se busca dar respuesta a la problemática que se ha venido analizando.

1. *El debate sobre los derechos de autor a inicios del siglo XXI*

Al iniciarse el nuevo siglo, la disciplina del derecho intelectual ha estado marcada por mucha polémica y debate. En el presente apartado, pretendemos resumir las principales tendencias ideológicas que hay sobre el campo de los derechos de autor. Para hacer esa síntesis, nos apoyaremos en el marco desarrollado por Ignacio Garrote.

⁵¹⁰ La verdad no nos cabe en la cabeza cómo el concederle derechos de explotación a un escritor para que una editorial le de dinero a cambio de comercializar su obra, pueda ser contrario a los intereses de ese autor. O cómo el concederle un derecho de remuneración por comunicación pública a un músico, para que cobre dinero cada vez que un restaurante toca su canción, le pueda perjudicar.

⁵¹¹ El suscrito no se identifica con ninguno de los dos bandos radicales, sin embargo, y dependiendo del lugar o del tema tratado, se le ha tachado de pertenecer a uno u otro de ellos.

Reconociendo la existencia de diversos matices en las posturas sobre los derechos de autor en Internet, Garrote las clasifica en tres grupos generales: los minimalistas, los maximalistas (o “neoclásicos”), y los eclécticos.⁵¹² Hagamos una referencia somera a los principales postulados de cada grupo.

a) *Maximalistas*. Esta postura está fuertemente influenciada por las teorías neoliberales de la escuela de Chicago, siendo su herramienta básica el análisis económico del derecho. De ahí que autores como Netanel⁵¹³ o Garrote,⁵¹⁴ los denominen “neoclásicos”. Otros, como Vaidhyanathan,⁵¹⁵ los llaman “fundamentalistas de la propiedad”.

Su punto de partida es netamente utilitarista, al considerar que el *copyright* no sólo es un incentivo para la creación, sino una fuente de riqueza generada por la explotación comercial,⁵¹⁶ lo que se logra de mejor manera al dejar que sea el propio mercado quien regule la explotación de obras.⁵¹⁷

Empero, para conseguir la eficiencia del mercado, se requiere que las obras estén protegidas por un derecho exclusivo lo más robusto posible, que permita explotar las creaciones intelectuales en todas las modalidades

⁵¹² Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 65 y 66.

Existen otras clasificaciones similares, como la de Athanasekou, quien encuentra las siguientes corrientes: los *radicales* (destacando entre estos, los primeros usuarios de Internet, quienes consideran poco importante al derecho de autor en este entorno, y sugirieron otras formas de control de las obras, como la ética de los usuarios, fuentes alternativas de ingresos para los autores, la encriptación, etcétera), los *revisionistas* (quienes se caracterizan por tener alguna preparación jurídica, y proponen no construir un nuevo sistema, sino revisar y modificar a fondo el régimen actual), los *tradicionalistas* (quienes argumentan que los derechos de autor siempre se han adaptado a las nuevas tecnologías, por lo que el régimen sólo requiere cambios menores para afinarlo), y los *maximalistas* (propugnan por una protección más fuerte de los derechos de autor para controlar absolutamente todos los usos de obras en Internet, pues de lo contrario, los titulares de derechos no se animarán a difundir obras por Internet). Cfr. Athanasekou, P. Eve, “Copyright in cyberspace”, Ponencia presentada en la 13a. Conferencia del British & Irish Legal Education Technology Association, Dublin, 27 y 28 de marzo de 1998, pp. 2 y 3 (obtenido en línea en: <http://www.bileta.ac.uk/document%20library/1/copyright%20in%20cyberspace.pdf>, septiembre de 2009).

⁵¹³ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 55, pp. 436 y ss (quien también hace otras clasificaciones).

⁵¹⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 66.

⁵¹⁵ Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 8.

⁵¹⁶ Se aprecia que los presupuestos de esta teoría tienen su base en el sistema jurídico de los EUA y su correlativa fundamentación de la materia, no tomando en cuenta la postura humanista propia de la familia jurídica neorromanista (también reflejada en el sistema internacional de derechos humanos, en instrumentos como la DUDH o el PIDESC).

⁵¹⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 68 y 69; y Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 14.

posibles; sin embargo, el *copyright* debe concentrarse en un solo propietario, aunque se trate de derechos plenamente disponibles o alienables.⁵¹⁸

Los derechos morales son un estorbo para la explotación comercial de la obra, por lo que se aconseja su eliminación o una seria reducción.⁵¹⁹

Por lo que hace a las restricciones al derecho de explotación, la visión neoliberal estándar considera que estas se encuentran justificadas únicamente en casos de *fallas insuperables* en el mercado, es decir, cuando el titular está fácticamente impedido para licenciar el uso de la obra. Se aboga por una reducción del *fair use* y hay una posición adversa a la figura de las licencias obligatorias, no viéndose con buenos ojos la institución de la copia privada.⁵²⁰

Aplicando esta doctrina a Internet, se tiene como resultado la afirmación de que ese mercado trae condiciones para una competencia casi perfecta, donde los dos bastiones del *copyright* son la propiedad privada y la autonomía de la voluntad, de manera que, prácticamente, *cualquier utilización de la obra debe ser materia de un contrato de licencia*. Esto lleva a una oposición a las restricciones al derecho de explotación, dada la posibilidad de contratar directamente con el usuario (con bajos o inexistentes costos de transacción).⁵²¹ Esto queda ilustrado con la siguiente explicación de Paul Goldstein, uno de los neoclásicos más influyentes:⁵²²

La metáfora que mejor expresa las posibilidades del futuro es el de la máquina de discos celestial, un satélite cargado de tecnología en órbita miles de millas por encima de la tierra, a la espera de la orden del abonado —como

⁵¹⁸ Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 512, p. 2; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 69; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 14.

⁵¹⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 70.

Por ejemplo, con una visión adversa a los derechos morales, Posner y Landes afirman que la facultad de integridad, hace más mal que bien, e incluso, desincentiva la creación artística. *Cfr.* Landes, William M., y Posner, Richard A., *The economic structure of intellectual property law*, EUA, Harvard University Press, 2003, p. 276.

⁵²⁰ Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 488; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 65, 69 y 70; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 15.

⁵²¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 41; Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 71 y 72; 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. 258; López Richart, Julián, *op. cit.*, nota 70, p. 184.

Para una explicación más detallada, *cf.* Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, pp. 85-87.

⁵²² “Goldstein had fallen under the sway of the fundamentalist ‘Law and Economics’ school of copyright analysis”. Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 157.

echar una moneda en las antiguas máquinas de discos y apretar un botón— de conectar a cualquiera con un gran número de selecciones de un enorme almacén mediante un receptor desde casa o desde la oficina que combina las facultades de un aparato de televisión, una radio, un aparato de CD, un VCR, teléfono, fax, y ordenador personal.⁵²³

Añadiendo que:

La capacidad de la máquina celestial de fijar un precio para el acceso, y desconectar el servicio si el abonado no paga la factura, debería reducir en forma sustancial los costos de transacción. A medida que estos costos disminuyan, también debería disminuir la necesidad de tener válvulas de escape, tales como el uso justo. De hecho, la lógica económica de la máquina celestial cuando se superpone por encima del texto de la Ley de Copyright, puede que produzca una ley que no contenga en absoluto ninguna exención de responsabilidad. Incluso si estas exenciones no se revocaran, se atrofiarían en la medida en que los proveedores obligaran a sus abonados, por medio de contratos, a pagar los usos actualmente exentos de protección por el copyright.⁵²⁴

De lo anterior, y de lo visto en el subcapítulo III del presente capítulo, se aprecia que la doctrina neoliberal es la que más ha influido las políticas y decisiones normativas de los EUA y de la Unión Europea.⁵²⁵ Incluso, las citadas palabras de Goldstein ya vaticinaban el declive de las restricciones al derecho de explotación y el fenómeno de renunciar a esas restricciones por vía contractual.

Esta concepción maximalista es muy criticable. Veamos.

De entrada, consideramos errado su punto de partida. En efecto, el *fundamentalismo de mercado* lleva a considerar como la función central de los derechos de autor la generación de riqueza.⁵²⁶ Sin menospreciar la importancia pecuniaria de los derechos de autor y sus benéficas repercusiones en la economía de los estados, la miope visión neoliberal pasa por alto otras funciones, más importantes, de los derechos de autor: la riqueza cultural y la vida digna de los creadores de obras.

⁵²³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 172.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁵²⁵ *Cf.*, por ejemplo, Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 512, p. 3; y Gross, Robin, *op. cit.*, nota 452, p. 115.

⁵²⁶ En este sentido, Bottis y Spinello critican que los debates de propiedad intelectual se centren en la economía y los incentivos, ignorando otras consideraciones. *Cf.* Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *A defense of intellectual property rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 177.

Esa concepción, meramente económica, es ajena a la tradición jurídica de *droit d'auteur*, donde la visión es más humanista y el autor es el centro de la protección.⁵²⁷ Y peor aun, pasa por alto las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos derivadas de la DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador.

Como ya vimos en el capítulo tercero de la presente investigación (subcapítulo VI), los derechos de explotación tienen su justificación en el derecho humano de toda persona para beneficiarse materialmente de las obras, de que sea autora es decir, su principal propósito es, como apunta el Comité DESC,⁵²⁸ proteger a los autores para que tengan un nivel digno de vida.

Además, la ideosincracia anglosajona que imbuye las doctrinas neoclásicas, queda reflejada al pugnar por la erradicación de los derechos morales de los autores, lo cual es criticable, no sólo desde el punto de vista de la tradición jurídica de países como México, sino desde el punto de vista del Convenio de Berna y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ya citados, pues todos ellos ordenan la protección de los derechos morales de los autores, pues son prerrogativas básicas para tutelar la dignidad de los creadores.

También es criticable la visión de las restricciones a los derechos de explotación, en donde se sacraliza al mercado y se impone la generación de riqueza como interés supremo, al cual se subordinan todos los demás intereses involucrados. Como ya vimos en el capítulo cuarto de este trabajo (subcapítulo I, número 5), las fallas de mercado no son la justificación idónea para las restricciones al derecho de explotación, sino más bien la tutela de ciertos derechos humanos (como el derecho a la información o el derecho a la cultura),⁵²⁹ por lo tanto, el hecho de que Internet reduzca o elimine los costos de transacción, no hace desaparecer otros intereses iusfundamentales que justifican la existencia de restricciones al derecho de explotación. De ahí que consideremos desacertado el argumento para atacar dicha institución.

En fin, la absoluta autonomía de la voluntad que propugna la corriente neoclásica, pasa por alto la tendencia consolidada de establecer normas generales de contratación a favor de los autores (e incluso impedir la transmisión *inter vivos* de la titularidad del derecho de explotación en algunos

⁵²⁷ De ahí que, como ya vimos *supra* en el subcapítulo III, número 4, letra B, se criticó severamente que al confeccionar la Directiva de la Sociedad de la Información, la Comisión Europea se haya guiado principalmente por criterios económicos, y no hubiera tenido una panorámica amplia del asunto.

⁵²⁸ Observación general 17 del Comité DESC, párrafos 15 y 16.

⁵²⁹ También véase Dreier, Thomas, y Nolte, Georg, *op. cit.*, nota 67, p. 488 (quienes indican que las fallas de mercado sólo explican parcialmente el fenómeno de la copia privada).

países),⁵³⁰ así como la, aun más consolidada, tendencia de proteger a los consumidores en sus contratos con proveedores.⁵³¹

Todo lo anterior se puede resumir en que lo neoclásicos sólo atienden a valores económicos, pero ignoran los valores culturales y sociales que también entran en juego y son dignos de tutela, además de que, como se ha apuntado, las posturas criticadas “son sospechosamente favorables a los intereses de los derechohabientes”.⁵³² O como bien dice Guibault: “In the case of public goods, individual profit maximisation is not necessarily equal to collective social welfare maximisation”.⁵³³

Desde luego, dentro de los neoclásicos se han ido generando matices más moderados, que sostienen la necesidad de conservar la dicotomía “expresión/contenido”, el plazo limitado del derecho (duración no perpetua) y algunas restricciones a los derechos de explotación.⁵³⁴

b) *Minimalistas*. Dicha postura estima que los derechos de autor carecen de sentido y deben perder protagonismo en Internet, de manera que los derechos deben reducirse (o incluso desaparecer) para favorecer los intereses de los usuarios.⁵³⁵

Existen muchos matices (e incluso antagonismo) entre las tesis minimalistas, pero su hilo conductor es la crítica a los postulados neoclásicos, advirtiendo sobre los efectos negativos que la expansión de los derechos de autor causa en materia cultural, política y económica, lo que limita el disfrute de las obras por el público y merma la actividad crítica de la sociedad.⁵³⁶

Estas corrientes van desde el libertarismo radical (que pugna por la desaparición de los derechos de autor) hasta otras que proponen crear esquemas alternos de incentivos económicos o la minimización y marginalización de los derechos de autor.⁵³⁷

⁵³⁰ Sobre esto, *cf.* *supra* el subcapítulo V, número 2, letra E del capítulo segundo.

⁵³¹ Véase Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 76.

⁵³² *Ibidem*, p. 77. Senfleben nos explica que el purismo neoclásico ya ha sido rebatido convincentemente, debido a que los restricciones a los derechos de explotación generan externalidades que son valiosas socialmente, pero difícilmente cuantificables. *Cfr.* Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 296.

⁵³³ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 86.

⁵³⁴ Para más detalles sobre los moderados, véase Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, pp. 77 y ss.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 66; y Peukert, Alexander, “A bipolar copyright system for the digital network environment”, en Strowel, Alain (coord.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 153.

⁵³⁶ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 79.

⁵³⁷ *Ibidem*, pp. 80 y ss.

Aquí entrarían los que Athanasekou llama radicales y algunos de los revisionistas. véase Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 512, p. 2.

El análisis de estas propuestas y sus refutaciones las hacemos *infra* en el número 2, subcapítulo IV, al profundizar en la contra respuesta crítica al camino que han tomado los derechos de autor en Internet.

c) *Eclécticos*. Postura comúnmente eclipsada por los radicalismos de las corrientes previamente explicadas,⁵³⁸ se caracteriza por buscar respuestas equilibradas frente a las opciones de un “derecho de autor mínimo o inexistente” o de un “derecho máximo o absoluto”.

Las posturas eclécticas tienen, como denominador común, la defensa de los postulados fundamentales del sistema de derechos de autor, reconociendo que esta institución requiere cambios, los cuales no deben llevar a la destrucción del edificio teórico de la materia, sino sólo adaptaciones de mayor o menor profundidad, para llevar a un sistema más flexible.⁵³⁹

Estamos convencidos de que la moderación debe ser un elemento clave en materias, como el derecho autoral, tan complicadas y plagadas de intereses contrapuestos. El extremismo y los excesos, en cualquier vertiente, no deben ser la respuesta idónea.

Como acertadamente, afirman Gantz y Rochester,⁵⁴⁰ para resolver las controversias recientes en materia de derechos de autor, es necesario que cada parte dé algo y reciba algo, es decir, los involucrados deben comprometerse mutuamente, y no pelear al todo o al nada. Sólo dejando a un lado las posturas maximalistas y minimalistas, podemos llegar a una solución equilibrada y satisfactoria para todos.⁵⁴¹

⁵³⁸ Sobre lo poco socorridas que resultan estas posturas, Caballero indica: “El balance, el compromiso y la moderación, fuerzas que en alguna ocasión detonaron un sistema que privilegiaba la igualdad entre la innovación y la protección, se han convertido en una especie en peligro de extinción”. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 490, p. 13.

De la misma forma, afirma Canut: “en el ámbito de los derechos de autor de los contenidos en línea... existen dos tendencias opuestas; de un lado quienes apuestan a la libre difusión de la cultura con el único límite del reconocimiento de autoría, y de otro quienes pretenden una protección de los derechos patrimoniales incluso mediante el uso de medidas tecnológicas anti-copia”. Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 13.

⁵³⁹ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 90.

En este rubro tienen cabida las propuestas más equilibradas de algunos revisionistas y algunos tradicionalistas, según la nomenclatura de Athanasekou. véase Athanasekou, P. Eve, *op. cit.*, nota 512, pp. 2 y 3.

⁵⁴⁰ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, p. 265.

⁵⁴¹ Sobre el particular Dutfield opina: “I think we should avoid the extreme positions of abolitionism, on the one hand, and the no-such-thing-as-to-many-rights missionary zeal of so many US and European diplomats and trade negociators, on the other”. Dutfield, Graham, “A rights-free world – it is workable, and what is the point?”, en MacQueen, Hector, y Waelde, Charlotte (cords.), *Intellectual property. The many faces of public domain*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 225.

En el subcapítulo VI del presente capítulo, desarrollamos una propuesta ecléctica, que busca la aproximación a soluciones equilibradas y moderadas. Como se verá en su oportunidad, esta propuesta puede clasificarse de ecléctica en tanto su punto de partida es el sistema estándar de derechos de autor neorromanista, y las modificaciones se hacen con apoyo en la doctrina actual en materia de derechos humanos.

2. *Análisis de algunas de las propuestas hechas por los críticos.*

Explicación de sus deficiencias

Ante el fenómeno del crecimiento desmedido de los derechos de explotación y del fortalecimiento de las industrias culturales, muchos han hecho propuestas para resolver el problema. Desde luego, toda vez que el debate se ha polarizado entre maximalistas (que, en su mayoría, no reconocen el problema) y minimalistas, las principales propuestas han venido de este último sector.

Por lo tanto, a continuación analizaremos las propuestas que se han esgrimido para cambiar la situación prevaleciente sobre el uso de obras, principalmente en el ámbito digital. Esas propuestas no resultan satisfactorias por diversas razones (incluyendo su no adecuación a la protección de los derechos humanos), de manera que también hacemos su crítica y señalamos sus deficiencias, para luego poder exponer *infra* nuestra propuesta particular.

A. Desaparición de los derechos de autor

Esta es la postura más radical.⁵⁴² Propugna por la desaparición de los derechos de autor (e incluso, en general, del derecho intelectual).

Como ejemplo claro de esta postura abolicionista de los derechos de autor, tenemos a Brian Martin, quien, sin ambages afirma: “The alternative to intellectual property is straightforward: intellectual products should not be owned. That means not owned by individuals, corporations, governments, or the community as common property. It means that ideas are available to be used by anyone who wants to”.⁵⁴³

⁵⁴² De hecho, esta corriente es identificada por Garrote como la “libertaria o radical”. Cfr. Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 80.

⁵⁴³ Martin, Brian, *Information liberation. Challenging the corruption of information power*, Londres, Freedom Press, 1998, p. 46.

A la misma conclusión llega Kinsella, quien afirma que los derechos de autor carecen de justificación, en tanto deben prevalecer los derechos de los usuarios sobre sus propios cuerpos y sobre sus propiedades materiales (que son afectadas por los derechos de autor).⁵⁴⁴

Dentro de esta corriente no podía faltar John Perry Barlow, quien haciendo un símil, estima que la propiedad intelectual es como una botella y la información como el vino, de manera que, en las redes digitales, la propiedad intelectual ya no es necesaria, pues la información fluye sin necesidad de envoltorios, afirmando que:

Intellectual property law cannot be patched, retrofitted, or expanded to contain the gasses of digitized expression any more than real estate law might be revised to cover the allocation of broadcasting spectrum. (Which, in fact, rather resembles what is being attempted here.) We will need to develop an entirely new set of methods as befits this entirely new set of circumstances.⁵⁴⁵

Por consiguiente, Barlow estima que debe abandonarse la propiedad intelectual y propone un sistema donde los creadores vivan de *prestar servicios* (tocar música, cobrar por hacer pinturas, etcétera), tal como se hacía antes de que existiera el moderno derecho de autor.⁵⁴⁶

Desde luego, tampoco falta la proclama en tono populista, como se aprecia en las siguientes palabras de Carlos Sánchez Almeida:

Ni copyright, ni copyfight, ni copylight. Ha llegado la hora de la copia a secas, de la libertad a secas. Más allá de los derechos a copiar y remezclar obras, pensad en lo que sois, y en cómo habéis llegado a ser lo que sois. Sois producto de miles de millones de mezclas. Sois copias, y habéis nacido para copiar y ser copiados. Este es vuestro gran momento: vuestras copias genéticas os lo agradecerán.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Kinsella, N. Stephan, "Against intellectual property", *Journal of libertarian studies*, Alabama, vol. 15, núm. 2, primavera 2001, pp. 44 y 45

⁵⁴⁵ Barlow, John Perry, "Selling wine without bottles: the economy of mind on the global net", http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html, septiembre de 2009.

⁵⁴⁶ "In fact, this model was applied to much of what is now copyrighted until the late 18th Century. Before the industrialization of creation, writers, composers, artists, and the like produced their products in the private service of patrons. Without objects to distribute in a mass market, creative people will return to a condition somewhat like this, except that they will serve many patrons, rather than one". *Idem*.

⁵⁴⁷ Sánchez Almeida, Carlos, "Internet como república popular de la cultura", <http://www.porlacultura.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=62>, febrero de 2009.

Un radicalismo similar encontramos en Boldrin y Levine, economistas que consideran que la propiedad intelectual es un monopolio, y como todo monopolio, no debería ser deseable. De hecho, concluyen que la propiedad intelectual *es un cáncer*, por lo que el debate no debiera ser entre hacer más benigno el cáncer o dejarlo así, sino que la única solución es su total *aboli- ción*, aunque esto sea a largo plazo.⁵⁴⁸

Ideas parecidas expresa Debora Halbert, quien indica que en un futuro utópico no debería existir la propiedad intelectual, sino que la creación e intercambio de cultura habría de ser comunal y sin restricciones, es decir, un mundo donde todos puedan *compartir* obras libremente. Critica que el *copyright* haya convertido en *bastarda* la relación entre autores y su texto, por lo que, en el futuro, no deberían existir autores profesionales, y la remuneración a los creadores no debería ser económica, sino que sería la mera satisfacción de haber participado en la promoción del bien común.⁵⁴⁹

También destaca la propuesta de Joost Smiers en su libro *Un mundo sin copyright*.⁵⁵⁰ En esa obra se tacha al sistema de “injusto por naturaleza”⁵⁵¹ y se critica el requisito de originalidad, afirmando que:

...la base filosófica del sistema de copyright actual se apoya en un malentendido: la originalidad de los artistas es inagotable, concepto que se aplica a creadores e intérpretes. Pero la realidad indica otra cosa, porque los artistas siempre tienen en cuenta las obras creadas en el pasado y en el presente, y agregan elementos al corpus existente. Esos agregados merecen respeto y admiración, pero sería inadecuado otorgar a sus creadores, intérpretes y productores derechos de exclusividad monopólicos sobre algo que se inspira en el conocimiento y la creatividad que forman parte del dominio público y son producto de la labor de otros artistas.⁵⁵²

⁵⁴⁸ Boldrin, Michele, y Levine, David K., *Against intellectual monopoly*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 264.

A lo que estos autores añaden: “while some modest amount of intellectual monopoly might be desirable in very special cases, it is more practical and useful to focus on the elimination of intellectual monopoly as a general rule. In innovation as in trade, a modest degree of monopoly is not sustainable”. *Ibidem*, p. 265.

⁵⁴⁹ Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 303, pp. 155 y 156 (aunque posteriormente esta autora explica que, en realidad, no aboga por la abolición del *copyright*, sino que estas ideas las plantea para hacer un ejercicio de pensar fuera de los parámetros de la propiedad intelectual. Como veremos en el siguiente apartado, esta autora propone más bien la minimización del *copyright*).

⁵⁵⁰ Véase también, Smiers, Joost, y Van Schijndel, Marieke, “Imaging a world without copyright: the market and temporary protection, a better alternative for artists and the public domain”, en Porsdam, Helle (coord.), *Copyright and other fairy tales. Hans Christian Anderson and the commodification of creativity*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, pp. 147 y ss.

⁵⁵¹ Smiers, Joost, *op. cit.*, nota 508, p. 283.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 286.

Además, Smiers critica que el sistema actual no tome en cuenta a los autores promedio, propiciando que unas cuantas industrias culturales dominen el mercado y no exista diversidad cultural,⁵⁵³ por lo que su propuesta básica es: “que nos apartemos del sistema actual de copyright; para ello es necesario derribar los muros artificiales que rodean a las obras artísticas, es decir, anular los derechos de propiedad”.⁵⁵⁴

Empero, y a diferencia de otros abolicionistas, Smiers es consciente de los efectos negativos que tendría para los creadores la desaparición de los derechos de autor, por lo que propone otras formas de remunerarlos. La propuesta que hace tiene tres variantes:

- a) En la mayoría de los casos, los autores vivirían de ser los primeros en vender sus obras (ventaja competitiva por beneficio de oportunidad) antes de que las demás personas también las comercializaran (pues al estar en el dominio público, las creaciones pueden ser explotada por todos). En muchos casos, las obras pueden ser financiadas por compradores institucionales: reyes, mecenas, iglesias, sindicatos, bancos, etcétera; e incluso, en el caso de la música, los principales ingresos vendrían de los conciertos. Este es el núcleo del sistema propuesto;⁵⁵⁵
- b) Cuando la creación de la obra requiera una inversión fuerte (como en el caso de la cinematografía), existe una verdadera falla de mercado, pues el riesgo sólo lo asumiría quien tuviera la seguridad de recuperar su inversión. En este caso debe intervenir el Estado, concediendo un “usufructo transitorio” de un año *al empresario* que haga la inversión, para que, sin ser propietario (pues la propiedad de la obra sería de la colectividad) pueda beneficiarse de los frutos de su inversión;⁵⁵⁶
- c) En tercer lugar, en los casos en que el usufructo temporal no sea lo suficientemente rentable, el Estado debe dar subsidios a la creación, pues no hay capacidad del mercado para financiar esas obras. Al igual que en la hipótesis primera, la obra es automáticamente del dominio público.⁵⁵⁷

Ahora pasemos a las críticas a las posturas abolicionistas. Estas críticas pueden hacerse desde los siguientes puntos de vista: histórico, internacional, genético, práctico y iusfundamental. Veamos cada uno de ellos.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 284.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 291.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 290-292

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 293 y 294.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

Desde el punto de vista *histórico*, no resulta aconsejable el suprimir los derechos de autor. Simplemente no se puede dejar al autor y a su obra, solos e inermes frente al mercado, pues de esta forma no serán los creadores los principales beneficiarios económicos de dichas creaciones, sino los grupos empresariales con mayor capital e infraestructura.

Es decir, aunque teóricamente cualquiera podría explotar la obra en el mercado, la realidad nos ha demostrado que la mayoría de los mercados son dominados por los grandes capitales, de tal forma que, quienes sacarían el mayor provecho en la explotación de las obras, serían los económicamente más poderosos, y no tanto los autores o el público en general.

Por lo que no está de más recordar a Kant cuando nos hablaba de la injusticia de que otras personas lucren con las obras sin permiso de sus autores.⁵⁵⁸ Y es que, la propuesta de que el autor trabaje y se esfuerce, para que los mayores frutos de ese trabajo estén a la libre disposición de los grandes poderes económicos, nos parece moralmente reprochable.

De hecho, de atender las tesis abolicionistas, regresaríamos a una situación muy similar a la que prevalecía antes del siglo XVIII, por lo que no está de más echar un vistazo a la historia (cuyas enseñanzas a veces porfiamos en ignorar). Al no tener el autor ningún derecho sobre sus obras, más que la propiedad sobre el manuscrito original, sus principales fuentes de ingresos eran la venta del manuscrito y, en su caso, de las reproducciones o ejemplares que él mismo realizara (como ahora propone Smiers). Pues bien, esto daría lugar a una situación de precariedad, como de la que se quejó Moliere,⁵⁵⁹ en donde los ingresos del autor serán mínimos, y no podría impedir el uso de sus obras por terceros, ni siquiera en caso de robo.

Además, los autores tendrían que recurrir con mayor frecuencia a mecenas y patronos (como también propone Smiers), lo que tampoco es lo ideal, pues dichas personas sólo pueden apoyar a un número limitado de autores y, asimismo, se afectaría profundamente la libertad creativa y temática. Es decir, la postura de los abolicionistas soslaya la *función estructural* de los derechos de autor, además de que implica una afectación al derecho a la información.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ Kant, Immanuel, “Of the injustice of counterfeiting books”, en Kant, Immanuel, *Essays and treatises on moral, political, and various philosophical subjects*, trad. de John Richardson, Londres, s/e, 1798, vol. I, pp. 228-230.

⁵⁵⁹ Véase el subcapítulo I, número 1 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁵⁶⁰ Sobre esto profundizamos más abajo, al formular la crítica a los abolicionistas desde un punto de vista iusfundamental.

Respecto de la función estructural de los derechos de autor en apoyo al derecho a la información, *cf.* el subcapítulo X, número 1, letra D, inciso a, del capítulo cuarto de la presente investigación.

Se suele decir que los derechos de autor no son necesarios para incentivar la creación, y se pone por ejemplo el Renacimiento, época donde florecieron las artes sin necesidad de derechos de autor.⁵⁶¹ Empero, cabe recordar que si bien en el Renacimiento hubo mucha aportación estética y técnica, también hubo un serio déficit en cuanto a pluralidad temática y voces independientes. Al tener los autores que crear obras que obedecieran a la ideología de sus patrocinadores, los creadores no podían expresar sus opiniones ni tocar los temas que les interesaba. Si revisamos al arte de ese periodo, está abrumadoramente dominado por producciones de tipo sacro-católico.

En pocas palabras: las exigencias actuales de pluralismo, no pueden alcanzarse dejando al autor sin protección alguna o bajo el auspicio de ciertas élites.

En este tenor, Yu advierte: “Without copyright, we may not have the same type of music or the same amount of diversity as we have today”.⁵⁶² Además, es posible que se genere un retroceso en cuánto a la producción cultural, muy similar a la que existía en la época del mecenazgo. Por lo que no está de más recordar las palabras de Vessillier-Ressi:

El oficio de creador nace realmente con la autofinanciación, cuando la obra se convierte en fuente de ingresos, ya sean éstos en forma de derechos de autor o de otra índole, como por ejemplo el producto de la venta. En todos los países en que se ha asistido a un desarrollo de las industrias, de los mercados y las políticas culturales —éstas últimas sobre todo en Europa— las condiciones de vida y de trabajo de los creadores han mejorado globalmente, al mismo tiempo que su condición jurídica.⁵⁶³

Resulta curioso que la postura de los abolicionistas se acerca mucho a la de los neoclásicos o maximalistas, e, incluso, algunos de estos abolicionistas son más neoliberales en su fe en el mercado y en la mano invisible que lo guía. En efecto, mientras que los maximalistas propugnan que sea el mercado el que regule la explotación de obras y el Estado tenga una intervención mínima (mediante la concesión del derecho exclusivo y un sistema de justicia para defenderlo), los abolicionistas van más allá, propugnando que el Estado no intervenga en absolutamente nada, y todo se deje *exclusivamente* al mercado, o en propuestas como la de Smiers, donde la intervención del Estado sería todavía menor a la que postulan los neoliberales.

⁵⁶¹ Cfr. Gross, Robin, *op. cit.*, nota 452, p. 108.

⁵⁶² Yu, Peter K., “Digital copyright and confuzzling rhetoric”, *Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, EUA, vol. 13, 2011, p. 913.

⁵⁶³ Vessillier-Ressi, Michèle, “El oficio del creador”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre 1995, p. 11.

Reiteramos: si se deja la cuestión al mercado, el que sale perdiendo es el autor, y los principales beneficiados serían los grupos más fuertes dentro del mercado.

Si lo que se critica (y no sólo por los abolicionistas) es que hoy los mercados culturales están controlados por unos cuantos, entonces hay que repensar bien las cosas, ya que el desaparecer los derechos de autor no resolverá esa situación, sino más bien la agravará.

Como bien indica Von Lewinski, aunque que se diga que los derechos de autor sólo sirven para enriquecer más a los ricos, la verdad es que esos derechos son necesarios para proteger a la parte más débil en el mundo de la creatividad: los autores. Más bien, la principal amenaza es la excesiva concentración de medios y la predominancia de las empresas transnacionales, no los derechos de autor por sí mismos.⁵⁶⁴ Esto nos refuerza la idea de dar una protección adicional a los autores cuando deben celebrar contratos, y no, en cambio, de desproteger a los creadores.

Por otro lado, sin derechos de autor, las obras pueden ser libremente mutiladas, alteradas o, incluso, destruidas, lo que además de falsear la ideología del autor, afecta su derecho a la información a que su pensamiento llegue al público; afecta el mismo derecho de los ciudadanos al no recibir la información íntegra; así como atenta contra el derecho a la cultura, al tergiversarse e, incluso, destruirse expresiones culturales. De igual forma, no habría protección a la paternidad de la obra, por lo que las obras podrían circular sin mencionarse su autor o, peor aun, señalando falsamente a otras personas como autores de las obras (lo que se conoce como plagio).

Desde el punto de vista *internacional*, también es criticable la postura de los abolicionistas, pues soslayan la multiplicidad de acuerdos internacionales en materia de derechos de autor (muchos de carácter universal). Un país que, de la noche a la mañana, abrogara sus leyes de derechos de autor, violaría automáticamente una serie de compromisos internacionales en la materia.

Incluso, debe recordarse que el Convenio de Berna (el cual sigue siendo la columna vertebral del sistema internacional de derechos de autor, según

⁵⁶⁴ Von Lewinski, Silke, nota 489.

También *cf.* Finger, J. Michael, Penna, Frank J., y Thormann, Monique, “The Africa music project”, en Finger, J. Michael, y Schuler, Philip (cords.), *Poor people’s knowledge. Promoting intellectual property in developing countries*, Washington, Oxford University Press, 2004, pp. 113 y ss.

En este sentido, Monroy afirma: “El régimen de derecho de autor es una herramienta de la cual se puede hacer buen o mal uso, pero no porque haya empresas o personas que incurren en infracciones al régimen de libre competencia puede desconocerse la necesidad y conveniencia de proteger el derecho de autor”. Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 152, p. 243.

vimos), además de los derechos morales, exige la protección a los autores mediante derechos de explotación, es decir, en base a un control exclusivo sobre las obras. Obligación que se replica en tratados tan disímiles como la Convención Universal sobre el Derecho de Autor de la UNESCO o el ADPIC de la OMC.

Asimismo, el marco internacional se veía violentado, no sólo por inobservancia de los acuerdos en materia autoral o en materia de libre comercio, sino también en materia de derechos humanos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, los cuales también exigen cierto nivel de protección a los intereses morales y materiales de los autores. Sobre este punto, profundizamos *infra* al criticar a los abolicionistas desde un punto de vista iusfundamental.

Por lo tanto, a la luz del nutrido grupo de normas internacionales que tutelan los derechos de los autores, resulta jurídicamente inviable la propuesta de desaparecer los derechos de autor.

En cuanto al punto de vista *genético*, los abolicionistas parten de premisas equivocadas. En efecto, retoman el argumento de los postestructuralistas sobre el requisito de originalidad, consistente en que los creadores presentes se basan en las obras de los autores del pasado, por lo que no hay nada nuevo bajo el sol, sino pequeñas aportaciones sobre un bagaje cultural preexistente.⁵⁶⁵ Particularmente, atacan la supuesta visión romántica acerca de los autores, a lo cuales se les debe proteger por ser unos genios.⁵⁶⁶

El problema con ese tipo de argumentos es que, desde un punto de vista jurídico, “originalidad” no se refiere a lo que ellos entienden por tal. En efecto, como ya vimos,⁵⁶⁷ la noción prevaleciente de “originalidad” en el ámbito del derecho de autoral *no es sinónimo de novedad*, ya que no exige que las obras carezcan de parangón o sean algo extraordinario, como tampoco requieren que sean fruto de una genialidad o que su calidad sea excepcional.⁵⁶⁸ En realidad, jurídicamente hablando, el requisito de originalidad es más modesto: basta que la obra sea expresión propia del autor, no importa que lo que diga no sea nuevo o revolucionario,⁵⁶⁹ no importa que cuente una historia ya trillada, lo que importa es que la cuente con sus propias palabras;

⁵⁶⁵ véase Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 303, p. 152; y Patry, William, *op. cit.*, nota 240, pp. 71 y 72.

⁵⁶⁶ Patry, William, *op. cit.*, nota 240, p. 66.

⁵⁶⁷ *Cf. supra* el subcapítulo III, número 3, letra A, del capítulo segundo.

⁵⁶⁸ En este sentido, es claro el artículo 5o. de la LFDA cuando nos dice que las obras se protegen con independencia de su mérito.

⁵⁶⁹ Como bien explica Mario Are, no debemos entender que el derecho exige una creatividad en sentido absoluto, ni que las obras no pueden tener elementos preexistentes. *Cf. Are, Mario, L'oggetto del diritto di autore*, Milán, Giuffrè, 1963, pp. 42 y 43.

vaya, ni siquiera importa que cuente la historia bien, basta con que la expresión sea propia. No se requiere que el autor sea un genio.

Por lo tanto, contrario a las premisas de los abolicionistas, para el derecho de autor, un creador no debe ser un genio o producir algo magistral o nunca antes visto.

De igual forma, los abolicionistas no distinguen entre los elementos protegidos y no protegidos de una obra.⁵⁷⁰ En particular, soslayan que la ley sólo protege las aportaciones creativas propias de cada autor (la forma de expresión), y no las ideas o informaciones preexistentes, olvidando la dicotomía “expresión/contenido”.⁵⁷¹ Como bien dice Velázquez:

Mucho se ha criticado a los derechos de propiedad intelectual señalando que éstos tienden a establecer una forma de propiedad de las ideas y en consecuencia monopolios respecto de las mismas, afirmación ajena totalmente a la realidad ..., al contrario el principio que las ideas son y deben ser libres constituye un pilar de esta clase de derechos, pues sin él no cabe suponer siquiera la existencia de actividades creadoras.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 592.

⁵⁷¹ Un ejemplo de esas confusiones lo encontramos en Joost Smiers, como se puede apreciar *supra* en lo referido en la nota al pie 552.

Otro ejemplo lo encontramos en Lessig. Este académico narra cómo Walt Disney pudo hacer crecer su estudio de producción con base a cuentos de los hermanos Grimm (ya en el dominio público desde entonces), a los que les aportó su propia creatividad y talento, adquiriendo derechos exclusivos sobre sus nuevas versiones. Pero critica que la situación actual del *copyright* no le da, a los autores actuales, la misma oportunidad que tuvo Disney. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 23, 24 y 29.

La verdad es que los autores de hoy no tienen ningún problema en contar la historia de Blanca Nieves o de la Bella Durmiente, y la Walt Disney Company no se los puede evitar, como tampoco los puede prohibir que cuenten historias verídicas, como Pocahontas, o que retomen ideas o tramas usadas desde la época de los griegos, como sucedería con las ideas relativas al Rey León.

La infracción de derechos se cometería, no por usar meras ideas u obras del dominio público como hizo Disney, sino en caso de explotar las obras de Disney (por ejemplo, reproducción o comunicación pública) o por retomar elementos creativos propios de Disney (como la forma en que dibujó a Blanca Nieves o la música de la Cenicienta).

En realidad, Disney fue original no por crear historias nuevas, sino por darles su personal forma de expresión. De igual forma, cualquier autor que haga una película sobre Blanca Nieves cumplirá con el requisito de originalidad si le da su propia forma de expresión, y no se limita a copiar a Disney o a los Grimm.

⁵⁷² Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, núm. 24, 2008, p. 27.

En el mismo sentido, *cf.* Antequera Parilli, Ricardo, “La protección jurídica de las ideas”, 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. 163.

El hecho de que los autores se hayan influido e, incluso, retomen ideas, técnicas, temas, informaciones, etcétera, de obras previamente creadas por la humanidad, eso no justifica el que las obras sean automáticamente de “propiedad colectiva”, y que no se le reconozca al autor su propio esfuerzo (independiente de la calidad o genialidad del resultado).⁵⁷³

Coincidimos con Garrote cuando afirma que “el principal error de las teorías libertarias es dar por muerto el concepto tradicional de autor — romántico, si se quiere — como creador de una obra con la que tiene un vínculo personal”.⁵⁷⁴ Y el régimen internacional de derechos humanos sustenta esa acertada puntualización, pues, con relación al PIDESC, el Comité DESC ha destacado “la importancia de reconocer el valor de las producciones científicas, literarias y artísticas como expresiones de la personalidad de su creador”.⁵⁷⁵

Otro error genético de las posturas abolicionistas (y que es muy común en otras tendencias minimalistas) es lo que llamamos su “anglocentrismo”, pues parten de la legislación e ideología propia de los EUA y del Reino Unido, no siempre compatibles con los sistemas jurídicos neorromanistas. Críticas o concepciones válidas en países del *copyright*, no necesariamente tienen la misma validez en los países del *droit d’auteur*.⁵⁷⁶ Como bien refiere Garrote: “estas teorías están demasiado fundadas en conceptos y juicios de valor exclusivos de la sociedad norteamericana, sin que tengan una virtualidad general”.⁵⁷⁷

⁵⁷³ En tal tenor, Bottis y Spinello explican con meridiana claridad: “The intellectual commons itself is not a laborer or a collaborator. To be sure, an author should acknowledge his or her debt to the resources used as inputs and the law should take dependence on cultural resources into account, but the predication of a property right for the collective goes too far... Just because the author stands on the shoulders of giants it does not mean that those ‘giants’ are his collaborators. They inspire and influence the author’s work but they lack the subjectivity to collaborate with him. In the same way it would be odd for someone to say that the logs gathered in the commons and used to build a cabin are ‘collaborators’ of the builder”. Bottis, María, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 526, p. 186.

⁵⁷⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 86.

En este sentido, Dutfield indica: “a rights-free world would diminish us as persons – or at any rate make us writers feel we have lost some of our individuality”. Dutfield, Graham, *op. cit.*, nota 541, p. 225.

⁵⁷⁵ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 14.

⁵⁷⁶ Von Lewinski, Silke, nota 489.

⁵⁷⁷ Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 86.

Por ejemplo, autores estadounidenses como Vaidhyanathan, califican como *perniciosa* la doctrina europea de los derechos morales (*op. cit.*, nota 221, p. 33), olvidando que, si bien su origen fue francés, los derechos morales gozan de una aceptación casi universal —siendo las resistencias de EUA la excepción en la legislación comparada—, y también olvidando que ins-

Con base en un punto de vista *práctico*, es igualmente criticable la postura abolicionista. En primer lugar, por lo inviable de desmontar todo el entramado internacional de protección. Imaginemos cuántos países están involucrados y cuántos tratados habría que denunciar; desde el nutrido grupo de acuerdos bilaterales que florecieron en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, pasando por el amplio número de acuerdos del sistema interamericano, el Convenio de Berna, el TODA, la Convención de Ginebra, el ADPIC, los tratados de libre comercio, los instrumentos de derechos humanos, etcétera. Eso sin mencionar los regímenes comunitarios, con sus respectivas normativas sobre derechos de autor, como las directivas europeas o las decisiones andinas.

En segundo lugar, porque a nivel nacional tampoco es viable que los legisladores abroguen las leyes de derechos de autor. El implementar una reforma tan de fondo al sistema cultural se antoja muy difícil, pues si a veces reformas menores a las leyes autorales no pueden aprobarse por las afectaciones a alguno de los sectores involucrados, la desaparición total del sistema parece inviable.

Ni siquiera países socialistas como Cuba⁵⁷⁸ o la extinta URSS,⁵⁷⁹ con posturas desfavorables al derecho intelectual, pudieron dar el paso de suprimir las leyes de derechos de autor. Incluso China, con una tradición autoral diferente a la occidental,⁵⁸⁰ se vio en la necesidad de expedir una legislación interna de derechos de autor.⁵⁸¹

En países como México, ricos en cultura y con lo que se ha denominado una sólida “tradicición autoralista”,⁵⁸² parecería prácticamente imposible la supresión del régimen jurídico tutelar de los autores.

trumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la DUDH y el PIDESC, exigen la protección de los derechos morales.

⁵⁷⁸ Soto Granado, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 91 y 92.

⁵⁷⁹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 34.

⁵⁸⁰ Como bien afirma Becerra, en China existe una arraigada cultura que considera que usar (o incluso copiar) la obra de otro, se consideraba como un halago para el autor. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “China, una estrategia sobre propiedad intelectual”, en Oropeza García, Arturo (coord.), *China-Latinoamérica: una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CIACI, Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de la Ciudad de México, 2009, pp. 380 y 381.

⁵⁸¹ Ganea, Peter, “Copyright”, en Heath, Christopher (coord.), *Intellectual property law in China*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 210 y 211.

⁵⁸² Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 61.

En tercer lugar, la desaparición de los derechos de autor tendría efectos muy negativos en la economía de muchos países, generando un severo problema de desempleo y menor recaudación tributaria. Por poner el ejemplo de México, los estudios en la materia demuestran que los sectores protegidos por derechos de autor aportan alrededor del 5.7%⁵⁸³ o 4.77%⁵⁸⁴ del PIB; imaginemos qué pasaría si de la noche a la mañana se desactivara ese sector económico: cuántos empleos se perderían⁵⁸⁵ (con las consecuencias sociales que eso trae), cuánto disminuirá la, ya de por sí débil, recaudación fiscal, etcétera. Es decir, no sólo se afectarían los ingresos económicos de los autores (que recordemos, son el núcleo de protección de la LFDA), sino de otras personas cuyos empleos dependen de las obras de los autores (como empleados de librerías, de salas de cine, impresores de papel, fabricantes de discos, etcétera), y hasta se lastimarían los menguados, ingresos estatales.

Inclusive, bajo esta panorámica práctica, debemos tener en cuenta que uno de los principales motores económicos de la mayor potencia del mundo es la industria del entretenimiento.⁵⁸⁶ Parece francamente imposible que los EUA se queden con los brazos cruzados si se empieza a desensamblar el sistema global de derechos de autor, pues la desaparición lisa y llana de los sistemas de derechos de autor sería un golpe mortal para su economía.

Como bien dicen Gantz y Rochester: siendo realistas, las leyes de derechos de autor no desaparecerán jamás, sino que la verdadera opción es utilizar los instrumentos democráticos para lograr leyes equilibradas.⁵⁸⁷

Además de las consideraciones económicas, existen otras razones prácticas que hacen muy difícil la desaparición de los derechos de autor, como nos explica Mark Rose en las conclusiones de su estudio histórico:

The institution of copyright is of course deeply rooted in our economic system, and much of our economy does in turn depend on intellectual property. But, no less important, copyright is deeply rooted in our conception of ourself-

⁵⁸³ Piedras, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, México, Conaculta, Sogem, Caniem, SACM, 2004, pp. 68 y 69 (esta cantidad se refiere al año 1998 y es descontando los ingresos derivados de la economía de sombra, i.e. piratería).

⁵⁸⁴ Márquez-Mees, Victoria, Ruiz Funes, Mariano, y Yaber, Berenice, *La contribución económica de las industrias protegidas por los derechos de autor en México*, México, INDA, OMPI, 2006, pp. 3 y 30 (medición del año 2003, sin contar economía de sombra).

⁵⁸⁵ Según se desprende de estudios económicos, las industrias protegidas por derechos de autor aportan el 11.01% de los empleos en la economía formal en México. *Cfr. Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁵⁸⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 142.

⁵⁸⁷ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 212, pp. 256 y 257.

ves as individuals with at least a modest grade of singularity, some degree of personality. And it is associated with our sense of privacy and our conviction, at least in theory, that it is essential to limit the power of state. We are not ready, I think, to give up the sense of who we are.⁵⁸⁸

Y es que, otra vez, regresamos al vínculo autor-obra, por virtud del cual los autores tienen cierto grado de interés en determinar el destino de sus creaciones, así como proteger su estatus de autor y el mensaje que quieren difundir frente al público, incluso mediante la elección de los medios y formas en que *su* mensaje ha de circular.⁵⁸⁹ Esto, desde luego, está muy vinculado con la tradición autoralista mexicana, a la que ya nos hemos referido.

Por último, desde un punto de vista *iusfundamental* tampoco resulta aceptable la supresión de los derechos de autor.

Efectivamente, como se demostró en el capítulo tercero de la presente investigación, existe un derecho humano a la protección jurídico-autoral, el cual deriva de varios instrumentos internacionales (DUDH, PIDESC, Declaración de Bogotá y Protocolo de San Salvador) y de algunas constituciones políticas.

Por virtud de tal derecho humano, los estados tienen la obligación de proteger a los autores, tanto en sus intereses morales como en sus intereses económicos. Por tratarse de un derecho fundamental, la protección a los autores queda fuera de la esfera de lo decidible, es decir, dicha tutela forma parte del coto vedado que no puede ser negado ni por las mayorías democráticamente electas, ni por el mercado, ni por ningún otro poder.⁵⁹⁰ De esta

⁵⁸⁸ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 586, p. 142.

En terminos similares, Reinbothe indica: “Protecting copyright is an important value that our societies have in common”. Reinbothe, Jörg, *op. cit.*, nota 4, p. 405.

De igual forma, Stengel afirma respecto de la propiedad intelectual que “su concepto está fuertemente arraigado en nuestro entendimiento del mundo moderno”. Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 3, p. 106.

⁵⁸⁹ *Cfr. infra* las notas al pie 693 a 695 de este capítulo (en particular, el fundamento kantiano de estas aseveraciones).

⁵⁹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432; Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005. 131; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. de Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 94.

Sobre el particular, afirma Kumm: “Even though there are interesting and significant differences between conceptions of rights in the liberal tradition, they generally share the idea that something protected as a matter of right may not be overridden by ordinary considerations of policy”. Kumm, Mattias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement”, en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 131.

forma, los legisladores no pueden, válidamente, decidir que se supriman las leyes de protección a los autores, dejando a los creadores a las buenas del mercado y de todos los factores de poder que ahí intervienen.

Reiterando lo ya dicho en esta investigación, y retomando las ideas de Ronald Dworkin, si los derechos fundamentales son triunfos políticos frente a las mayorías,⁵⁹¹ el derecho humano a la protección jurídico-autoral es un verdadero triunfo político de cara a la colectividad, por lo que se extrajo del poder decisorio de las mayorías el tema de proteger o no a los autores. De manera que, respecto de tal protección iusfundamental a los autores, ninguna mayoría “ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”.⁵⁹²

Como bien dice Pedro Canut, a propósito de la DUDH:

...supone la codificación —y reconocimiento universal— de dos derechos humanos de igual rango, el acceso a la cultura y la protección de los derechos de autor; ambos —insisto— con el mismo rango, ambos entendidos como derechos inherentes a las personas “per se”, sin necesidad de reconocimiento previo, ni otorgamiento de monopolios por parte de los Estados; derechos que pertenecen a los seres humanos por el mero hecho de serlo.⁵⁹³

Dicho en términos llanos: *es contrario a los derechos humanos quitarles a los autores su protección.*

Como bien indica Alexandra Couto: “It would indeed be hard to deny that a creator is entitled to some rights with respect to her own creation”.⁵⁹⁴

En cuanto a los intereses morales de los autores que deben estar protegidos, estos incluyen, como mínimo, el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus obras y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones y modificaciones a sus producciones.⁵⁹⁵ Es decir, *deben existir*

⁵⁹¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. de Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 37.

En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de la Suprema Corte de EUA en la sentencia del caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* (1943): “The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One’s right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections”.

⁵⁹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 22, p. 131.

⁵⁹³ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 14.

⁵⁹⁴ Couto, Alexandra, “Copyright and freedom of expression: a philosophical map”, en Gosseries, Axel, Marciano, Alain, y Strowel, Alain (coords.), *Intellectual property and theories of justice*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2008, p. 170.

⁵⁹⁵ Observación general 17 del Comité DESC, párrafos 12 y 13.

leyes que protejan los derechos morales de los autores, al menos, en lo que respecta a las facultades de paternidad e integridad.

Por lo que hace a los intereses materiales de los autores, la protección que concedan los estados debe permitirles, como mínimo, un nivel de vida adecuado.⁵⁹⁶ Es decir, no queda lugar a dudas que los autores deben obtener ingresos suficientes para tener una vida digna y decorosa. Y el desaparecer los derechos de autor es una medida absolutamente contraria a ese deber iusfundamental, pues se le dejaría a los autores sin elementos para poder vivir de su creatividad. La desaparición de leyes autorales, sin más, se traduciría instantáneamente en una desprotección de los intereses materiales que los autores tienen sobre sus obras.

De hecho, el Comité DESC claramente ha señalado que una desaparición de la legislación *es una violación al PIDESC*: “Entre las violaciones resultantes de actos de omisión figura la derogación formal o la suspensión injustificada de la legislación que protege los intereses morales y materiales que correspondan a una persona por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas”.⁵⁹⁷

Una de las cosas que quedan claras del derecho humano a la protección jurídico-autoral, es que, sea cual sea la forma en que los estados cumplan con ese derecho,⁵⁹⁸ los autores deben recibir una remuneración por el uso de sus obras.⁵⁹⁹ No es permitido que todo el mundo goce de las obras y sus autores no obtengan su sustento material.

Incluso, si se pretendiese (como lo hacen Barlow y Smiers) que los autores vivan de conciertos o presentaciones en vivo, eso sólo representaría ingresos a algunos autores, pero ciertamente, se dejaría desprotegido a un amplio espectro de creadores.

Por ejemplo, en materia de música, se requeriría que el autor tuviera, al mismo tiempo, la calidad de creador y de artista intérprete o ejecutante. Pero, ¿qué pasaría con los compositores que sólo se dedican a crear y no son artistas? Si revisamos, hay muchos autores musicales que sólo viven de crear obras, más no las interpretan o ejecutan en público, ya sea por no tener buena voz, por timidez, por falta de carisma, por algún impedimento físico, etcétera. A estos creadores se les estaría forzando, no a vivir de su

⁵⁹⁶ *Ibidem*, párrafos 15 y 16.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 42.

⁵⁹⁸ Véase *infra* nota al pie 606 del presente capítulo.

⁵⁹⁹ Sobre el particular, indica Bellosó: “el Derecho de Propiedad Intelectual es digno de protección y ...es justo que quien crea reciba una remuneración”. Bellosó Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 153, p. 123.

calidad de autores, sino a convertirse en artistas, aunque a lo mejor esa no sea su vocación.⁶⁰⁰

A mayor abundamiento, si los ingresos se van a generar por tocar ante el público, en la mayoría de los casos es irrelevante que se ejecuten obras de propia creación o de creación ajena. De hecho, en la mayoría de los casos se obtendrían las ganancias por comunicar obras creadas por otros, como sucede con el grueso de los músicos en el mundo. Así las cosas, en realidad, los ingresos no provendrían de la creatividad propia (de haber creado una obra), sino de prestar un servicio de tocar música en vivo.

Esa situación es contraria a lo prescrito por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ya señalados, en tanto estos establecen que los intereses materiales que se protegen, son los que les correspondan a las personas “por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, es decir, los que se deriven *de sus obras*, no de otras cuestiones como tocar música por ellos mismos.

En este sentido, el Comité DESC señala: “La palabra ‘correspondan’ pone de relieve que los autores sólo se benefician de la protección de los intereses morales y materiales *directamente generados* por *sus* producciones científicas literarias o artísticas”⁶⁰¹ (énfasis añadido).

Por lo que deben desecharse todas las propuestas que busquen que los autores no vivan *directamente* de sus obras, sino de otras cuestiones, como por ejemplo, mediante publicidad, representaciones en vivo, patrocinios, prestación de servicios adicionales, etcétera.⁶⁰²

Y esto sin mencionar qué pasa con los autores que sufren de alguna discapacidad y, por ende, están físicamente impedidos para dar presentaciones en vivo.⁶⁰³ Debe recordarse la importancia que le da el Comité DESC en la observación general 17, para que los autores discapacitados tengan un nivel digno de vida y estén protegidos.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ En este sentido, coincidimos con Yu cuando explica: “Unfortunately, not all artists can rely on live performances to earn a living. Nor do they want to. For example, many artists are not performers; they are just songwriters, producers, and sound engineers. Even if they perform, some artist may prefer to be studio artists doing the majority of their work in recording sessions. Who are we to tell artist that they should perform live to survive?”. Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 562, p. 904.

⁶⁰¹ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 17.

⁶⁰² Para un listado de diversas fuentes de ingreso de este tipo, véase Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *op. cit.*, nota 6, p. 81.

⁶⁰³ Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *Human rights and intellectual property. Mapping the global interface*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, p. 203.

⁶⁰⁴ Párrafo 18, inciso a).

Además, las propuestas de Smiers y Barlow no pueden aplicarse a todo tipo de obras. Por ejemplo, ¿qué pasaría con las obras literarias? La forma más importante de explotación de estas creaciones es la edición literaria (en sus diversas modalidades), la cual, para poder beneficiar económicamente a los autores, presupone la existencia de derechos de explotación (particularmente, de controlar las reproducciones de la obra).

En cambio, la recitación o representación pública es una modalidad de explotación muy menor, por lo que, fuera de los autores teatrales, difícilmente habría posibilidad de vivir dignamente dando presentaciones sobre obras literarias. Amén de que, al no existir derechos de autor y estar permitido que cualquiera comunique públicamente la obra, es probable que quienes le saquen mayor provecho económico a esta clase de creaciones, sean actores profesionales o lectores con “buena voz”, y no el propio autor (y eso en el caso de que el autor esté verdaderamente dispuesto a pararse frente al público a comunicar su obra).⁶⁰⁵ E incluso, los empresarios teatrales sacarían mayor provecho económico a las obras que los propios actores.

De nueva cuenta, vemos que este tipo de sistemas, más que recompensar a los autores y a su creatividad, proporcionarían incentivos a artistas intérpretes o ejecutantes y, sobre todo, a los empresarios.

Aunque en el caso de Smiers, como ya vimos, hace una propuesta que es un poco más estructurada sobre cómo compensar a los autores. Sometamos esa propuesta al escrutinio del derecho humano a la protección-jurídico autoral, para ver si respeta ese derecho básico.

Como constatamos en el capítulo tercero del presente trabajo, la protección iusfundamental a los intereses económicos de los autores se puede realizar “mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del derecho exclusivo a explotar su producción científica, literaria o artística”.⁶⁰⁶ Es decir, los estados pueden elegir entre concederles derechos de explotación a los autores o mediante un sistema de pagos únicos (como pudieran ser becas estatales, pensiones o hasta derechos de remuneración).

Si descartamos la opción de los derechos de explotación, como propone Smiers, quedaría la opción de los pagos únicos, la cual debe cumplir con el requisito de efectividad y lograr, como mínimo, un nivel de vida adecuado para los autores, según explicó el Comité DESC.⁶⁰⁷ Y a nuestro entender, la propuesta de Smiers no cumple con ello.

⁶⁰⁵ No son raros los casos de verdaderos genios de la literatura, como Lovecraft, cuya timidez lo relegaba a la solitaria labor de escribir, y nunca se hubieran atrevido a ganarse la vida leyendo sus obras en público, en lugar de licenciarlas a editores literarios.

⁶⁰⁶ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 16.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 39, inciso c).

En efecto, el núcleo de la propuesta de Smiers es que el autor no tenga derecho alguno y que los ingresos para mantenerse los obtenga de las oportunidades que le da el mercado, principalmente por ser el primero en explotar la obra o mediante los favores de mecenas y patrocinadores.⁶⁰⁸ Esto es inviable para cumplir los objetivos propuestos, pues con la fácil y rápida difusión de obras que propicia la tecnología digital, más va tardar el autor en crear la obra y ponerla a disposición del público, en que la misma se multiplique y difunda inmediatamente por otras personas, incluyendo diversos empresarios que también comercialicen la creación (pues al no existir derechos de autor, cualquiera podría lucrar con la obra), de forma que los ingresos que reciba el autor por ser el primero en explotar la obra, difícilmente serán tan significativos como para procurarles un nivel digno de vida.

Peor aun, esto generaría una situación de competencia parasitaria. En efecto, se daría pie a que abundaran empresarios, que no invirtieran prácticamente nada, y estuvieran a la espera de que los autores sacaran a la luz sus obras, para, inmediatamente, acceder a ellas y comenzar a comercializarlas. Se ocasionaría una *verdadera rapiña* de la creatividad ajena.

No está de más recordar los reproches de Locke a quienes se apropian del trabajo ajeno y, particularmente, a los editores que explotan obras en perjuicio de los intereses de los autores.⁶⁰⁹ Y es que, en efecto, encontramos inaceptable que cualquier persona, sin mayor esfuerzo y sin siquiera tener nexo con el autor, pueda, no sólo beneficiarse y lucrar con el trabajo ajeno, sino convertirse en el principal competidor del propio autor en el mercado.

Incluso, en casos como el de México, donde aun con la existencia de derechos de autor, la piratería afecta seriamente los ingresos de muchos sectores (como el musical), imaginemos cuál sería la situación si desaparecieran los derechos de autor, y el impacto que eso tendría en el ingreso de los autores al permitir que cualquiera lucre con su obra.

⁶⁰⁸ Cfr. *supra* la nota al pie 555 del presente capítulo.

⁶⁰⁹ Cfr., sobre todo, Locke, John, "Memorandum" en King, Peter, *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*, Londres, Henry Colburn y Richard Bentley, 1830, vol. I, pp. 386 y 387; así como su carta de 18 de marzo de 1695, consultable en De Beer, E.S. (comp.), *The correspondence of John Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1979, vol. 5, p. 795.

En este sentido, consideramos acertadas las palabras de Bottis y Spinello, cuando afirman que el modelo lockeano de derechos de autor, basando en permitir que los autores se beneficien de su trabajo, es moralmente aceptable. véase Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 526, p. 178.

En cambio, un modelo en el que no se remunere al autor es inaceptable, como considera López Maza: "tan inapropiado es conceder a los titulares de derechos un monopolio absoluto sobre sus contenidos protegidos, como permitir que el usuario pueda acceder en línea a todo, cuando quiera y sin pagar". López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 7.

Y el mecenazgo o patrocinio es insuficiente, como ya lo demostró la historia. El núcleo del sistema cultural de un país (en lo que se refiere a la creación de obras) no puede depender de los mirabienes de unos cuantos privilegiados sociales; además de que la mayoría de los autores no tendría ni siquiera la posibilidad de acceder a ese sistema de financiamiento. Reiteramos: este tipo de sistemas no genera sectores expresivos independientes, plurales y comprometidos con la democracia.

Complementando el núcleo de su propuesta, Smiers también propone otras alternativas para cuando el sacrosanto mercado sea insuficiente: un usufructo temporal a favor de los inversionistas y, como último recurso, subsidios del Estado.⁶¹⁰ De entrada, si el núcleo de la propuesta de Smiers no es acorde con lo que señala el derecho humano a la protección jurídico-autoral, los complementos a ese núcleo poco pueden hacer para enderezar la situación. Además de que, por sí mismos, merecen algunas críticas.

La propuesta de un usufructo temporal, aplicable sólo en casos limitados, no sirve para generarle ingresos al autor, pues se trata de un derecho que se concedería al que invirtiera dinero, es decir, *favorece al empresario y no al autor*. Incluso en los casos en que fuese el propio autor quien invirtiera el dinero y resultase el beneficiario del usufructo, eso no encontraría fácil acomodo con las exigencias del derecho a la protección jurídico-autoral, pues no se le está beneficiando al autor por su condición de autor, sino por su condición de inversionista. Es decir, no es una recompensa a la creatividad, sino a la iniciativa empresarial y solvencia económica para levantar un proyecto. Amén, de que este usufructo sólo aplicaría en casos de grandes inversiones, por lo que serían pocos los autores que tuvieran los recursos para poder realizarlas y beneficiarse. Además, la limitadísima duración de un año que tendría ese usufructo, difícilmente procurará un nivel digno de vida al autor en la mayoría de los casos.

Por lo que hace a los subsidios del Estado, consideramos que son normalmente benéficos, en tanto sirven para crear obras experimentales y de vanguardia, permiten las primeras creaciones de autores noveles, dan cabida a autores marginados y facilitan la existencia de obras con poca viabilidad comercial. Incluso en sistemas donde existen los derechos de autor, los subsidios e incentivos estatales son un importante apoyo adicional, como sucede en Francia (ejemplo paradigmático) o, incluso, en México.⁶¹¹ Así, los incentivos estatales en un sistema con derechos de autor, son útiles para cu-

⁶¹⁰ Cfr. *supra* las notas al pie 556 y 557 del presente capítulo.

⁶¹¹ La sinergia entre derechos de autor e incentivos estatales quedó demostrada con el incentivo fiscal a la producción cinematográfica previsto en el artículo 226 de la Ley del Impuesto sobre Renta, el cual sirvió para reactivar la industria cinematográfica mexicana,

brir los huecos que estos últimos dejan o, por lo menos, para hacerlos más efectivos.

Empero, y aunque el derecho humano a la protección jurídico-autoral admite que se remunere a los autores a través de subsidios (por ser pagos únicos), estos sirven de poco en un sistema donde el núcleo de los ingresos de los autores provendría de la suerte que tengan en el mercado y sin protección alguna. Por las propias limitaciones de los estados (que también deben atender otras necesidades, como salud, educación y seguridad, etcétera), los autores beneficiados de estos subsidios serían unos pocos, por lo que en ese contexto, no habría una observancia generalizada del derecho a la protección jurídico-autoral. Además, recuérdese que en la propuesta de Smiers, los subsidios sólo se concederían en casos excepcionales en que no funcionara el usufructo temporal de un año; esto se traduciría en una inobservancia general del referido derecho humano.

En otro orden de ideas, y dejando a un lado el derecho a la protección jurídico-autoral, resulta que las posturas abolicionistas también son criticables a la luz de *otros derechos humanos* como el derecho a la información o el derecho a la cultura. Veamos.

Como explicamos en su oportunidad,⁶¹² la relación entre derecho a la información y derechos de autor es paradójica, pues se refuerzan y afectan mutuamente, aunque del balance final se puede concluir que son más los beneficios que los derechos de autor le reportan al derecho a la información, que los perjuicios que le significan.⁶¹³ De esta forma, la desaparición de los derechos de autor es algo que, inmediatamente, repercutiría negativamente en el derecho a la información.

En particular, se afectaría la llamada *función de producción* que tienen los derechos de autor respecto del derecho a la información, pues sin los incentivos económicos que significan los primeros, se dejarían de producir

de forma que de 2006 a la fecha, el número de películas producidas al año ha aumentado exponencialmente a niveles no vistos en la década previa.

Esto ha servido, no sólo para tener mas obras (más expresiones culturales mexicanas), sino para aumentar en el número de directores que han debutado (entre 2000 y 2008 debutaron 127 directores de largometrajes, lo que equivale a un incremento cercano al 20% de la población de realizadores de cine que acumuló el s. XX. Sobre esto, *cfr.* Ciuk, Perla, *Diccionario de directores del cine mexicano*, México, 2a. ed., IMCINE / CONACULTA, 2009, t. I, pp. XI y XII), y como consecuencia, en la posibilidad de que estos directores, además de su salario y la contraprestación por ceder al productor sus derechos de explotación, puedan cobrar regalías por los ingresos generados de la exhibición de sus películas.

⁶¹² Véase el capítulo cuarto, subcapítulo X, número 1, letra D, del presente trabajo.

⁶¹³ *Cfr.* Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 10; y Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 231, p. 458.

muchas obras, lo que se reflejaría en que habría un menor número de expresiones del pensamiento humano.⁶¹⁴ Además de que se generaría un incentivo negativo, derivado de un mercado donde cualquiera puede explotar libremente las obras y el autor competiría sólo con sus habilidades empresariales, sin ninguna protección sobre su obra, y (teóricamente) en igualdad de circunstancias con todos los demás oferentes de esa obra. ¿Debemos forzar a los autores a convertirse en empresarios para poder ganarse la vida?⁶¹⁵

De la misma manera, y como ya adelantamos, existiría también una afectación a la *función estructural* que tienen los derechos de autor respecto del derecho a la información, pues al incentivarse el acudir a los mecenas y patrocinadores (como sugiere Smiers), efectivamente regresaríamos a una situación semejante a la del Renacimiento, donde no existía un sector creativo independiente y autosuficiente, estando los creadores subordinados a los grandes intereses económicos y políticos, y en donde las obras reflejaban más la ideología de los mecenas que la de los autores, lo que afectaría seriamente el pluralismo que fomenta el derecho a la información.⁶¹⁶

Perjuicios similares resentiría el derecho a la cultura, pues un panorama en donde cualquiera podría explotar las obras, tergiversarlas, omitir el nombre del autor, etcétera, generaría un desincentivo a la creación, pues si un autor no pudo sacarle provecho a su esfuerzo creativo, mejor dedicará su tiempo y esfuerzo a otras fuentes de subsistencia, y no a la creación de obras. Esto, evidentemente, disminuye la riqueza y la pluralidad cultural, al no existir condiciones para la generación de expresiones culturales.⁶¹⁷

En este sentido, no está de más traer a colación la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, cuyo preámbulo reconoce “la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural”.

⁶¹⁴ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, pp. 86-88; Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 169; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 77, p. 113.

⁶¹⁵ “However, not all artists are entrepreneurial. Nor do they want to focus their energy on marketing and dealmaking, as compared to making music. As Eddie Vedder, Pearl Jam’s lead singer, noted: ‘We like to be creative with the business side, but we’re not good at using both sides of our brain at once’”. Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 562, p. 911.

⁶¹⁶ Para más detalles sobre la afectación a la función estructural, véase Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 177, p. 89.

⁶¹⁷ *Cf.* por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “El intercambio cultural de México con los demás países. Aspectos jurídico-institucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. XX, núms., 127-129, enero-junio 1983, p. 197; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 77, p. 383; Del Corral, Milagros, “Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio”, Seminario Internacional Sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, UNESCO, Madrid, 28 de octubre de 2005, p. 3.

Mientras que la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (que si bien no es una norma jurídica, es un documento impulsado por la UNESCO que nos da muchas luces sobre políticas culturales),⁶¹⁸ en su artículo 5.a establece que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural incluye que se le protejan sus “intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural”. Asimismo, volvemos a traer a colación las palabras de Rodolfo Stavenhagen:

Los derechos a la propiedad intelectual, así como al reconocimiento y la remuneración de los autores de los productos y bienes culturales constituyen una parte importante de los derechos culturales en la actualidad. Cualquier negación o restricción al respecto puede ser considerada como una violación de los derechos humanos.⁶¹⁹

Por lo que queda claro que la desaparición de los derechos de autor afectaría seriamente el derecho a la cultura.

En conclusión, la abolición de los derechos de autor no es una alternativa a considerarse por donde se le vea (incluyendo, desde la óptica de los derechos humanos involucrados).

B. *Minimización de los derechos de autor*

Otro grupo de pensadores no comparte la opinión de que los derechos de autor deban desaparecer,⁶²⁰ sin embargo, sí son partidarios de reducirlos a su mínima expresión.⁶²¹

Por ejemplo, dentro de esa corriente encontramos a Halbert, quien luego de criticar que el *copyright* proteja sólo a las grandes empresas, afirma que

⁶¹⁸ Además de que ha sido utilizado como herramienta por el Comité DESC para interpretar el artículo 15 del PISEC, como se puede constatar en la observación general 21 de dicho organismo.

⁶¹⁹ 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.

⁶²⁰ Como ejemplo, Lessig está en contra de la abolición del *copyright*, pues considera que este sólo debe ser cambiado. Cfr. Lessig, Lawrence, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Londres, Bloomsbury, 2008, p. 253.

Asimismo, afirma dicho autor que: “a large, diverse, and modern society cannot flourish without intellectual property”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 28.

⁶²¹ Quienes buscan la *dilución* de los derechos de autor en Internet también han sido clasificados por algunos pensadores como “anarquistas”. Cfr. Eckersley, Peter, “Virtual markets for virtual goods: the mirrow image of digital copyright?”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 18, núm. 1, otoño 2004, p. 87.

dicha protección jurídica debe ser limitada fuertemente, por lo que sólo debe abarcar lo *mínimo* necesario para proteger una obra creativa, de manera que propone la desaparición de las facultades de comunicación pública y transformación, por lo que sólo violaría el *copyright* quien copie directamente la obra.⁶²²

En la misma tónica, James Boyle considera que el sistema está mal de raíz, pues parte de premisas económicas no comprobadas empíricamente y de una visión romántica de lo que es un autor,⁶²³ por lo que propone una reducción *a gran escala* de los derechos de propiedad intelectual y la ampliación del dominio público.⁶²⁴

Ideas similares encontramos en Vaidhyanathan, quien opina que la principal preocupación de los derechos de autor debiera ser el favorecer a los consumidores y usuarios,⁶²⁵ inclinándose por una regulación “delgada” de estos derechos,⁶²⁶ y siendo muy crítico con la facultad de transformación.⁶²⁷

Aunque, probablemente, es Lawrence Lessig el representante más conocido de esta corriente. De hecho, si bien no está en contra del *copyright* como tal, sí aboga por una versión muy *mínima* de esta regulación, que sólo proteja cierta clase de obras⁶²⁸ y con un alcance muy limitado. Veamos.

En su libro *Free culture*, Lessig propone una estrategia en dos etapas: la primera de corto plazo (lo que nos correspondería hacer a “nosotros”) y la segunda de mediano plazo (que implica reformas legales).⁶²⁹

La primera etapa, ya puesta en marcha, consiste en las licencias *creative commons*, las cuales se basan en las reglas vigentes sobre *copyright*, y sirven para que los autores licencien gratuitamente el uso de sus obras de forma irrevocable; su propósito es reconstruir el dominio público, para lograr el uso gratuito de las obras ajenas.⁶³⁰

En el subcapítulo IV, número 2, letra D, *infra*, explicamos con más detalle el fenómeno *Creative Commons*, pero por el momento sólo queremos destacar cómo, contrario a lo que se dice, este tipo de licencias forman parte de una estrategia general para debilitar el sistema de derechos de autor y

⁶²² Halbert, Debora J., *op. cit.*, nota 303, pp. 158 y 159.

⁶²³ Boyle, James, *Shamans, software & spleens*, EUA, Harvard University Press, 1996, p. 175.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 183.

⁶²⁵ Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, pp. 5 y 162.

⁶²⁶ *Ibidem*, pp. 5 y 15.

⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 84 a 86.

⁶²⁸ “So to get Hollywood films, some kinds of blockbuster movies, maybe Justin Timberlake-like music, and maybe a few types of books, we run a copyright system”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, p. 292.

⁶²⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 275, 276 y 287.

⁶³⁰ *Ibidem*, pp. 282-286.

fomentar el uso no remunerado de obras.⁶³¹ No se trata de una propuesta “neutral y equilibrada” como se le quiere hacer pasar, sino que es una herramienta expresamente diseñada para “extraer” obras del régimen de derechos autor (o al menos, para diluir a estos derechos por la vía contractual). Desde luego, en el mismo apartado destacamos los puntos positivos de esas licencias, así como formulamos las críticas correspondientes, sobre todo, lo concerniente su anglocentrismo.

La segunda etapa que propone Lessig consiste en una serie de reformas legales para reducir la protección autoral a la mínima expresión, mismas que son las siguientes:

a) *Aumentar las formalidades*. Lessig critica que, para solicitar una licencia de uso, a veces sea difícil saber quién es el titular de los derechos sobre la obra, además que considera una anomalía la ausencia de formalidades, pues argumenta que, al comprar un inmueble o un coche, siempre es necesario registrarlos.⁶³² De manera que *propone tres formalidades* para obtener la protección: el etiquetado de las obras, su registro y la renovación periódica de este registro.⁶³³

Afirma este profesor que no existe razón para la que la protección a una obra sea gratuita,⁶³⁴ por lo que propone un registro constitutivo de derechos que dure únicamente 5 años, y que sea susceptible de renovación por periodos de la misma duración, hasta alcanzar un máximo de 75 años.⁶³⁵ También propone que este registro se haga por Internet y a cambio de una pequeña tarifa (como el registro de nombres de dominio), bajo la supervisión de la Oficina de *Copyright* de los EUA,⁶³⁶ lo que implica que se trata de registros de eficacia meramente nacional.

⁶³¹ De hecho, el propio Lessig reconoce que *Creative Commons* es sólo un paso intermedio hacia la modificación del sistema de protección: “I’m the first to argue that CC is just a step to rational copyright reform, not itself an ultimate solution”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, p. 279.

⁶³² Aquí encontramos una falacia más de Lessig. Ya que, comúnmente, en materia del derecho real de propiedad, el registro no es el que otorga el derecho (no es constitutivo), sino una formalidad posterior.

En efecto, el derecho de propiedad, al menos en la tradición neorromanista, no se genera ni se adquiere por virtud de un asiento registral, toda vez que la función del registro es meramente dar publicidad sobre ciertas situaciones y actos jurídicos. *Cfr.* De Pina, Rafael, *Elementos derecho civil mexicano*, México, 14a. ed., Porrúa, 1994, vol. II, pp. 224-230; Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 369-376.

⁶³³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 287 y 288.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 293.

⁶³⁵ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 301, pp. 251 y 252; y Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 22 y 293.

⁶³⁶ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 289.

b) *Reducir los plazos de protección.* En su obra *The future of ideas*, Lessig proponía reducir la duración del *copyright* a 75 años nada más (y eso sólo en el caso de que se hicieran las 15 renovaciones quinquenales),⁶³⁷ pero en *Free culture* reculó y afirmó que, más bien, debería buscarse un plazo similar al que existía antes de 1976, que en los EUA era un promedio 32.2 años.⁶³⁸

c) *Reducir la facultad de transformación.* Lessig critica la facultad de transformación afirmando que la Constitución de los EUA sólo otorga derechos a los autores sobre “sus escritos” y que las obras derivadas no son “escritos” de los autores de las obras primigenias, además de que inhibe la creatividad de otras personas. Por lo tanto, propone que la facultad de transformación tenga una duración menor que otras facultades del *copyright* (aunque no dice cuánto), así como también propone reducir el alcance mismo de dicha facultad, de manera que sólo sirva para controlar obras derivadas que se usen con fines de lucro.⁶³⁹

d) *Establecer licencias legales para el uso de música en Internet.* Propone crear un sistema de algo parecido a los derechos de simple remuneración.⁶⁴⁰ Esta propuesta la exponemos y valoramos con mayor detalle en el subcapítulo IV, número 2, letra F, *infra*.

e) *Despedir muchos abogados.* Lessig estima que el derecho sólo debe regular ciertas áreas de la cultura cuando lo haga para bien,⁶⁴¹ criticando la torpeza y el rol que han jugado los abogados (así, en general) en los debates sobre derechos de autor, por lo que considera que los abogados deben mantenerse alejados del debate.⁶⁴² Aunque fuera de esas afirmaciones, Lessig no aterriza sus ideas en ninguna propuesta particular.⁶⁴³

Las propuestas de Lessig para minimizar los derechos de autor no quedan en las ya reseñadas, pues en su más reciente obra en la materia, *Remix*, propone una serie de medidas adicionales:

⁶³⁷ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 301, pp. 251 y 252.

⁶³⁸ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 293.

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 294 y 295.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 296 y ss.

⁶⁴¹ ¿Para el bien de quién?, habría que preguntarnos ante un razonamiento tan simplista, pues en materia de derechos de autor, prácticamente cualquier cambio que se haga, beneficiará a un sector, pero perjudicará otro.

⁶⁴² Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, pp. 304-306.

⁶⁴³ Dado lo poco substancial de esta propuesta, no nos detendremos a criticarla, sino que sólo haremos una breve observación.

Si bien hay que tomar en cuenta el tono ligero y hasta humorístico con el que Lessig nos anima a despedir abogados, hay que recordar que una política pública sería no puede tomar a la ligera los despidos masivos; el desempleo y el subempleo son situaciones muy delicadas (y, en principio, nada deseables). Asimismo, una política sería no puede estar basada en el silenciamiento de un sector de la sociedad.

f) “*Desregular la creatividad amateur*”. El título que le da Lessig a esta propuesta es un poco engañoso, pues aunque incluye la libre realización de obras derivadas (es decir, una seria disminución de la facultad de transformación), en realidad propone que *todo uso no comercial* de una obra no esté regulado y pueda hacerse sin autorización. Esto va más allá que el mero *fair use* (restricción al derecho de explotación), el cual implica una regulación jurídica, sino que se trata de dejar los usos no comerciales fuera del ámbito del derecho.⁶⁴⁴

g) *Simplificar las normas jurídicas*. El *copyright* es un sistema jurídico muy complejo y técnico, afirma Lessig, por lo que debe simplificarse. En particular ataca la doctrina del *fair use*, por ineficiente y porque sólo puede ser manejada por abogados y no por el público en general.⁶⁴⁵ Incluso, la crítica de Lessig llega al extremo de (sorprendentemente) proponer abandonar un sistema de restricciones tan abierto, y acercarse a un sistema más cerrado como el de *droit d’auteur*:

Fair use could do its work better if Congress followed in part the practice of European copyright systems. Specifically, Congress could specify certain uses that were beyond the scope of copyright law. Congress should not follow the Europeans completely, however. The flexibility of existing fair-use law does encourage development of the law.⁶⁴⁶

Por nuestra parte, estimamos que el *fair use* tiene muchos puntos rescatables, y no consideramos esa doctrina tan perniciosa e impredecible como afirma Lessig.⁶⁴⁷ Empero, en este punto, coincidimos en esencia con Lessig, pues lo ideal en un sistema de restricciones es el sano equilibrio, donde haya seguridad jurídica y flexibilidad.⁶⁴⁸

h) “*Despenalizar el copiado*”. De nueva cuenta, el título que le da Lessig a esta propuesta es muy engañoso, pues va más allá que el pugnar por la no aplicación del derecho penal a la materia, sino que, en realidad, se trata de disminuir drásticamente la facultad de reproducción, quitarle su neutralidad tecnológica y dejarla obsoleta ante las nuevas tecnologías. Veamos.

⁶⁴⁴ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, pp. 254 y 255.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 266 y 267.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 267.

⁶⁴⁷ Sobre esto véase el subcapítulo IX, número 1 del capítulo cuarto de la presente investigación, en particular las conclusiones de Samuelson que ahí se incluyen, así como el estudio empírico de Barton.

⁶⁴⁸ Véase *infra* el subcapítulo IV donde hacemos nuestra propuesta en cuanto a los perfiles adecuados para las restricciones al derecho de explotación.

Inicia Lessig afirmando que esta es su *propuesta más importante*, y consiste en que el derecho no regule “copias” o “reproducciones”, sino más bien usos concretos y específicos de obras.⁶⁴⁹ Por lo que se debe regresar a la tradición de EUA de que sea el legislador quien expresamente señale qué usos deben estar protegidos en ley (dejando, automáticamente fuera, el resto de usos no mencionados), los cuales deben atender al criterio de que sean usos con impacto comercial para el titular de derechos.⁶⁵⁰

Una vez expuestas las principales posturas que proponen la minimización de los derechos de autor, pasaremos a su crítica y exposición de sus deficiencias, haciendo especial hincapié en sus repercusiones en materia de derechos humanos.

Y en ese sentido, hay que empezar diciendo que las posturas de este tipo no son compatibles con las exigencias de los derechos humanos, en particular con las del derecho a la protección jurídico-autoral. En efecto, mientras que desde un punto de vista iusfundamental, el garantizar un nivel de vida digno a los autores es lo *mínimo* a lo que puede aspirarse⁶⁵¹, las posturas que ahora se critican ven eso como el *máximo* a donde deberían llegar los derechos de autor, sin que sea válido que los creadores reciban algo más que lo estrictamente indispensable.⁶⁵²

Las posturas que ahora se critican son contrarias a los mandatos de optimización propios de los derechos fundamentales,⁶⁵³ pues mientras el derecho humano a la protección jurídico-autoral ordena a los estados que

⁶⁴⁹ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, p. 268.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pp. 269 y 270.

⁶⁵¹ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 39, inciso c).

Incluso, este Comité no se opone a una *mayor protección* a los autores, al afirmar que el PIDESC “no impide en modo alguno a los Estados Partes adoptar unas normas más elevadas de protección en los tratados internacionales sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores o en la legislación nacional, siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto”. *Ibidem*, párrafo 11.

⁶⁵² Cfr. por ejemplo, Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 292; y Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 5.

⁶⁵³ Los derechos humanos, al estar formulados en normas que son principios, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 590, p. 86.

Como ejemplo, véase también Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 48 y 49; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 558; Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 62 y ss.

protejan los intereses económicos de los autores *en la mayor medida de lo posible*, los doctrinarios analizados en este apartado defienden que los autores sí merecen una protección, pero que esa protección debe ser concedida por el Estado *en la menor medida de lo posible*.

Así las cosas, es obvio que *minimización* es contrario a *optimización*. Las posturas de minimización se contraponen a la optimización que buscan los derechos humanos.

De lo anterior se observa un error en el punto de partida de quienes quieren minimizar los derechos de autor: ven a estos derechos como una *mera política económica* (con implicaciones culturales), pero no aprecian que, en realidad, los derechos de autor son mucho más.⁶⁵⁴ En particular, se olvidan que la protección a los seres humanos que llamamos autores, es un *fin por sí mismo* (lo que los hace merecedores de un derecho humano que protege sus intereses), y *no sólo un mero instrumento* para beneficiar los intereses de los usuarios o de la sociedad en general.

Esta visión instrumentalista (utilitarista) de quienes impulsan la minimización de los derechos de autor, plantea diversas cuestiones sobre su viabilidad moral y su repercusión en la dignidad de los autores (al verse a estos como un medio y no como un fin).⁶⁵⁵ En particular, incluso en la visión mínima del *copyright* que proponen, los intereses de los propios autores están relegados a un segundo plano, pues la protección jurídica estaría enfocada a estimular el financiamiento de cierto tipo de obras de carácter comercial,⁶⁵⁶ y no tanto para proteger los diversos intereses de los autores.

Peor aun, los teóricos aquí criticados no ven que el sistema internacional de derechos humanos ordena que se proteja a los autores *en la mayor medida de lo posible*, por lo que no basta tener un derecho de autor mínimo

Sobre la optimización del derecho humano a la protección jurídico-autoral en particular, véase la observación general 17 del Comité DESC, párrafo 23.

En general, *cf.* el subcapítulo IV, número 1 del capítulo primero del presente trabajo.

⁶⁵⁴ Aquí aparece otra vez el anglocentrismo típico de estas posturas, con la predominancia del enfoque utilitarista y comercial propio de los sistemas de *copyright*.

⁶⁵⁵ Por ejemplo, Lessig considera que las posturas europeas que se preocupan por respetar la dignidad de los autores, son *absurdas* para crear políticas públicas en la materia. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 250.

Ese menosprecio por la dignidad de los autores es absolutamente contrario a lo que establece la DUDH o el PIDESC, y choca totalmente con lo dicho por el Comité DESC en el sentido de que el derecho de los autores a estar protegidos en sus intereses económicos y morales “deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”. *Cfr.* la observación general número 17 de ese comité, párrafo 1.

⁶⁵⁶ O como diría Lessig: películas de Hollywood, música *pop* y cierto tipo de libros. *Cfr.* *supra* la nota al pie 628 del presente capítulo.

para ciertos fines comerciales, sino que, atendiendo a la obligación de *progresividad*, los estados deben avanzar lo más rápido posible hacia un sistema en donde se obtenga la más amplia protección a los autores (dentro de lo jurídica y fácticamente posible).⁶⁵⁷ En este sentido es muy claro el artículo 2.1 del PIDESC:

2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De esta obligación de progresividad, aplicada particularmente al derecho humano a la protección jurídico-autoral, se desprende que: “El ejercicio progresivo de este derecho durante cierto tiempo significa que los Estados Partes tienen la obligación específica y continua de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la plena aplicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15”.⁶⁵⁸

Así, mientras los minimalistas —como Lessig— buscan no dar más de lo estrictamente indispensable, los derechos humanos buscan que a los autores se les dé lo más posible (hasta donde los derechos de otros lo permitan). Bien afirma Cornides⁶⁵⁹ que la protección de la propiedad intelectual no debe de ser ni muy modesta (como proponen los minimalistas), pero tampoco excesiva, ya que cualquier desviación del equilibrio frustraría sus finalidades e implicaría una injusticia.

Además, las propuestas de quienes desean reducir los derechos de autor a su mínima expresión, son medidas claramente *regresivas*, que implican varios pasos atrás respecto de lo logrado por los estados para proteger los intereses económicos de los autores. Por ejemplo, de tener una protección automática se retrocedería a sólo proteger a quienes registrasen sus obras, de proteger todo tipo de obras se retrocedería a proteger sólo cierta clase de

⁶⁵⁷ En este sentido, Carbonell nos explica: “la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse en forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una ‘mejora continua de las condiciones de existencia’, como lo ordena el artículo 11 del Pacto”. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2005, p. 793.

⁶⁵⁸ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 16.

⁶⁵⁹ Cornides, Jakob, “Human rights and intellectual property. Conflict or convergence?”, *The journal of world intellectual property*, Ginebra, vol. 7, núm. 2, marzo 2004, p. 150.

obras, de proteger *prima facie* todas las utilizaciones públicas de las obras se retrocedería al grado de excluir la comunicación pública y la transformación (y muchos tipos de reproducciones), de tener una protección prácticamente universal se retrocedería a una protección fragmentaria dividida por fronteras, etcétera.

De esta forma, si se atendieran las propuestas de los doctrinarios en glosa, los países irían en contra de la *prohibición de regresividad* que se deriva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y varias Constituciones del mundo (como la mexicana), sobre lo cual nos refiere la más destacada doctrina en la materia:

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido⁶⁶⁰ (énfasis en el original).

Ya concretamente sobre el derecho humano a la protección jurídico-autoral, el Comité DESC se ha pronunciado claramente sobre la prohibición de tomar medidas regresivas en cuanto a la protección de los autores, como se aprecia a continuación:

27. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una *fuerte* presunción de que *no es permisible adoptar medidas regresivas* en relación con el derecho a la protección de los intereses morales y materiales del autor. Si se adoptan deliberadamente medidas regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han adoptado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto.

[...].

42. Las violaciones del derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. *La adopción de cualesquiera medidas regresivas*

⁶⁶⁰ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 93 y 94.

que sean incompatibles con las obligaciones básicas previstas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, a las que se hace referencia en el párrafo 41 supra, constituye una violación de ese derecho. Entre las violaciones resultantes de actos de omisión figura la derogación formal o la suspensión injustificada de la legislación que protege los intereses morales y materiales que correspondan a una persona por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas⁶⁶¹ (énfasis añadido).

En otro orden de ideas, es común en todos estos postulantes de la minimización de los derechos de autor, una posición adversa a la facultad de transformación. Empero, esa postura crítica a tal facultad del derecho de explotación parte de una premisa errónea: que para poder crear cualquier obra hoy en día, los autores necesitan transformar obras preexistentes,⁶⁶² de manera que la facultad de transformación sobre las obras preexistentes es una traba para la creación de nuevas obras.⁶⁶³ Veamos lo poco precisa de esa afirmación.

El asumir que toda obra es, *per se*, una obra derivada, y que por lo tanto, siempre es necesario pedir permiso a los titulares de derechos sobre las obras preexistentes, es francamente equivocada. Esto en virtud de que, para que una obra pueda ser considerada como derivada, no basta que tome cualquier elemento de una obra previa,⁶⁶⁴ sino que debe tomar *elementos creativos*, es decir, los elementos *originales* que aportó su respectivo autor.²⁶⁵

⁶⁶¹ Observación general, párrafos 27 y 42.

De esta forma, para que una medida regresiva sea considerada lícita, se requiere aprobar el principio de proporcionalidad y no atentar contra el contenido esencial del derecho a la protección jurídico-autoral; existiendo una *fuerte* presunción de que la regresividad es violatoria del PIDESC.

⁶⁶² Por ejemplo, esta idea es expuesta por Posner y Landes, quienes afirman: “Creating a new expressive work typically involves borrowing or building on material from a prior body of Works, as well as adding original expression to it. A new work of fiction, for example, will contain the author’s expressive contribution but also characters, situations, plot details, and so forth that were invented (sic) by previous authors”. Landes, William M., y Posner, *op. cit.*, nota 519, pp. 66 y 67.

⁶⁶³ En este sentido, afirma Lessig: “The building of a permission culture rather than a free culture, is the first important way in which the changes I have described will burden innovation. A permission culture means a lawyer’s culture – a culture in which the ability to create requires a call to your lawyer”. Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 192.

⁶⁶⁴ En este sentido, Satanowsky nos indica con claridad: “El objeto del derecho exclusivo del autor es sólo la ‘obra’. El derecho de autor no atribuye ninguna exclusividad acerca del ‘contenido’ de la obra, ni en el campo abstracto, ni en el de la aplicación práctica. Una exclusividad en estos campos no podría concebirse sino por las ideas que en la obra se expresan y estas ‘ideas’ no son el objeto de la exclusividad de explotación reservada al autor: reservada es sólo su individual concreción en la obra”. Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 159.

Si lo que se está tomando de obras previas son ideas, informaciones, elementos de uso común, etc., no estaremos frente a la creación de una obra derivada, y por lo tanto, no se necesitará pedir autorización a los autores de las obras preexistentes.⁶⁶⁶ Dicho permiso tampoco será necesario si la obra está en el dominio público.

Por ende, si al crear una obra no se está tomando la forma de expresión (elementos creativos) que utilizó el autor de una obra preexiste, no habrá obra derivada y no será aplicable la facultad de transformación relativa a la obra preexistente; de manera que

...la delimitación entre lo que debe permanecer en el dominio público —la idea, el estilo, el método, etcétera— y lo que es susceptible de apropiación individual —la forma— será lo que determine la extensión de su derecho de autor frente a actuaciones de terceros, pues de aquél depende directamente el contenido protegible de una obra concreta.⁶⁶⁷

De esta forma, un número muy considerable de obras que se crean no admiten el calificativo de obras derivadas, y por lo tanto, quedan fuera del ámbito de la facultad de transformación.

Pongamos un ejemplo de actualidad. En los últimos tiempos la saga de Harry Potter ha sido un verdadero fenómeno en el ámbito editorial, por lo que es pertinente tomarla a modo de ilustración. En dichos libros se aprecia, evidentemente, que su autora, J. K. Rowling, bebió de muchas fuentes de la cultura preexistente para crear sus obras; en particular, es destacable la influencia de Tolkien (utilización de criaturas como los trolls o elfos, o la aparición de un mago anciano, sabio y muy poderoso), del tono de la lite-

⁶⁶⁵ Como bien dice Delia Lipszyc, “en la obra derivada se suman los elementos creativos tomados de la anterior y los aportados en la nueva obra”. Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993, p. 112.

⁶⁶⁶ “Las ideas que sirven de base a las obras intelectuales, son sólo componentes de la obra. Son expresiones subjetivas e intangibles y tan pronto como se difunden todos están en condiciones de disfrutarlas sin que pueda pretenderse ningún derecho”. Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 664, p. 156.

⁶⁶⁷ Saiz García, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 105.

De igual manera, explica Villalba: “En efecto el derecho de autor no protege las ideas contenidas en las obras, ni por ende a las que se expresan por separado. Tampoco protege a los estilos, ni a los géneros”, pues “[s]ólo protege a la ‘veste sensible’ esto es a la forma de expresión, que permite que se mantenga una fuente inacabable de la creación sobre los mismos temas y sobre las mismas ideas”. Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos”, en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 160.

ratura infantil de Robert Dahl (sobre todo en los capítulos iniciales de los primeros libros), y de las obras que plantean la posibilidad de que los niños atraviesen alguna barrera para llegar a algún mundo mágico (desde Lewis Carroll, pasando por C. S. Lewis y Michael Ende), hasta el eterno tema de la batalla entre el bien y el mal. Sin embargo, las creaciones de Rowling no son obras derivadas, pues no tomó elementos creativos de las obras de los autores mencionados, sino sólo ideas, ambientes, lugares comunes, etcétera. Por lo tanto, Rowling no se vio, en modo alguno, impedida para crear sus obras por el hecho de que todavía subsistan derechos de autor sobre las producciones de Tolkien, Dahl o Ende, ni tuvo que pedirles permiso o autorización.

De esta manera, es falso que los autores actuales no puedan crear por culpa de la facultad de transformación, y que esta obstaculice la generación de nueva cultura, pues para un amplio sector de obras, que no tienen la calidad de derivadas, es inocua la facultad de transformación.

Por otro lado, por lo que hace a las obras derivadas, la facultad de transformación, en sí misma, sirve para promover la creatividad, como nos indica Silke Von Lewinski, investigadora del Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual, Competencia y Derecho Fiscal y profesora del Franklin Pierce Law Center:

...creativity is encouraged firstly by expressing respect for the existing creations by means of asking for authorisation. Secondly, the need to ask for authorisation in respect of adaptations may itself promote creativity, even where the authorisation is not granted: the interested person then has to create an independent work himself, which may be much more difficult but more creative than making a simple variation of another person's existing work. It is evident that the addition of ever more cover versions of the same song or variations of the same movie will overall reduce the creativity and cultural diversity and decrease the consumers' interest. Accordingly, an exclusive adaptation right enhances creativity rather than hampering it.⁶⁶⁸

Y es que, en efecto, en muchos casos, el hecho de que se niegue autorización para hacer una obra derivada, forzará al autor a realizar un esfuerzo adicional e imprimir mayor creatividad a sus producciones para no basarse en elementos creativos de otros.

Así, en varias circunstancias, la facultad de transformación no implica que los autores dejen de crear o que sus voces sean silenciadas, sino significa que los autores, en caso de que les sea negada la autorización o no encuentren al titular de derechos, no deberán apoyarse en los elementos

⁶⁶⁸ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 489.

protegidos de la obra preexistente (aunque sí pueden hacerlo en las ideas o informaciones que contengan), sino que deberán apoyarse en su propia creatividad e imprimirle más originalidad a su obra.

De esta forma, el público se beneficia (en esos casos) de obras más originales y creativas, y menos dependientes de los elementos creativos de obras previas.

Se puede argumentar —válidamente— que existen casos en donde la difusión de obras derivadas es a tal grado importante para la sociedad, que su creación y circulación no deba dejarse al arbitrio del autor. Ante esa situación, la respuesta no es abolir la facultad de transformación, sino echar mano de otras figuras *menos drásticas*. Por ejemplo, si la obra derivada se trata de una traducción de una obra relevante desde el punto de vista científico o educativo se puede pensar en una licencia obligatoria, o es posible echar mano de restricciones al derecho de explotación, por ejemplo aquellas con fines de crítica y respeto al derecho a la información (la parodia) o las que permiten incorporar a una obra fragmentos de otra preexistente (derecho de cita y uso incidental de obras).⁶⁶⁹ Esto nos demuestra la importancia de la figura de las restricciones al derecho de explotación, y la necesidad de perfeccionarla para obtener las soluciones más equilibradas posibles (sobre lo que abundamos en los subcapítulo V y VI *infra*). Además de que no debemos perder de vista que existe un amplio consenso internacional en que se debe proteger la facultad de transformación de los autores, lo cual ha quedado plasmado en un entramado de disposiciones jurídicas⁶⁷⁰ que se antoja difícil de desmontar.

De hecho, la facultad de transformación es un elemento que sirve para que los autores puedan subsistir de la explotación de sus obras y tener un nivel digno de vida, lo cual no sólo es lo que buscan los derechos de autor, sino el régimen de derechos humanos, por lo que quitar o limitar a fondo la facultad de transformación iría en contra del derecho a la protección jurídico-autoral. En este sentido, Austin y Helfer explican:

Curtauling the the derivative works right could also deprive authors of an important source of income and thus implicate the human rights analyzed

⁶⁶⁹ Para más datos sobre todas esas restricciones al derecho de explotación, remitimos al lector al capítulo cuarto de la presente investigación.

En general, sobre la importancia de estos y otros límites (en sentido amplio) de los derechos de autor, *cf.* Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 225.

⁶⁷⁰ artículos 8o., 11.2 y 12 del Convenio de Berna; y artículo V de la Convención Universal sobre Derecho de Autor; entre otros tratados.

in General Comment núm. 17. For authors who derive a significant portion of their livelihood from royalties and license fees, in contrast to those whose principal income sources are foundations grants, patronage, or academic salaries and the like, the financial benefits of exploiting derivative works can be considerable. For a modestly successful writer, for example, the sale of a film option can provide rent or mortgage payments needed to complete and sell the next work.⁶⁷¹

Por otro lado, la idea de que lo derechos de autor deben proteger, primeramente y sobretodo, los intereses de usuarios y consumidores, además de ser abiertamente deudora de la tradición utilitarista del *copyright* (lo que plantea su difícil asimilación en países de la corriente del *droit d'auteur*), es sesgada y parcial.

En efecto, dicha postura no oculta la *preferencia* hacia los intereses de los usuarios por encima de los intereses de los autores. Con ese sesgo intelectual, no se puede arribar a soluciones equilibradas que favorezcan a todos los sujetos involucrados,⁶⁷² pues se ignora el mandato de optimizar los intereses económicos de los autores, y se olvida que el sistema internacional de derechos humanos busca un *equilibrio* entre los intereses de los usuarios y los intereses de los creadores, no una subordinación de los intereses de los autores a los del público.

El pedir que prevalezcan siempre los derechos de los usuarios por sobre los derechos de los autores, es igual de reprochable que abogar por que, en todo caso, prevalezcan los intereses de los autores encima de los del público.

Y como acertadamente apunta Beloso, el hecho de que en algunos casos colisionen los intereses de los autores con los de los usuarios de cultura, “no implica que el acceso a esos contenidos deba ser gratuito”.⁶⁷³

Una vez hechas estas críticas en lo general a las posturas de quienes quieren minimizar los derechos de autor, nos detendremos un poco en las ideas de Lessig, tanto por ser el proyecto más articulado para la minimización de los derechos de autor, como por la influencia que su ideología ha tenido en algunos sectores.

⁶⁷¹ Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 603, p. 204.

⁶⁷² En este sentido Monroy indica: “hay que afirmar que ese sistema —el de derechos de autor— es un elemento fundamental de la ecuación o balance de derechos e intereses, pues no puede haber equilibrio si resulta que el público puede acceder libre y gratuitamente al disfrute de las obras, y satisfacer su derecho a la educación, cultura o información, mientras que los autores y sus derechohabientes ven como sus derechos se quedan (...) sin aplicación”. Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 152, p. 240.

⁶⁷³ Beloso Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 153, p. 122.

Cabe iniciar indicando que, de aplicar en su conjunto todas las propuestas que hace Lessig, tendríamos como resultado, sumando cada una de ellas, un derecho de explotación *mínimo*, muy delgado.

En efecto, se trataría de un derecho de autor del que no gozarían todos los autores, sino sólo aquellos que registren sus obras y renueven constantemente esos registros (además de repetir estas operaciones en cada uno de los países del mundo donde quieran la protección), y que, asimismo, en todo acto de difusión de las obras pongan las leyendas legales o la información correspondiente. Y ya tratándose del caso de los autores que cumplan con todos los requisitos anteriores, la protección que obtendrían abarcaría sólo respecto a lo usos comerciales de la obra; dicha tutela sería, asimismo, de baja duración (de 30 a 75 años); en el caso de la facultad de transformación la duración de la protección sería incluso menor. En general, la protección jurídica no abarcaría todos los tipos de comercialización de las obras, sino sólo los usos que expresa y limitativamente señale el legislador (lo que, además, deja a los autores desprotegidos frente a la aparición de nuevas tecnologías no previstas en la ley); y en el caso de los usos de la música por Internet, los autores sólo contarían con un derecho de simple remuneración, sin tener oportunidad alguna de oponerse a cualquier uso con el que no estén de acuerdo. Todo esto sin mencionar la posibilidad de que, en el caso de los autores que llegasen a gozar de la protección, podría renunciarse irrevocablemente a esta tutela mediante una licencia de *creative commons*.

Es decir, bajo ese sistema, *la regla general sería la desprotección de las obras*, y sólo en pocos casos existiría protección, y además, el alcance de dicha protección sería muy modesto. Resultado: la mayoría de los autores estarían desprotegidos, y en el caso de los pocos autores que pudieran acceder a esa tutela (y conservarla), la misma sería insuficiente para lograr un resultado satisfactorio. Ese panorama, como ya dijimos, es contrario al deber iusfundamental de proteger *a todos* los autores y de protegerlos *efectivamente*.

Independientemente de lo anterior, no está de más también criticar, por sí mismas, cada una de las propuestas de Lessig.

Una de las propuestas más negativas de Lessig es la de volver a implantar (y aumentar) las formalidades para que las obras estén protegidas. De hecho, esa propuesta no oculta el *anglocentrismo* de Lessig, pues se le olvida que el resto del mundo no es igual a los EUA, y que existe un problema muy serio que se llama “brecha digital”,⁶⁷⁴ pues un amplio número de per-

⁶⁷⁴ “La brecha digital se define como la separación que existe entre las personas (comunidades, estados, países...) que utilizan las tecnologías de la información y comunicación como una parte rutinaria de su vida diaria y aquellas que no tienen acceso a las mismas y aunque las tengan no saben cómo utilizarlas”. Añadiendo: “La brecha digital puede ser definida en

sonas en países en desarrollo no tienen acceso a Internet,⁶⁷⁵ y por lo tanto, los autores más desfavorecidos no podrían registrar sus obras en línea. De esta forma, sólo los autores con acceso a Internet tendrían la posibilidad de protegerse, y el resto no.

Creemos que eso es un *trato discriminatorio* en contra de los autores de sectores social y económicamente desfavorecidos, poniéndose una carga a los creadores más necesitados de protección. Por lo tanto, de entrada, la propuesta Lessig es contraria al *principio de igualdad* previsto en muchas constituciones del mundo y en diversos tratados sobre derechos fundamentales, incluyendo el propio PIDESC.⁶⁷⁶

Pero además, es contrario a los deberes de los estados, derivados del derecho humano a la protección jurídico-autoral. En particular, es contraria a la condición de *accesibilidad económica (asequibilidad)* porque el acceso a los órganos administrativos de protección a los autores no se basaría en un principio de equidad y no estarían asequibles a todos, como ordena el PIDESC.⁶⁷⁷

Asimismo, establecer esos formalismos se traduciría en una violación a la *obligación de proteger*, derivada del artículo 15 del PIDESC:

Las violaciones de la obligación de proteger dimanarían del hecho de que un Estado *no adopte todas las medidas necesarias para proteger a los autores* que se encuentren dentro de su jurisdicción⁶⁷⁸ contra las violaciones por terceros de

términos de la desigualdad de posibilidades que existen para acceder (sic) a la información, al conocimiento y a la educación mediante las TIC. La brecha digital no se relaciona solamente con aspectos exclusivamente de carácter tecnológico, es un reflejo de una combinación de factores socioeconómicos y en particular de limitaciones y falta de infraestructura de telecomunicaciones e informática". Martínez Martínez, Evelio, y Serrano Santoyo, Arturo, *La brecha digital: mitos y realidades*, Mexicali, UABC, 2003, p. 8.

Por su parte, Clara Luz Álvarez nos refiere: "La problemática de la brecha digital surge porque existen personas con acceso limitado o nulo a Internet, mientras otras tienen un acceso pleno al mismo". Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 14, p. 57

Asimismo, *cf.* Paré, Daniel, "The digital divide: why the 'The' is misleading" en Klang, Mathias, y Murray, Andrew (coords.), *Human rights in the digital age*, Nueva York, Glass House Press, 2006, pp. 85 y ss.

⁶⁷⁵ En promedio, en Latinoamérica el porcentaje de la población que tiene acceso a Internet es el 28.6%, en Asia es el 17.2% y en África el 5.6%. véase Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 72, p. 2404.

⁶⁷⁶ El Comité DESC afirma que "el Pacto impone claramente a cada Estado el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para que *toda persona* pueda acceder en *pie de igualdad* a procedimientos efectivos de *protección* de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" (énfasis añadido). Observación general 17, párrafo 47.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 18.b.

⁶⁷⁸ Nótese que se debe proteger a los autores en general, y no distinguir entre autores de obra registrada y autores de obra no registrada.

sus intereses morales y materiales. Figuran en esta categoría omisiones tales como el hecho de no promulgar o hacer cumplir leyes que prohíban *todo uso* de producciones científicas, literarias o artísticas incompatible con el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones científicas, literarias o artísticas, o que deforme, mutile o modifique de cualquier otra manera esas producciones o atente contra ellas de manera que cause perjuicio a su honor o reputación, o que interfiera de forma injustificable en esos intereses materiales, que son necesarios para que los autores gocen de un nivel de vida adecuado; y el hecho de *no asegurar que los autores, en particular a los autores indígenas*, reciban una compensación adecuada de terceros por los perjuicios no razonables que hayan sufrido como consecuencia del *uso no autorizado* de sus producciones científicas, literarias y artísticas.⁶⁷⁹ (Énfasis añadido).

La propuesta del registro (y renovaciones periódicas) de obras por Internet, reduciría en mucho el número de autores protegidos, contrariando así la obligación iusfundamental de proteger que tienen los estados. Y, evidentemente, se traduciría en desprotección a los autores indígenas.

De hecho, en México sería impensable instaurar un régimen así, pues cerca de la mitad de nuestra población viven en condiciones de pobreza, y sólo un grupo reducido de personas (principalmente en zonas urbanas) tiene acceso a Internet.

¿Qué opina Lessig sobre la desprotección generalizada que se produciría en los países en desarrollo en caso de implementarse su propuesta? Quien sabe. Nosotros personalmente le planteamos esos puntos a Lessig, pero este se negó a dar una respuesta.

Además, esta propuesta se traduciría en una mayor protección para los creadores de países desarrollados (con mayor acceso a Internet), y se generaría más desprotección de los autores de los países en vías de desarrollo. Evidentemente, quienes saldrían beneficiadas con la propuesta de Lessig serían las grandes potencias, no países como México. Esto abonaría a profundizar la llamada disparidad “norte-sur”.

Pero incluso, en un mundo hipotético, en el que todos tuvieran acceso a Internet, el propósito del registro y las renovaciones es que *no todos los autores estén protegidos* (es decir, las formalidades son cargas destinadas a lograr una mayor desprotección, y el uso gratuito de más obras), lo cual es absolutamente contrario a lo que ordenan instrumentos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, los cuales establecen que la protección de los intereses morales y materiales debe ser *para toda persona*.

⁶⁷⁹ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 45.

De esta forma, mientras que el derecho humano a la protección jurídico-autoral busca que se protejan los intereses del *mayor* número de autores, la propuesta de Lessig es que se proteja a un *menor* número de autores.

Bien afirma Delgado Porras que, a la luz de los tratados de derechos humanos, y en particular tomando en cuenta el derecho de los autores a ser protegidos, “la universalidad en el goce de este derecho (...) no debería estar condicionada a circunstancia alguna, ya se trate de requisitos formales, ya de la nacionalidad o del domicilio del autor”.⁶⁸⁰ De igual forma, Villalba indica que debido a los derechos humanos de los autores, la protección debe nacer por el acto de la creación, y no por un acto del Estado.⁶⁸¹

La propuesta de Lessig implica, también, una violación a la prohibición de *regresividad*, pues desde principios del siglo XX los estados han avanzado en la protección de los autores en el sentido de ir abandonando las formalidades. El abandono del registro y otros formalismos como requisito de adquisición de los derechos de autor, se ha traducido en una protección a un mayor número de autores, y por ende, en la protección de un amplio número de creadores que hubieran quedado desprotegidos.⁶⁸²

Antes, no había mayor justificación para hacer depender el nacimiento de los derechos de autor de un acto administrativo de registro. En contra, la justificación que ahora nos da Lessig para regresar a un sistema registral (además de la mencionada tradición jurídica estadounidense), es que no todas las obras creadas estén protegidas, sino sólo parte de ellas,⁶⁸³ es decir, *lo que busca Lessig es la desprotección (parcial) de las creaciones del intelecto*.

Y en efecto, el regreso a las formalidades registrales derivaría en esa desprotección para varios autores, como nos demuestra la experiencia histórica:

Domestic laws that conditioned protection on compliance with formalities frequently had the effect of stripping copyright owners of their rights under

⁶⁸⁰ Delgado Porras, Antonio, “El derecho de autor y el derecho ‘humano’ del autor”, en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, pp. 85 y 87.

⁶⁸¹ Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 667, p. 153.

⁶⁸² Como bien explica McDonald, los legisladores se han percatado de lo injusto que es para los autores el nacimiento de los derechos de autor con base en un registro. *Cfr.* McDonald, Ian, “Creative commons: just say ‘CC’?”, *Copyright reporter*, Australia, vol. 24, núm. 4, diciembre 2006, p. 225.

Por su parte, Von Lewinski indica: “The requirement to fulfil formalities for the enjoyment and exercise of authors’ rights has indeed proved to be a major stumbling block for an adequate and effective international protection”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 119.

⁶⁸³ Y con esto, se pueda tener identificado a quién pedirle permiso para usar una obra protegida.

those laws. As Professor Greene recounts, copyright formalities could also be an instrument for suppressing authors' expressive freedoms.⁶⁸⁴

Peor aun, la desprotección que se generaría de atender las ideas de Lessig, resulta también evidente en cuanto propone registros de carácter nacional, por lo que el hecho de que un autor inscriba su obra en su país de origen, implica que la obra sigue desprotegida en el resto del mundo. El autor tendría la carga de ir, de país en país, para obtener los respectivos registros (y posteriormente tendría que realizar cada una de las renovaciones nacionales), con los costos y molestias que eso implica, aunque sean trámites por Internet.

La verdad es que sólo un puñado de autores aplicados, con los recursos, el tiempo y la disposición suficiente, podría obtener, en el sistema que propone Lessig, la protección prácticamente universal de la que gozan hoy en día todos los autores. La regresividad (y su correlativa desprotección) salta a la vista.

Asimismo, la dependencia de la protección en registros nacionales, no sólo pasa por alto los esfuerzos de protección internacional y la progresiva universalización de la tutela autoral, sino que ignora que hoy, más que nunca, se requiere una protección internacional para las obras, dada la Internet y demás avances en materia de telecomunicaciones.

Por lo tanto, los registros nacionales que propone Lessig terminarían siendo, en términos prácticos, pequeñas islas de protección en un océano de desprotección internacional. De nueva cuenta, constatamos que este tipo de propuestas son contrarias al mandato iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores en la mayor medida de lo posible.

Además, la regresividad de la propuesta de Lessig llega a extremos insospechados al requerir que el registro se renueve cada cinco años. Cuando prevalecían los sistemas registrales de derechos de autor, era poco común que se exigiera la renovación periódica y constante de los registros; inclusive, en la más antigua ley en la materia, el Estatuto de la Reina Ana de 1710, sólo había la necesidad de renovar el registro luego de 14 años (no de 5, como propone Lessig), esto es, una única renovación a mitad de la vida del derecho de explotación (que en esa ley era de 28 años). Queda claro que lo que propone Lessig implica una cantidad de trámites administrativos forzosos como nunca han existido en la historia del derecho de autor.

⁶⁸⁴ Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., "Copyright law reform through a human rights lens", EUA, Discussion paper 07-34, Universidad de Arizona, 2007, p. 22.

Mientras que Silke Von Lewinski explica: "The principle of 'no formalities' is crucial for the realization of an effective international protection of authors' rights". Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 119.

Y aquí, en el tema de las renovaciones quinquenales, Lessig ya no puede justificarse en la necesidad de identificar quién tiene los derechos sobre las obras, pues si pasados 5 o 10 años después del registro no ha cambiado el titular de derechos ¿para qué hacer la renovación?

De igual forma, el requisito de tantas renovaciones plantea varios problemas prácticos para los autores. En efecto, los autores (principalmente los profesionales) crean muchas obras y en diferentes momentos, llegando a tener un amplio repertorio autoral; y suponiendo que el autor tiene la diligencia (y la oportunidad) de registrar cada obra que vaya creando, aun así se enfrenta ante el reto de tener un minucioso control de todas y cada una de las fechas de renovación de cada una de sus obras. Entre más volumen y plazos a administrar, mayor riesgo de que se le escapen fechas y pierda la protección de sus obras. Y si el autor tiene la osadía de querer protección en otros países, esa diversidad de trámites se multiplicaría exponencialmente (como también los costos que habría de cubrirse con las renovaciones).⁶⁸⁵

Y todo lo anterior sin perjuicio de señalar que la propuesta de Lessig, además de regresiva, va a contra corriente de la desregulación, en la que se busca reducir el número de trámites administrativos que deben realizar los ciudadanos.

En otro orden de ideas, dejando por un momento los tratados sobre derechos humanos, la reinstauración de las formalidades también resulta contraria al marco internacional en materia de derechos de autor. Veamos.

De entrada, hay una contravención al artículo 5.2 del Convenio de Berna,⁶⁸⁶ el cual tajantemente señala que el goce y ejercicio de los derechos de autor no deben estar subordinados a ninguna formalidad, por lo que la protección debe ser automática.⁶⁸⁷ Y la infracción al Convenio de Berna (y como consecuencia, al ADPIC) no es un tema nada menor, pues cualquier propuesta debe respetar el derecho internacional existente en la materia.⁶⁸⁸ De esta forma, si un país implementa la propuesta de Lessig, podría ser demandado ante la Corte Internacional de Justicia (por violación al Convenio

⁶⁸⁵ Con acierto, Von Lewinski afirma: “Reality shows that most authors are interested in creation rather than administration, and thus tend to neglect such administrative efforts, even at the risk of losing protection. Many may also be unprepared to pay an agent or attorney to make such efforts for them”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 119.

⁶⁸⁶ Cfr. Ginsburg, Jane C., “The US experience with formalities”, en Bently, Lionel, Suthersanen, Uma, y Torremans, Paul (coords.), *Global copyright. Three hundred years since the Statue of Anne, from 1709 to cyberspace*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, pp. 427 y 428.

⁶⁸⁷ Ningún país de la Unión de Berna puede establecer el registro como requisito de protección. Cfr. Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 7.

⁶⁸⁸ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 151.

de Berna), o peor aun, ante el órgano de solución de diferencias de la OMC (por violación al ADPIC).

La verdad es que las propuestas de Lessig no son muy respetuosas del derecho internacional, o en el mejor de los casos, no lo toman muy en serio. La única forma en que la propuesta de Lessig pudiera tener viabilidad jurídica (y sin tomar en cuenta el régimen internacional de derechos humanos), es que los países de la Unión de Berna acordaran, por unanimidad, desaparecer el artículo 5.2 del Convenio de Berna; o que dicha disposición fuera declarada nula por la Corte Internacional de Justicia. Ambos supuestos se antojan casi imposibles.

Por lo que hace a la propuesta de reducir la duración de los derechos de explotación, si bien coincidimos en que los plazos son muy largos y que deben reducirse en alguna medida, no estamos tan seguros que una reducción tan *drástica* (como proteger las obras sólo por cerca de 30 años) no implique una violación al principio de no regresividad derivado del derecho humano a la protección jurídico-autoral.⁶⁸⁹ De lo que sí estamos seguros, es que esa propuesta resulta contraria al Convenio de Berna, el cual establece que el mínimo de duración de los derechos de explotación debe ser toda la vida del autor y 50 años después de su muerte (artículo 7.1), lo que, de momento, hace jurídica y prácticamente inviable la propuesta de Lessig.

Además, en el caso de México, la reducción del plazo de protección del derecho de explotación nos metería de lleno en el tema de la aplicación retroactiva de leyes y la teoría de los derechos adquiridos.⁶⁹⁰

Sobre la propuesta de Lessig de “desregular la creatividad amateur” hay que hacer varias consideraciones. Primero, ¿quién es un amateur y quién es un profesional? Si un abogado escribe una canción, ¿esa obra musical no podrá protegerse porque su autor no es creador profesional, sino que tiene otra profesión? Además de la dificultad de distinguir claramente a los profesionales de los amateurs en muchos casos, consideramos que el estatus de una persona no debe ser motivo de distinción para concederle protección jurídica sólo a algunos. ¿Por qué habría que protegerse sólo la creatividad de unos y no la creatividad de otros? Podemos poner como ejemplo a Mar-

⁶⁸⁹ Aunque hay que destacar que el Comité DESC considera que el plazo de protección no necesariamente debe ser equivalente a la vida del autor. *Cfr.* Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 176.

⁶⁹⁰ Sobre el particular, *cfr.* Pleno de la SCJN “RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XIV, octubre de 2001, p. 16; y Segunda Sala de la SCJN “RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XX, julio de 2004, p. 415.

garet Mitchell, quien no era una novelista profesional, y cuyo único libro escrito, *Lo que el viento se llevó*, resultó un éxito de ventas y le mereció un premio Pulitzer. ¿Por qué ella no habría de participar en los beneficios económicos de una obra cuya creación le llevó muchas horas de trabajo?

De nueva cuenta, esta propuesta de Lessig es contraria a la exigencia de los derechos humanos, pues no sólo viola por sí misma el principio de igualdad, sino también el derecho a la protección jurídico-autoral, ya que instrumentos como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, claramente señalan que *toda* persona debe beneficiarse materialmente de las obras que sea autora. Y la palabra “toda” no permite aceptar la distinción entre amateurs y profesionales que propone Lessig.

Asimismo, la propuesta de Lessig ignora la teoría de la unidad del arte, la cual nos dice que el arte es uno, y como tal, todo arte debe ser digno de protección, por lo que no cabe distinguir el arte dependiendo a su destino o propósito.⁶⁹¹ Esta teoría es adoptada por muchas leyes autorales en el mundo, incluyendo la mexicana.

Por cuanto a la propuesta de desprotección de los usos no comerciales de una obra, cabe destacar que esto es contrario a una de las máximas elementales en materia de derechos de autor: las obras se protegen sin importar su destino.

Además, esta propuesta ignora que los usos no comerciales de las obras pueden mermar o acabar el mercado de las obras. Por ejemplo, supongamos que en una escuela primaria, la dirección decide que, como parte de la formación de los alumnos, todos deben estudiar en determinado libro de texto. Pero con el afán de afectar en lo menos posible la economía de los padres de familia, la propia escuela fotocopia un ejemplar para cada niño y se lo regala. De nueva cuenta estamos frente a un uso no lucrativo, pero que afecta a los destinatarios naturales de ese libro de texto, quienes ya no lo comprarán por haber obtenido un ejemplar gratuito.

Otro ejemplo: alguien sube a Internet una versión escaneada o capturada del más reciente libro sobre Harry Potter o de la obra más reciente de José Emilio Pacheco, y permite el acceso del público en forma gratuita y sin otro propósito más que el compartir una buena obra literaria. Resulta claro que muchas personas preferirán acudir a ese sitio web que comprar el libro o descargarlo a cambio de un precio. Otra vez vemos como un uso no lucrativo de una obra, merma las expectativas económicas de un autor.

De esta forma, es apreciable que muchos usos no lucrativos afectan seriamente los intereses económicos de los autores. Y por consiguiente, la

⁶⁹¹ Esto está claramente reflejado en el artículo 5o. de nuestra LFDA.

propuesta de Lessig se traduciría en una desprotección a los intereses materiales de los autores, contrariando lo ordenado por el derecho humano a la protección jurídico-autoral. Por lo tanto, desde un punto de vista iusfundamental no es aceptable la propuesta, pues elevar a rango de norma general la permisión de hacer toda clase de usos no lucrativos de las obras, en muchos casos afectaría desproporcionadamente los intereses económicos de los autores, y podía llegar a afectar el núcleo esencial de su derecho humano.

Si bien es cierto que, en algunos casos, el autor debe soportar afectaciones económicas (por ejemplo, ante una restricción simple al derecho de explotación), eso no significa que *todo* uso no lucrativo deba ser libre, pues el público preferiría adquirir las obras por vías no lucrativas, y se iría reduciendo el mercado de la obra. Recordemos que toda afectación al derecho a la protección jurídico-autoral debe ser proporcional,⁶⁹² es decir, sólo cuando el bien constitucional opuesto pesa más en ese caso concreto.

De hecho, la propuesta de proteger únicamente los usos comerciales de las obras, demuestra otra vez el anglocentrismo de académicos como Litman y Lessig, al ser congruente con la fundamentación utilitarista del *copyright*, pero pasar por alto que las razones por las que un autor quisiera controlar sus obras no sólo se reducen a centavos. En efecto, y siguiendo a Kant, las obras son *discursos de los autores a su público*, por lo que los creadores tienen interés sobre lo que pueda pasar con ese discurso.⁶⁹³ Siempre va a existir un vínculo entre el autor y su mensaje, de ahí que a aquel le interese, no sólo controlar el destino económico de su obra, sino también su *destino artístico*.⁶⁹⁴ En este sentido, Bottis y Spinello nos explican con acierto lo siguiente:

Authors are the primary creators of the meaning through the hard work of writing and editing. Authors should have the right to preserve and control the meaning and message of their work, at least for a certain length of time, through a copyright or similar mechanism. For example, a poet who writes “An Ode to Freedom” celebrating the virtues of democracy ought to have the right to refuse the use of his poem on a pro-choice web site since its use might suggest a meaning he doesn’t wish to convey.⁶⁹⁵

Además, el reducir el ámbito de aplicación del derecho de explotación sólo a los usos comerciales de las obras viola la *prohibición de regresividad*, pues se retrocede en cuanto al nivel de protección logrado por los autores.

⁶⁹² Cfr. *supra* el subcapítulo V, número 6, letra D del capítulo tercero del presente trabajo.

⁶⁹³ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 558, pp. 228-230, y 238.

⁶⁹⁴ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

⁶⁹⁵ Bottis, Maria, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 526, p. 187.

Asimismo, dicha propuesta se traduciría en la violación de tratados internacionales en materia de derechos de autor y de comercio internacional, los cuales contemplan un derecho de distribución que controla todos los actos traslativos de la propiedad de los ejemplares de obras (sean onerosos o gratuitos).⁶⁹⁶ Eso sin mencionar que el derecho de comunicación al público⁶⁹⁷ y varias de sus modalidades⁶⁹⁸ se aplican a la mera puesta a disposición o comunicación de obras, tenga o no finalidad lucrativa. Lo mismo sucede con la facultad de reproducción, la cual está regulada internacionalmente para aplicarse, como regla general, a toda clase de reproducciones, tengan o no una intención comercial.⁶⁹⁹

En cuanto a la propuesta de minimización del derecho de explotación a usos taxativamente previstos por el legislador, sale otra vez a la luz el anglocentrismo de Lessig, pues olvida que la tradición jurídica neorromana otorga un derecho general de explotación que cubre todas las utilidades públicas de las obras, y además, es tecnológicamente neutral para no tener que estar reformando la ley cada vez que surja una nueva tecnología.⁷⁰⁰

Dicha propuesta también es criticable dado que, si los derechos humanos son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, y en particular el derecho a la protección jurídico-autoral busca que se protejan los intereses económicos de los autores en la mayor medida de lo posible, resulta claro que un derecho general de explotación que abarque, *prima facie*, toda utilización pública de la obra, es más coherente con esa optimización que un listado taxativo de usos protegidos, que constantemente se estará desactualizando frente a la periódica e imparable aparición de nuevas tecnologías.

Por lo que se refiere a la propuesta de establecer un sistema de derechos de simple remuneración por el intercambio de música en Internet, su valoración la hacemos *infra* subcapítulo IV, número 2, letra F.

Y por lo que hace a la propuesta de reducir drásticamente la facultad de transformación, ya realizamos en el presente apartado la valoración correspondiente al criticar en general la postura de quienes buscan reducir los derechos de explotación a su mínima expresión.

⁶⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 6.1 del TODA y el artículo 1705.2.b del TLCAN.

⁶⁹⁷ artículo 8o. del TODA y artículo 1705.2.c del TLCAN.

⁶⁹⁸ Entre otros, el artículo 11 bis del Convenio de Berna; y el artículo IV bis de la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

⁶⁹⁹ Por ejemplo, el artículo 9.1 del Convenio de Berna; y el artículo IV bis de la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

⁷⁰⁰ *Cf.* *supra* la nota al pie 77 del presente capítulo.

En conclusión, las propuestas de un derecho de autor minimizado son más acordes con las expectativas de usuarios y consumidores, pero no son plenamente satisfactorias con los intereses de los autores. Para que su implementación no fuera antijurídica se requeriría, de entrada, desmontar todo el sistema internacional de derechos de autor (incluyendo el Convenio de Berna), además de que *resultan inaceptables a la luz del sistema de derechos humanos*.

C. *Copyleft*

El *copyleft* es, al mismo tiempo, tanto un sistema de licenciamiento de programas de computación, como una filosofía frente al derecho de la propiedad intelectual.

La expresión “*copyleft*” es un juego de palabras, para indicar que se trata de algo opuesto al *copyright*. Así, mientras el *copyright* sería la opción de la derecha (conservadurismo), el *copyleft* sería la opción de la izquierda.⁷⁰¹ Nos encontramos frente a una expresión de difícil traducción al español, que daría resultados como el barbarismo “izquierda de copia” o “permitida la copia”,⁷⁰² por lo que lo más usual es utilizar el vocablo inglés original.

El origen del *copyleft* lo encontramos en el éxito comercial de las empresas productoras de *software* y en la respuesta que ese fenómeno generó, representada en el movimiento encabezado por Richard Stallman.

⁷⁰¹ Sobre esto, *cf.* Dusollier, Séverine, “Scoping study on copyright and related rights and the public domain”, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra, 30 de abril de 2010, p. 47.

Visión bastante maniquea y simplista, basada sólo en valoraciones aplicables a la sociedad de los EUA, y que no toma en cuenta la tradición humanista de los derechos de autor en los países neorromanos, donde la filosofía en la materia es más cercana a los valores de posturas social democráticas que al derecho.

Como ejemplo de la tradición humanista de los derechos de autor, puede destacarse que hay quienes han llegado a considerar que se trata de una disciplina adscrita al derecho social (junto al derecho laboral y al derecho agrario). *Cfr.* Acosta Romero, Miguel, “El derecho intelectual y las partes que lo integran”, *Revista mexicana del derecho de autor*, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992, SEP, México, p. 132; Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, pp.72-74; Loredó Hill, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, 2a. ed., México, Jus, 1990, pp. 90 y 91.

Ya en el caso actual de México, podemos encontrar que la LFDA contempla muchas disposiciones de corte social, que buscan proteger a los creadores de cultura frente a los grupos empresariales, llegando a extremos de conceder derechos irrenunciables y de limitar la autonomía de la voluntad para favorecer a los autores. Entre estas disposiciones, podemos destacar los artículos 26, 26 bis, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 41, 55, 59, 63, 83 bis, 84, 92 bis y 99, todos de la LFDA.

⁷⁰² VV.AA., “Introducción” en *Copyleft. Manual de uso*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006, p. 12.

En efecto, en las décadas de 1960 y 1970, la naciente industria del *software* se caracterizaba por su sentido de comunidad y por su apertura para compartir el conocimiento; pero cuando en la década de 1980 se dio el enorme éxito comercial del sector, la situación cambió y se empezaron a ejercitar derechos de propiedad intelectual para extraer más ganancias a los programas de cómputo.⁷⁰³

Richard Stallman, un programador del MIT, observó estos cambios en la industria del *software*. En una ocasión, alguien le pidió a Stallman acceso a un código fuente en el cual estaba trabajado, a lo que el informático no vio ningún inconveniente y compartió su creación; posteriormente el *software* fue mejorado, pero cuando Stallman pidió acceso a las mejoras, dicho acceso le fue negado. De igual forma, Stallman era usuario del programa UNIX, el cual tenía algunos problemas que dicho programador estaba seguro de poder resolver fácilmente, si tan sólo pudiera acceder al código fuente; acceso que AT&T no le concedía.⁷⁰⁴

Y es que, en efecto, las empresas de *software* buscan controlar que sus licenciatarios no hagan correcciones ni den mantenimiento a los programas de cómputo, lo que usualmente implementan en sus licencias mediante cláusulas que prohíben que terceros o el propio licenciatario realicen esos cambios y que, además, obligan a adquirir tales servicios del propio licenciante (normalmente a cambio de una contraprestación).⁷⁰⁵

La justificación de las empresas productoras de programas de cómputo, es que con eso se preserva la integridad de su código, lo que le da una consistencia al *software* y hace más fácil su mantenimiento.⁷⁰⁶ Si bien esto es cierto, también resulta evidente que se trata de un interés económico, pues no quieren dejar libre un importante sector del mercado, como lo es la prestación de cierta clase de servicios.

Frustrado con esa situación, en 1984 Stallman abandona el MIT y funda la *Free Software Foundation* para promover el uso de “*software* libre”.⁷⁰⁷ Las ideas de Stallman se plasman en *Manifiesto GNU*,⁷⁰⁸ cuya premisa central es

⁷⁰³ Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 154.

⁷⁰⁴ Marandola, Marco, *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*, Barcelona, Derecho de Autor, 2005, p. 17; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 169, p. 261 y 262; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 154.

⁷⁰⁵ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 118.

⁷⁰⁶ *Idem.*

⁷⁰⁷ Marandola, Marco, *op. cit.*, nota 704, p. 17; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 155.

⁷⁰⁸ GNU es un sistema operativo inspirado en UNIX (el *software* más usado antes de la aparición de *Windows*).

que los programas de cómputo deben ser compartidos, de manera que puedan ser utilizados y mejorados libremente.⁷⁰⁹ De esta forma, se busca que el código fuente esté abierto para consulta y mejora de todos (por eso se llama “*open source*”), y que cualquiera pueda utilizar libre y gratuitamente los programas de cómputo que sean “*software libre*”.

Ahora bien, para poder implementar ese sistema colaborativo se idearon un tipo de licencias (genéricamente conocidas como licencias *copyleft*),⁷¹⁰ las cuales se basan en la legislación de derechos de autor, y por virtud de las mismas, el autor autoriza el libre uso de su *software*. En este sentido, López Maza explica que una licencia *copyleft* es “la decisión del autor de dejar ‘suelta’ su obra”.⁷¹¹

Así, el movimiento del *software libre* nace como una reacción a las prácticas de la industria de la computación, y se basa en el otorgamiento de licencias para que los usuarios, en forma colectiva, mejoren y compartan el *software* actualizado, lo que a su vez, promueve el progreso técnico. Y aunque la filosofía subyacente es evitar “la privatización del conocimiento” que supuestamente generan los derechos de autor, estas licencias parten de la base de la legislación autoral.⁷¹²

Estas licencias de *copyleft* buscan establecer cuatro libertades básicas a favor de los usuarios de *software*: libertad de ejecutar un programa de cómputo para cualquier fin, libertad de examinar y adaptar un programa (lo que incluye acceso al código fuente), libertad de distribuir copias del programa, y libertad de mejorar el programa.⁷¹³

Existen muchas clases de licencias de fuente abierta u *open source* para *software*, siendo la más famosa la GPL (“general public license” o “GNU ge-

⁷⁰⁹ “I consider that the golden rule requires that if I like a program I must share it with other people who like it. Software sellers want to divide the users and conquer them, making each user agree not to share with others. I refuse to break solidarity with other users in this way. I cannot in good conscience sign a nondisclosure agreement or a software license agreement. For years I worked within the Artificial Intelligence Lab to resist such tendencies and other inhospitalities, but eventually they had gone too far: I could not remain in an institution where such things are done for me against my will”. Stallman, Richard, “The GNU Manifesto”, <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>, octubre de 2009.

⁷¹⁰ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 118; y Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 156.

⁷¹¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 322.

⁷¹² Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, p. 118.

O como dice Vaidhyanathan que las licencias *copyleft* “uses the power of the copyright system to turn copyright inside out”. Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 156.

⁷¹³ Vaidhyanathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, pp. 155 y 156.

Cfr. también, Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d’auteur...: mode d’emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, pp. 160 y 161.

neral public license”), la cual obliga a que toda persona que altere o mejore un *software*, haga de acceso público esas mejoras y sujete su uso a la suscripción de una licencia, de manera que si alguien que accedió a un “*software libre*” tuvo necesariamente que haber aceptado la licencia GPL (u otras del estilo), y si no hace públicas o libres sus mejoras, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual.⁷¹⁴ Esto las convierte en licencias de carácter *viral* o expansivo.

Se observa que el movimiento que da origen a las licencias *copyleft*, tiene unos irreprochables fines altruistas y una loable filosofía, fuertemente anclada en la solidaridad. Sin embargo, si los autores de *software* están haciendo a un lado sus derechos, y están compartiendo altruistamente el fruto de su trabajo, surge la siguiente pregunta: ¿de qué viven? La respuesta viene dada en el *Manifiesto GNU*:

...there are plenty of ways that programmers could make a living without selling the right to use a program. This way is customary now because it brings programmers and businessmen the most money, not because it is the only way to make a living. It is easy to find other ways if you want to find them. Here are a number of examples.

A manufacturer introducing a new computer will pay for the porting of operating systems onto the new hardware.

The sale of teaching, hand-holding and maintenance services could also employ programmers.

People with new ideas could distribute programs as freeware, asking for donations from satisfied users, or selling hand-holding services. I have met people who are already working this way successfully.

Users with related needs can form users' groups, and pay dues. A group would contract with programming companies to write programs that the group's members would like to use.

All sorts of development can be funded with a Software Tax:

Suppose everyone who buys a computer has to pay x percent of the price as a software tax. The government gives this to an agency like the NSF to spend on software development.

But if the computer buyer makes a donation to software development himself, he can take a credit against the tax. He can donate to the project of his own choosing—often, chosen because he hopes to use the results when it is done. He can take a credit for any amount of donation up to the total tax he had to pay.⁷¹⁵

⁷¹⁴ Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, pp. 209 y 211; y Vaidhyathan, Siva, *op. cit.*, nota 221, p. 156.

⁷¹⁵ Stallman, Richard, *op. cit.*, nota 709.

Es decir, se proponen una serie de fuentes de ingresos ajenas al *software* en sí mismo, principalmente la prestación de servicios.

Una vez explicados, a grandes rasgos, las características y filosofía del *copyleft*, haremos unas cuantas críticas, aunque nos reservamos la mayoría para el siguiente apartado, pues las licencias *creative commons* son descendientes del *copyleft* (y han tenido mayor impacto en el mundo de la cultura y el entretenimiento).

En primer lugar, se puede apreciar que el movimiento *copyleft* fue creado por y para programadores de *software*, esencialmente. En particular, hay una especial preocupación por conocer el código fuente y evitar que esta información sea ocultada. Pues bien, dicha problemática es privativa de los programas de cómputo y no aplicable al resto de obras (música, literatura, pintura, etcétera), en donde la información es autoevidente para cualquier usuario y no tiene que hacerse ingeniería inversa o decompilación alguna. Por consiguiente, el *copyleft* difícilmente puede ser considerado como un modelo a seguir para todo tipo de obras en general, y menos aun, para resolver toda la compleja problemática actual de los derechos de autor que hemos venido apuntando en el presente capítulo.

En segundo lugar, los principales obstáculos para conocer la información subyacente de un *software* provienen de la figura de los secretos empresariales y del derecho contractual (pues los compradores de *software* suelen suscribir licencias en donde se comprometen a no investigar el programa de cómputo), y no tanto de los derechos de autor, donde la máxima de no protección de las ideas o de la información impide proteger las fórmulas, algoritmos y soluciones matemáticas que le dan funcionalidad al programa de computación.⁷¹⁶ De hecho, los derechos de autor entran en juego, más bien, cuando se quieren crear nuevas versiones del *software* o se quiere utilizar el *software* sin permiso.

En tercer lugar, las licencias *copyleft* se basan en el régimen jurídico de *copyright* de los EUA, por lo que no cumplen del todo con otros sistemas de contratación autoral como el existente en México (donde existen una serie de derechos irrenunciables y una variedad de requisitos de orden público para los contratos en la materia), por lo que su validez fuera de los EUA es muy cuestionable. Sobre esto abundamos en el siguiente párrafo.

⁷¹⁶ Algunos países como México, en forma muy cuestionable, dentro del régimen jurídico especial de protección autoral al *software*, prohíben la decompilación, ingeniería inversa o desensamblaje del programa (cfr. artículo 106, fr. IV de la LFDA), lo que no tiene parangón en el resto de obras protegidas por la ley. Además de que la constitucionalidad de una norma de este tipo es bastante discutible.

En cuarto lugar, las licencias *copyleft* no sólo olvidan, sino que pueden ser contrarias, a los derechos morales, al fomentarse la alteración o modificación masiva de obras y al no respetarse las menciones a la paternidad de los programadores intervinientes. Esto deriva, lógicamente, de que, al nacer el *copyleft* con base al derecho estadounidense, se pasan por alto derechos subjetivos existentes en otras partes del mundo.⁷¹⁷

En quinto lugar, el *copyleft* se basa en la voluntad de los programadores que quieran “liberar” sus obras, pero no establece un sistema general y depurado, previsto por ley, y aplicable a toda clase de obras. Por lo tanto, y a pesar de las ventajas de estas licencias, seguirán existiendo muchas creaciones al margen de ellas, por lo que no dan una respuesta real a los problemas actuales en materia de derechos de autor.

En sexto lugar, hay que destacar que, hoy por hoy, los usuarios de “*software libre*” no son tan sofisticados o altruistas, ni tienen fines tan comprometidos, como los de los precursores del movimiento de acceso abierto (*open access*), sino que más bien buscan este tipo de programas con el principal propósito de no tener que pagar a un proveedor.⁷¹⁸

Esto genera, en muchos casos, un problema adicional de mercados paralelos. Pues muchas personas en aptitud de adquirir “*software propietario*”, preferirán no gastarse ese dinero, y adquirir un “*software libre*”. Esto genera algunos cuestionamientos en materia de competencia económica, pues el *software* gratuito le hace competencia al *software* de paga y erosiona su mercado, de manera que los autores que no quieran incorporarse al sistema *copyleft*, aun así, se verán perjudicados por ese sistema, al privárseles de posibles clientes e ingresos. De esta manera, se puede generar una afectación a los intereses materiales de los autores de *software*,⁷¹⁹ lo que parece contrario a

⁷¹⁷ La aplicación del derecho moral a los programas de cómputo es un tema complejo que demuestra que los derechos de autor fueron una respuesta pragmática, pero no la más adecuada, para la protección del *software*.

En este sentido, muchos países disminuyen la cobertura del derecho moral tratándose de programas de cómputo o establecen una serie de limitaciones a tal derecho. En el caso de México, no existe limitación alguna, ni mucho menos exclusión de los derechos morales a los programas de cómputo (los artículos 5o., 11 y 21 de la LFDA son particularmente relevantes).

⁷¹⁸ Hofman, Julien, *Introducing copyright: a plain language guide to copyright in the 21st century*, Canadá, Commonwealth of Learning, 2009, p. 92.

⁷¹⁹ Aunque esto, desde luego, hay que matizarlo, pues actualmente un alto número programadores de *software* son meros empleados de las grandes empresas de la materia.

Sin embargo, incluso en el caso de esos empleados, sus ingresos económicos (salarios) se derivan de la protección al *software* de las empresas para las que trabajan. De hecho, el propio Stallman reconoce que los programadores asalariados ganan más que quienes hacen *software libre* o por su cuenta (*cfr.* Stallman, Richard, *op. cit.*, nota 709).

las exigencias del derecho humano a la protección jurídico-autoral de quienes no quieran sumarse al *copyleft*.

Finalmente, el hecho de que el autor “regale” su obra a la comunidad y obtenga ingresos por otras vías, como la prestación de servicios o la docencia, no es acorde con el derecho humano a la protección jurídico-autoral, pues como vimos *supra* en el subcapítulo IV, número 2, letra del presente capítulo, el Comité DESC establece que los ingresos que reciban los autores deben ser *directamente generados* por sus obras. Lo que propugna el *copyleft* es que los autores no vivan de sus obras, sino que, además del esfuerzo generado por crear sus obras (el cual “donan” a la comunidad), hagan otros esfuerzos adicionales para ganarse la vida. Por lo que si el sistema de *copyleft* se quisiera *generalizar* y promover por los estados, se estaría incumpliendo la obligación iusfundamental mencionada.

En conclusión, consideramos al *copyleft* como una iniciativa muy noble y sumamente útil para resolver algunos problemas en materia de programas de cómputo (sus bondades son claras); pero incluso, en ese tipo de creaciones, su utilidad es limitada. El *copyleft* no puede ser el paradigma para la creación de *software*, y mucho menos traspolarse a otro tipo de obras, máxime que no cumple a cabalidad con las exigencias del derecho humano a la protección jurídico-autoral y que *subordina* los intereses de los usuarios a los de los autores. Desde luego, el legislador no puede convertir el *copyleft* en un sistema general, por lo que la solución a la problemática actual del uso de obras en Internet, no se encuentra aquí.

D. *Creative Commons*

Las licencias abiertas y el *copyleft* eran, en principio, aplicables sólo para *software*, pero posteriormente se comenzaron a utilizar en todo tipo de obras, siendo paradigmático el caso de *Creative Commons*.⁷²⁰ De hecho, *Creative Commons* se inspira en el movimiento *open source* y en las ideas de Richard Stallman.⁷²¹

⁷²⁰ Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 265; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 701, p. 47; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 718, p. 95.

⁷²¹ Rimmer, Matthew, *Digital copyright and the consumer revolution. Hands off my iPod*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 266.

Asimismo, véase Xalabarder Plantada, Raquel, “Las licencias creative commons: ¿una alternativa al copyright?”, *OUC papers, Revista sobre la sociedad del conocimiento*, España, núm. 2, marzo 2006, p. 4.

Ante el resultado del caso *Eldred* en la Suprema Corte de EUA, Eric Eldred alentó a Lawrence Lessig para encontrar una alternativa a la situación prevaleciente en materia de *copyright*.⁷²² Como respuesta, Lessig se inspiró en Stallman y en el movimiento *copyleft*, y buscó expandir el ámbito de aplicación de estas licencias virales a todas las áreas de la cultura y el entretenimiento.

Como jurista, Lessig ideó un sistema basado en la *Copyright Act* de los EUA, por virtud del cual los autores sujetarían el uso de sus obras a una licencia gratuita y perpetua, para que el público pudiera realizar ciertos usos de las obras según los términos de cada licencia, como veremos más adelante.

El propósito es crear un abundante repositorio de obras que puedan utilizarse, transformarse y compartirse, en forma gratuita y sin pedir permiso.⁷²³ Además, debe recordarse que *Creative Commons* es sólo un paso intermedio hacia otro fin más ambicioso, que es una reforma a fondo del *copyright* con miras a su minimización,⁷²⁴ de donde se evidencia que existe una agenda política detrás.

Para implementar y fomentar ese sistema de licencias, se creó una entidad no lucrativa llamada *Creative Commons*, fundada por el propio Lessig, en compañía de Eric Eldred, James Boyle, Michael Carroll, Hal Abelson y Eric Saltzman. Dicha organización fue lanzada oficialmente en 2001.⁷²⁵ La ideología detrás de *Creative Commons* se puede sintetizar en los siguientes puntos: (a) la creatividad presupone el acceso a obras y su uso, (b) los derechos de autor crean barreras para acceder a las obras, siendo un obstáculo para compartirlas y reutilizarlas, y (c) los derechos de autor deben usarse de una forma que fomenten el compartir y reutilizar las obras.⁷²⁶

Creative Commons explica sus propósitos de la siguiente manera:

Creative Commons is a *nonprofit* corporation dedicated to making it easier for people to share and build upon the work of others, consistent with the rules of copyright.

⁷²² Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 261.

⁷²³ *Ibidem*, p. 262.

⁷²⁴ *Cfr.* Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, p. 279; y en general, el subcapítulo IV, número 2, letra B del presente capítulo.

También advierte esto, Elkin-Koren, Niva, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham law review*, Nueva York, vol. 74, núm. 2, noviembre 2005, p. 392.

⁷²⁵ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 620, p. 282; Marandola, Marco, *op. cit.*, nota 704, p. 63; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 701, p. 48; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 223; Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 261.

⁷²⁶ Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, pp. 378 y 379.

We provide *free* licenses and other legal tools to mark creative work with the freedom the creator wants it to carry, so others can share, remix, use commercially, or any combination thereof⁷²⁷ (énfasis en el original).

Así, esta entidad proporciona formatos de licencias de derechos de explotación, para quienes quieran flexibilizar la utilización de las obras. Son seis tipos o clases de licencias las que se ofrecen,⁷²⁸ a saber:⁷²⁹

- a) *Atribución*. La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador;
- b) *Atribución*. No derivadas. La obra se puede copiar, distribuir y comunicar públicamente, pero no se pueden crear obras derivadas⁷³⁰. Se debe reconocer la autoría del creador;
- c) *Atribución*. No comercial - no derivadas. La obra se puede copiar, distribuir y comunicar públicamente, siempre y cuando no sea con fines comerciales. Se debe reconocer la autoría del creador, pero no se pueden hacer obras derivadas;
- d) *Atribución*. No comercial. La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador, pero no se podrá utilizar con fines comerciales;
- e) *Atribución*. No comercial – Licenciamiento recíproco. La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador, pero no se podrá utilizar con fines comerciales. En caso de generarse una obra derivada, dicha creación deberá difundirse mediante una licencia de este tipo;
- f) *Atribución*. Licenciamiento Recíproco. La obra se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente y transformar, bajo el compromiso de reconocer la autoría del creador. En caso de generarse una obra derivada, dicha creación deberá difundirse mediante una licencia de este tipo.

⁷²⁷ <http://creativecommons.org/about/>, octubre de 2009.

⁷²⁸ Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 10; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 490, pp. 13 y 14; Carroll, Michael W., “Creative commons as conversational copyright” en Yu, Peter K., *Information wealth. Issues and practices in the digital age*, EUA, Praeger, 2007, vol. I, p. 449; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 701, p. 49; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 718, p. 96; Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 262; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 7.

⁷²⁹ Exponemos aquí las licencias según el sitio web mexicano, <http://creativecommons.org.mx/licencias/>, abril de 2010.

⁷³⁰ La falta de conocimiento de nuestra LFDA, llevó a los redactores de esta licencia a prohibir la creación de obras derivadas, cuando *la ley sí permite la libre creación de obras derivadas*, pues en México la facultad de transformación sólo sirve para controlar la difusión de obras derivadas, no así su creación (*cf.* los artículos 27, fr. VI, y 78 de la LFDA).

Estas licencias se representan visualmente con diversos logotipos que resumen las características de cada tipo de licencia, una versión “legible para humanos” que es un texto resumiendo los términos y condiciones de la licencia, así como también existe la licencia propiamente dicha, con lenguaje jurídico (*legal code*). De igual forma, se puede adjuntar cierto código a las obras digitales para que la licencia pueda ser reconocida por las computadoras (*digital code*).⁷³¹

Todas licencias tienen una vigencia equivalente a la duración de los derechos de explotación, y no pueden revocarse una vez otorgadas (es decir, estamos frente a licencias *perpetuas*), amén de que no son exclusivas.⁷³²

Aunque nacieron en los EUA, las licencias *creative commons* se han expandido a otros estados, generándose versiones locales de las mismas, supuestamente adaptadas a la legislación del país en cuestión (algunos hablarían de “tropicalización”).⁷³³

Como bien explica Elkin-Koren, las licencias *creative commons* son una respuesta ante el fenómeno del crecimiento de los derechos de explotación y el fortalecimiento de las industrias culturales, resultante de que los legisladores de varios países están cooptados por estos grupos de interés económicos y la respuesta de los tribunales ha sido muy tibia. Así, una opción que a muchos les parece viable, es una regulación de carácter privado, promovida por los involucrados.⁷³⁴

Una vez hecha esta breve referencia, procederemos a su crítica. Las licencias *creative commons*, presentan diversas clases de problemas: de teoría del derecho, de filosofía política, de explotación a los autores, de falta de seguridad jurídica, de anglocentrismo, y de contraposición a los derechos humanos. Algunos son meramente técnico-jurídicos y podrían resolverse con reformas legales, pero otros son de fondo y convierte a estas licencias en instrumentos contradictorios en su esencia. Expliquemos.

Las licencias de *creative commons* tienen un serio *problema de teoría del derecho*, ya que se basan en las reglas de las legislaciones autorales para contradecir los principios de las mismas leyes y de otros ordenamientos superiores. En efecto, como explicamos en el primer capítulo de la presente investigación,

⁷³¹ Hanania, LÍlian Richieri, *op. cit.*, nota 396, p. 456; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 224; Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, p. 391; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 169, pp. 259 y 260; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 6.

⁷³² Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 701, p. 49; Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 718, p. 104; y Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 9.

⁷³³ Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 288; Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 119; Dusollier, Séverine, *op. cit.*, nota 701, p. 52; McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 223; Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 7.

⁷³⁴ Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, pp. 375 y 376.

las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios. Las primeras son mandatos definitivos de aplicación todo o nada, mientras que los segundos son mandatos *prima facie* (mandatos de optimización), los principios tienen mayor densidad normativa que las reglas y ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible.⁷³⁵ Los principios pueden ser tanto implícitos como explícitos.⁷³⁶

Ahora bien, cuando la conducta de un sujeto se ampara en una regla pero incumple un principio, estaríamos ante la figura del *fraude de ley*, la cual nos es explicada por Atienza y Ruiz Manero de la siguiente forma:

La estructura del fraude consistiría, así, en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada “norma de cobertura”), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (“norma defraudada”).

[...].

Así pues, en el fraude no se viola, en realidad, ninguna regla, ni directa ni indirectamente; *lo que se viola es un principio*. Sin embargo, dada la conexión justificativa que existe entre reglas y principios, esa violación de los principios lleva a modificar la regla (cuya falta de justificación ha quedado de manifiesto precisamente por el acto fraudulento), para restaurar de esa forma la coherencia del ordenamiento (la adecuación entre principios y reglas)⁷³⁷ (énfasis añadido).

En este sentido, *Creative Commons* argumenta que sus licencias cumplen con las reglas del *copyright*,⁷³⁸ sin embargo, constituyen un verdadero fraude de ley *por contravenir principios* elementales de muchas de las leyes de derechos de autor (aquellas que no son predominantemente utilitaristas), en particular, en lo que se refiere a la finalidad de conceder una protección amplia y de orden público a los autores. Es decir, las licencias *creative commons* se basan en reglas de las leyes autorales para lograr fines contrarios a esas leyes autorales: *la desprotección del autor*.⁷³⁹ Buscan robustecer el dominio público⁷⁴⁰ a

⁷³⁵ Cfr. el subcapítulo IV, número 1 del primer capítulo.

⁷³⁶ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 1a. reimp., Fontamara, 2003, pp. 206 y 207.

⁷³⁷ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 74 y 76.

⁷³⁸ Véase *supra* nota al pie 727 del presente capítulo.

⁷³⁹ “Creative Commons advocate the use of copyrights in a rather subversive way that would ultimately change their meaning”. Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, p. 376.

⁷⁴⁰ “We work to increase the amount of creativity (cultural, educational, and scientific content) in “the commons” — the body of work that is available to the public for free and legal

través de reglas legales que no tienen la finalidad de ser instrumentos para que las obras pasen —aunque sea parcialmente— al dominio público.⁷⁴¹ Es decir, se utilizan en forma artificiosa las reglas de contratación autoral (cuyo principal propósito es generar ingresos económicos a los autores),⁷⁴² para conseguir que se robustezca parcialmente el dominio público.

Así, se usan las reglas de contratación autoral (normas de cobertura) para lograr un fin contrario a los principios que sustentan los derechos de autor (al menos en países del *droit d'auteur*): desprotección al autor, falta de remuneración a este y entrada prematura al dominio público. Cuestión que tiene implicaciones en relación con el derecho humano a la protección jurídico-autoral, como veremos líneas abajo.

Otro problema que presenta *Creative Commons*, es de *filosofía política*, pues se trata de licencias que se basan absolutamente en el régimen jurídico vigente en la materia, cuando sus principales impulsores y adherentes son francos opositores a la regulación actual.⁷⁴³ *Creative Commons* es popular, tanto entre quienes buscan minimizar los derechos de autor, como entre quienes buscan abolirlos.

En este sentido, acertadamente exponen Dutfield y Suthersanen: “Authors who embrace the Creative Commons movement do not necessarily believe in the copyright system, on which the Commons movement frankly

sharing, use, repurposing, and remixing” (énfasis añadido). <http://creativecommons.org/about/what-is-cc>, octubre de 2009.

En este sentido, McDonald explica: “The CC licences, then, are a way to ‘grow’ the public domain within the current copyright framework”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 225.

Si bien no es una entrada al dominio público, técnicamente hablando, es una situación “como sí” la obra estuviese en dominio público (como afirma Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 6). De ahí que Séverine Dusollier (*op. cit.*, nota 701, p. 31) hable, incluso, de “dominio público voluntario”.

⁷⁴¹ En efecto, el mecanismo diseñado por los legisladores para que las obras (o mejor dicho: los elementos protegidos de las obras) entren al dominio público es el vencimiento de la duración de los derechos de explotación, no los contratos autorales.

⁷⁴² Cfr. Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 720, p. 252; Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, Fondo de Cultura Económica, CER-LALC, 2004, p. 24; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. de Petite Almeida, 3a. ed., Madrid, UNESCO, CINDOC, 1997, pp. 102 y 103; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 146.

⁷⁴³ “Creative Commons’ ideology, as expressed in its publications and practices, reflects a minimalist approach, seeking to enhance access to creative works”. Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, p. 388.

Cfr. asimismo, Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 478, p. 23.

relies”.⁷⁴⁴ En similares términos encontramos a Raquel Xalabarder, quien dice que: “el proyecto CC sufre una cierta incoherencia interna: quiere fomentar el uso libre y gratuito de obras, pero para ello utiliza un mecanismo claramente ‘propietario’, la licencia”.⁷⁴⁵

Por otro lado, algunas licencias de *creative commons* tienen un muy reprochable problema de *explotación a los autores*, lo cual no sólo trasciende el ámbito jurídico, sino que las hace moralmente inaceptables (al menos con su clausulado actual). En efecto, tres de las seis licencias permiten a los usuarios explotar comercialmente las obras licenciadas.⁷⁴⁶ Así, el autor autoriza el uso de una obra *gratuita y perpetuamente* a todo aquel que acepte los términos de la licencia, pero el licenciatarario puede servirse de la obra con fines comerciales; es decir, tales licencias permiten que cualquier persona pueda explotar libremente el trabajo ajeno, sin repercutirle ingresos al autor.

Si bien el autor está facultado para, en cualquier momento, cambiar los términos de la licencia, las licencias otorgadas previamente quedan firmes,⁷⁴⁷ y la persona autorizada puede *lucrar perpetuamente* con la obra. Además, el autor *nunca* recibirá ingreso alguno del dinero que genere su obra derivado de esas licencias, pues las mismas son *forzosamente* gratuitas.

Esto, veremos adelante, carece de validez en México y en muchos países, pero además, es muy cuestionable que otros lucren con el esfuerzo ajeno sin remunerarlo.⁷⁴⁸ El que alguien otorgue gratuitamente su trabajo para

⁷⁴⁴ Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 77.

Cfr. también Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 264.

⁷⁴⁵ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 11.

⁷⁴⁶ Se trata de las licencias “Atribución”, “Atribución-No Derivadas” y “Atribución-Licenciamiento Recíproco”, <http://creativecommons.org/about/licenses>, y <http://creativecommons.org.mx/licencias/>, abril 2010.

Esto también sucede con las versiones “mexicanizadas”, visibles en la página web: <http://creativecommons.org.mx/licencias/>.

⁷⁴⁷ “Creative Commons licenses are non-revocable. This means that you cannot stop someone, who has obtained your work under a Creative Commons license, from using the work according to that license. You can stop distributing your work under a Creative Commons license at any time you wish; but this will not withdraw any copies of your work that already exist under a Creative Commons license from circulation, be they verbatim copies, copies included in collective works and/or adaptations of your work”. <http://wiki.creativecommons.org/FAQ>, octubre de 2009.

⁷⁴⁸ Incluso, bajo una perspectiva marxista, Ortiz y Otero opinan: “La explotación al creador se presenta cuando los medios de producción utilizan sus obras y obtienen ganancias, sin resarcir al autor el justo precio de su trabajo. (...) Esto representa una explotación del ser humano”. Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *Propiedad intelectual. Simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial. El caso de México*, México, Porrúa, 2011, p. 175.

que otro lo explote perpetuamente, no sólo fomenta un empresariado parasitario del trabajo ajeno, sino que es una forma de explotación a los autores, pues incluso si estos se arrepienten de esa decisión, la licencia no les permite frenar esa explotación.

Además esto se agrava, pues de las licencias que permiten usos comerciales, sólo la identificada como “Atribución-Licenciamiento Recíproco” tiene el componente *share-alike*, el cual obliga a que una obra derivada basada en una preexistente licenciada bajo *creative commons*, tenga a su vez que ser licenciada en este esquema (carácter viral). Así, cualquiera puede tomar gratuitamente obras preexistentes, pero tener control absoluto sobre su obra derivada y ser la única persona que lucre con ella, sin que esté obligado a distribuir gratuitamente su trabajo.

Asimismo, en el caso de las licencias que supuestamente no permiten el uso comercial de las obras, tales instrumentos se encuentran redactados en forma tan mañosa que abren la puerta para permitir ciertas utilidades lucrativas. Por ejemplo, en las versiones “mexicanizadas” de las licencias se dice: “Le queda prohibido ejercer los derechos conferidos en la cláusula 3 descrita anteriormente si el *propósito principal* de dicho ejercicio es la obtención de ventaja comercial o compensación monetaria personal o lucro” (énfasis añadido). El hecho de que sólo se excluyan usos de las obras que tiendan a obtener *directamente* ventajas económicas (propósito principal), significa que las licencias *creative commons* permiten lo que en nuestro marco jurídico se llama “lucro indirecto”,⁷⁴⁹ es decir, el uso no pagado de obras en casos como los bares, restaurantes, aviones, camiones, puesta a disposición en Internet en forma gratuita, etcétera.⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹

De igual forma, muchos de los impulsores de *Creative Commons* se quejan de que el sistema vigente de protección sólo beneficia a los grandes consorcios mediáticos y perjudica a los autores independientes. Sin embargo, es impensable que Disney o Mattel sometan sus derechos a licencias *creative*

⁷⁴⁹ El segundo párrafo del artículo 11 del Reglamento de la LFDA, dispone: “Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate”.

⁷⁵⁰ Como bien dicen Dakin y McDonald, no hay razón por la que empresas y negocios que deben (y pueden pagar) por la utilización de obras, no lo hagan. véase Dakin, Helen, y McDonald, Ian, “Some comments on Creative Commons licences”, Documento A06n06, Australian Copyright Council, Gobierno de Australia, 2006, p. 2.

⁷⁵¹ Para más detalles sobre lo problemático de la expresión “no comercial” en las licencias CC y sus posibles consecuencias litigiosas, *cf.* Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum on creative commons licenses”, Asociación Literaria y Artística Internacional, enero de 2006, p. 6.

commons, mientras que esta clase de licencias sí permite que tales empresas usen (y exploten) creaciones de autores independientes en forma gratuita y perpetua. ¡Vaya forma de fortalecer a los pequeños creadores y quitarle poder a las grandes empresas!⁷⁵² Como afirma Canut: “Ciertamente, hay muchos que confunden conocimiento libre con ‘libre apropiación del trabajo ajeno’”.⁷⁵³

Por lo que hace a los problemas de *seguridad jurídica* de *Creative Commons*, estos son varios. De entrada, y como explicamos más abajo al tratar su problema de anglocentrismo, las licencias *creative commons* no son válidas en México, por contravenir tanto la LFDA, como por no perfeccionarse el consentimiento entre los contratantes en términos del CCF y del Código de Comercio.

Otro aspecto por el que *creative commons* generan inseguridad es porque, por un lado, impulsan a los autores a licenciar su obra bajo ese esquema sin intervención y asesoría de abogados⁷⁵⁴ (recordemos que Lessig es “jurista-fóbico”),⁷⁵⁵ pero en caso de que un usuario viole los términos de la licencia, se deja solo al autor sin proporcionarle ningún tipo de ayuda, y se le insta... ¡a contratar un abogado!⁷⁵⁶ Este sistema, nos parece, entraña una cierta irresponsabilidad, pues se le convence al creador de lanzarse al agua, pero si algo empieza a salir mal, *Creative Commons* se lava las manos y le da la espalda a los autores para que estos traten de solucionar su problema como

⁷⁵² Cfr. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 226.

En este sentido, Lipszyc indica: “Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual que mucho esfuerzo e ingenio demandaron para su aceptación y aprobación. En diversos países se suceden proyectos de leyes que, de una u otra forma, socavan los derechos de los autores, aprovechando la desinformación que aún subsiste en torno a la materia. Estas perniciosas iniciativas son alentadas por poderosos intereses comerciales que se erigen en víctimas de una supuesta carga que, según argumentan, desalienta la inversión o atenta contra la difusión de la cultura”. Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho”, en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 105.

⁷⁵³ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 42.

⁷⁵⁴ “Lo único que necesitas es decidirte y utilizar la herramienta de publicación que te ofrecemos en donde, con unos cuantos clicks, podrás obtener la licencia que mejor se adapte a tus necesidades”. <http://creativecommons.org.mx/faq/>, octubre de 2009.

⁷⁵⁵ Cfr. las notas al pie 642 y 645 del presente capítulo.

⁷⁵⁶ En el sitio web de la versión mexicana, se señala: “¿En caso de que una obra que se encuentra bajo una licencia de Creative Commons sea usada de manera distinta a los términos de la misma, me ayudarán a hacer valer mis derechos? No, Creative Commons no es un despacho de abogados ni brinda asesoría legal, en caso de que existan violaciones a los derechos del titular de la obra, este deberá buscar asesoría personalizada para buscar remedio al caso en particular”. <http://creativecommons.org.mx/faq/>, octubre de 2009.

mejor puedan. Someter una obra a una licencia de *creative commons* es fácil (y poco costoso), resolver los problemas jurídicos que eventualmente puede ocasionar, no lo es tanto (y resulta algo oneroso).⁷⁵⁷

Otro aspecto donde las licencias *creative commons* generan inseguridad jurídica es, precisamente, en el acto de elegir un tipo de licencia y marcar la obra con la misma. En efecto, en la difusión en línea de obras, estas pueden someterse a una licencia *creative commons* mediante la anexión de un archivo (“licencia legible para la máquina”) extraído del sitio web de *Creative Commons*, y en las obras difundidas fuera de línea, mediante la incorporación de un leyenda que indique el tipo de licenciamiento. Nada más. De esta forma, hay inseguridad jurídica en tanto cualquier persona puede marcar como de *creative commons* una obra, ¡aunque no sea el autor de esa obra!⁷⁵⁸

Esto genera inseguridad jurídica para los autores, pues sin ellos quererlo, otras personas pueden subir su obra a Internet y someterla a una licencia de *creative commons*, para luego iniciar su irreversible difusión. Pero también genera inseguridad jurídica a los usuarios, pues el mero hecho de que una obra tenga el marcado o los códigos de *creative commons*, no significa que en realidad el verdadero titular de los derechos haya licenciado tal obra en esos términos (y por lo tanto, en cualquier momento podría presentarse una demanda por uso no autorizado).

Cuestión que se agrava si tomamos en cuenta el texto de las propias licencias, en donde el que otorga la licencia *creative commons* no responde de la titularidad de los derechos de explotación. En este sentido, encontramos la cláusula 5 de la versión 2.5 de las licencias “mexicanizadas”:

5. Declaraciones, Garantías y Exclusión de Responsabilidad.

SALVO QUE LAS PARTES ACUERDEN POR ESCRITO ALGO DISTINTO, *EL LICENCIANTE OFRECE LA OBRA “TAL COMO ESTÁ” Y NO HACE DECLARACIONES CON RESPECTO A LA OBRA NI OFRECE NINGÚN TIPO DE GARANTÍA, YA SEA EXPRESA, IMPLÍCITA, LEGAL O DE OTRO TIPO, EXCLUYENDOSE DE MANERA ENUNCIATIVA MAS NO LIMITATIVA, DE LAS GARANTÍAS DE TITULARIDAD, DE QUE SEA ADECUADA O APROPIADA PARA EL USO ESPECÍFICO PARA EL QUE FUE DISEÑADA O PARA EL USO ESPECÍFICO PARA EL QUE SE NOTIFICÓ IBA O PODÍA SER UTILIZADA, DE NO VIOLACIÓN DE OTROS DERECHOS, DE LA AUSENCIA DE VICIOS OCULTOS U OTRO TIPO DE DEFECTOS O ERRORES O DE PRECISIÓN, YA SEA QUE SEAN EVIDENTES O NO. EN VIRTUD DE QUE CIERTOS PAÍSES*

⁷⁵⁷ O como dice la Asociación Literaria y Artística Internacional: “CC license may make it easier to grant rights, but it does not put an author in a better position to enforce her rights”. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, p. 6.

⁷⁵⁸ Para más detalles y algunos precedentes, *cf.* Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, p. 419.

NO ACEPTAN ESTAS EXCLUSIONES DE RESPONSABILIDAD, LO DISPUESTO EN ESTA CLAÚSULA PUEDE NO SER APLICABLE A SU CASO (énfasis añadido).

¡Vaya seguridad jurídica en estas licencias, cuando el licenciante ni siquiera garantiza ser el titular de los derechos sobre la obra licenciada! Dicha cláusula 5 es, evidentemente, una mera traducción literalista de una licencia estadounidense, la cual contraría el derecho de las obligaciones y el derecho del consumidor de nuestro país. Pero no sólo eso, sino que en una relación de buena fe (como la que se presume en todo contrato) el licenciante de una obra lo *mínimo* que debe garantizar es ser el titular de los derechos (tener aptitud para conceder la autorización) y asegurar el uso pacífico de la obra.⁷⁵⁹

Ni el texto de las licencias, ni el sistema de etiquetado de *creative commons*, dan la más mínima garantía al licenciatarario de que está adquiriendo el permiso del titular de los derechos, y, por ende, no hay garantía alguna de que el uso que el licenciatarario haga de la obra sea lícito y de que no está incurriendo en alguna responsabilidad jurídica.⁷⁶⁰

Esto también puede traer problemas en las obras en coautoría, pues aunque no todos los autores de una misma obra estén de acuerdo en licenciar esa creación bajo *creative commons*, basta con que uno de ellos tome esa decisión y lance la obra a Internet bajo una licencia de ese tipo.

Otro problema de seguridad jurídica deriva de la cuestión de la irrevocabilidad, en tanto las licencias de mérito son expresamente irrevocables. E incluso, si un juez declarara nulo ese pacto de irrevocabilidad, aun así la inseguridad del titular de los derechos de explotación se derivaría del hecho que las licencias *creative commons* no tienen modo alguno de identificar a todos los licenciatararios, por lo que notificarles la revocación es prácticamente imposible.⁷⁶¹

⁷⁵⁹ De hecho, esto es una obligación de orden público (no puede pactarse lo contrario) en todos los contratos autorales típicos previstos en la LFDA, como se desprende de los artículos 52 fr. II, 60, 65, 67, 72 y 76 de esa ley.

Parece que los redactores de las licencias que ahora se critican, olvidaron la inveterada máxima existente desde el derecho romano: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

⁷⁶⁰ En este sentido, explican Dakin y McDonald: “The net effect of these difficulties is that using material in reliance on a CC licence will generally be too risky to be worthwhile”. Dakin, Helen, y McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 750, p. 3.

Mientras que Xalabarder indica: “el autor de la obra publicada ilícitamente bajo una licencia CC deberá luchar contra el infractor inicial y contra los subsiguientes infractores de buena fe (que hayan hecho uso de ella pensando que llevaban a cabo un acto válidamente autorizado por el autor)”. Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 8.

Véase también McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 233.

⁷⁶¹ Dakin, Helen, y McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 750, p. 2.

También se ha puesto de manifiesto que los símbolos para cada clase de licencia y los sumarios que resumen los términos y condiciones, son poco precisos y hasta engañosos, pues no reflejan fielmente el verdadero alcance jurídico de las licencias.⁷⁶²

Los problemas de *anglocentrismo* son los más obvios de las licencias *creative commons*, ya que se trata de una solución jurídica ideada por abogados estadounidenses conforme a la legislación de EUA.⁷⁶³ Esto se refleja, por ejemplo, en que los redactores de las licencias *creative commons* no habían tomado en cuenta la cuestión de los derechos morales⁷⁶⁴ (básicamente la facultad de integridad). Esto es muy evidente en las primeras versiones de las licencias, donde se permitía la modificación de las obras. Ante la crítica, las nuevas versiones de las licencias (2.5, 3.0) limitan el concepto de adaptación a obras derivadas (ya no facultan para modificar *per se* la obra primigenia) y se hace una declaración expresa de que no se afectan los derechos morales.

Si bien *Creative Commons* se ha dado a la tarea de adaptar el texto de sus licencias a diversos sistemas jurídicos,⁷⁶⁵ esas licencias siguen conservando, no sólo cláusulas propias del sistema contractual estadounidense, sino que en muchos casos son abiertamente contrarias a la legislación aplicable. El derecho mexicano es un buen ejemplo de esto.

Como explicamos en el subcapítulo V, número 2, letra E del capítulo segundo de este trabajo, y como coincide la mayoría de la doctrina mexicana,⁷⁶⁶ en nuestro país no se permiten las cesiones propiamente dichas

⁷⁶² *Ibidem*, p. 1.

⁷⁶³ Sobre los problemas de compatibilidad con las legislaciones de otros países, véase Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 720, p. 265.

En este sentido, Canut indica, respecto del movimiento de cultura libre, que: “las herramientas jurídicas de que se ha dotado son contrarias a nuestro ordenamiento y, en las más de las ocasiones, innecesarias”. Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 123.

⁷⁶⁴ “Semejante ‘batalla’ por los derechos patrimoniales nos ha llevado a olvidar el germen de los derechos de autor; aquello que, desde la tradición jurídica del ‘Ius Civile’, conocemos como derechos morales; que son, en última instancia los que dan fuerza y sentido a cualquier movimiento en favor de la cultura libre”. Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 31.

⁷⁶⁵ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 7.

“National ‘projects’ take responsibility to adapt the licenses to local conditions, and to promote the licenses to the public”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 223.

⁷⁶⁶ Por ejemplo, De la Parra Trujillo, Eduardo, “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VI, núms. 16-17, enero a agosto de 2007, p. 106 (con errores de edición); Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “¿La vida ‘en línea’?: Un esbozo sobre el derecho de la comunicación telemática”, en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho de la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 361; Ortega González, Salvador, “Y los títulos de las obras..., ¿están protegidos?”, *Revista mexicana del derecho*

del derecho de explotación (pues no hay transmisión de la titularidad del derecho), por lo que nuestra ley regula un negocio contractual único al que llama indiferentemente “licencia”, “cesión”, “transmisión”, “autorización”, etcétera.⁷⁶⁷ Pues bien, según nuestra LFDA, todo contrato donde se autoriza el uso de una obra, debe cumplir con tres reglas básicas: temporalidad, onerosidad y formalidad escrita.

Las licencias *creative commons* no cumplen con el requisito de *temporalidad* de la LFDA, pues mientras la ley exige que todo contrato sea temporal (artículo 30) y, que, como regla general, el plazo no exceda de 15 años (artículo 33), las licencias *creative commons* son perpetuas e irrevocables. Asimismo, las referidas licencias son contrarias a la regla de *onerosidad*, ya que la LFDA determina que todo contrato autoral es oneroso (artículo 30) y que la contraprestación monetaria es *irrenunciable* (artículo 31), pero las licencias *creative commons* establecen el carácter gratuito del contrato. Es evidente que, en su esencia misma, las licencias *creative commons* son contrarias al sistema de contratación de la LFDA, el cual, al ser de orden público (artículo 2o.), no admite pacto en contrario.

Sin embargo, esas no son las únicas disposiciones de la LFDA que resultan contrariadas por las licencias *creative commons*. Por sólo poner un ejemplo más, cabe destacar que, mientras el artículo 26 Bis de la LFDA establece que el derecho de regalías por comunicación pública es irrenunciable, existen algunas licencias *creative commons* “mexicanizadas” en cuyo clausulado se renuncia expresamente a ese derecho.⁷⁶⁸ La violación a la ley es incuestiona-

de autor, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 13; Rangel Ortiz, Alfredo, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor. ¿Cesión de derechos?”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 264; Román Esnaurrizar, Luis Gerardo, *La transmisión del derecho patrimonial de autor*, tesis para obtener el título de abogado, México, Escuela Libre de Derecho, 2003, p. 141; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 582, pp. 110 y 111.

Sobre la misma cuestión en otras latitudes, *cf.* Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 56; Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 144; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 96, p. 219; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 665, p. 272; VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, p. 51.

⁷⁶⁷ Para más detalles, *cf.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 766, pp. 112 a 123.

⁷⁶⁸ Por ejemplo, la cláusula 3.e.i de la licencia “Atribución” (versión 2.5) para México, señala que: “El Licenciante renuncia a su derecho exclusivo a recaudar, ya sea de manera individual o a través de sociedades de gestión colectiva, regalías por concepto de la representación o ejecución pública o de la representación o ejecución pública de tipo digital (tal como la transmisión vía Internet) de la Obra” (texto obtenido en <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>, abril de 2008).

ble, pues no se necesita ser un gran experto en derecho para concluir que, si la ley dice que el derecho es irrenunciable, y la licencia trae una renuncia de ese derecho, pues la renuncia es contraria a la ley.

Por otro lado, el anglocentrismo de las licencias no sólo trasciende su contravención a la LFDA, sino que tales licencias no tienen valor jurídico conforme a las más elementales reglas del derecho de las obligaciones vigente en nuestro país.

Como es sabido por cualquiera que conozca los fundamentos del derecho contractual mexicano, dos son los elementos de existencia de un contrato: consentimiento y objeto (artículo 1794 CCF); de manera que si falta alguno de ellos, no habrá contrato (artículo 2224 CCF).

El *consentimiento* es el acuerdo de dos voluntades: la del oferente y la del aceptante;⁷⁶⁹ de tal forma que el consentimiento se integra cuando se *conjuntan* la policitud (oferta) y la aceptación.⁷⁷⁰ Y precisamente, respecto al momento en que se perfecciona el consentimiento entre ausentes, han surgido diversas teorías, a saber: la de la declaración, la de la expedición, la de la recepción y la de la información.⁷⁷¹

En México, destacaron las teorías de la recepción y de la expedición, pues la primera era la contemplada en el CCF (y del Distrito Federal),⁷⁷² la segunda fue adoptada por el Código de Comercio.⁷⁷³ Sin embargo, con las reformas de 2000 en materia de contratación electrónica, se modificó la doctrina del Código de Comercio, de manera que tanto ese código como el civil federal contemplan ahora la *teoría de la recepción*, uniformándose así los criterios.⁷⁷⁴ En efecto, el artículo 1807 del CCF establece: “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes”. Y en el mismo sentido, el actual artículo 80 del Código de Comercio, indica:

⁷⁶⁹ El consentimiento puede definirse como “el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan manifestación exterior”. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 249.

⁷⁷⁰ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1993, vol. III, p. 281.

⁷⁷¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 769, p. 267.

⁷⁷² Su artículo 1807 determinaba lo siguiente en su versión original: “El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación”.

⁷⁷³ El artículo 80 del Código de Comercio, antes disponía: “Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta”.

⁷⁷⁴ En la mayoría de los casos, la contratación electrónica es entre ausentes. Sólo en casos excepcionales se considera que la contratación electrónica es entre presentes, por ejemplo, cuando se hace en *chat* (comunicación en tiempo real).

Artículo 80. Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedaran perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada.

Así las cosas, concluimos junto con Elías Azar que nuestra “legislación federal incorpora para los contratos electrónicos la tesis internacional de la recepción”.⁷⁷⁵ Y esto no debe sorprendernos, pues la tendencia en materia de contratación electrónica es inclinarse por la teoría de la recepción.⁷⁷⁶

Por lo tanto, en los contratos electrónicos celebrados en México, el consentimiento sólo quedará perfeccionado hasta el momento en que el oferente reciba la aceptación. Aunque se haya emitido la aceptación, el consentimiento no se perfeccionará si no llega esa aceptación al oferente. Es decir, *sin tal recepción, no hay contrato*.

Esto es muy relevante en materia de contratos electrónicos sobre derechos de autor, pues muchas de las licencias en línea que actualmente existen, no cuentan con mecanismos para que la aceptación de celebrar la licencia llegue al titular de los derechos de autor. En efecto, pensemos en una obra musical que es subida a un sitio de Internet por el titular de sus derechos de autor. En el sitio, el titular de los derechos sujeta el uso de esa obra una licencia en la que establece a los usuarios las condiciones en las que podrán utilizarla. Según la licencia, si el usuario descarga o usa la obra, eso se traduciría automáticamente en una manifestación de su aceptación a las condiciones fijadas en la licencia. Sin embargo, el usuario descarga la obra y el titular de los derechos ni siquiera se entera de quién fue el que descargó la canción. Es decir, *no hay recepción de la aceptación*.

Se puede observar que en ese supuesto, la llamada “licencia” no fue tal, pues nunca se perfeccionó el consentimiento, ya que el oferente nunca recibió la aceptación a su policitud de uso de obra. De conformidad con nuestro derecho contractual federal (que es el que aplica en materia de derechos de autor, según el artículo 10 de la LFDA) no existió contrato alguno, debido a que faltó uno de sus elementos de existencia: el consentimiento.

Precisamente, ese es el problema que enfrentan las licencias *creative commons* en México, pues aunque los titulares de los derechos de autor sujeten sus obras a alguna de esas licencias, nunca recibirán la aceptación de los usuarios, y por ende, *nunca quedan perfeccionados los contratos de licencia*.

⁷⁷⁵ Elías Azar, Edgar, *La contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005, p. 224.

Cfr. también Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007, pp. 24 y 25.

⁷⁷⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *op. cit.*, nota 26, pp. 336-339.

Esto se explica, en parte, porque las licencias *creative commons* fueron creadas en los EUA, donde suele prevalecer la teoría de la emisión,⁷⁷⁷ no la de la recepción. El importar apresuradamente esas licencias norteamericanas (sólo con algunos cambios) a un país con un sistema de contratación autoral muy diferente al de nuestro vecino del norte, y sin haber considerado la aplicación de la teoría de la recepción en México, trae como consecuencia la *inexistencia jurídica* de las licencias *creative commons*, las cuales, por ende, no producen efectos jurídicos en nuestro país.⁷⁷⁸

Así, otra vez el anglocentrismo hace que la propuesta de las licencias *creative commons* no pueda considerarse como una solución seria y fiable en nuestro país.

Por otro lado, esta clase de licencias presenta también algunas objeciones desde el punto de vista de *los derechos humanos*. En efecto, un primer problema que encontramos en algunas de las licencias *creative commons*, es la apuntada posibilidad de explotación al autor. Esto, como ya vimos, deriva de que tres de las seis licencias, permiten al licenciatario la explotación *comercial* de la obra, sin tener que pagarle nunca nada al autor (dado el carácter gratuito y perpetuo de la licencia). Tal cuestión pone al autor en una posición de cosa, pues la licencia lo está viendo como un mero maquilador de productos culturales, al que ni siquiera hay que pagarle su esfuerzo. Se trata de un aprovechamiento comercial del trabajo ajeno.⁷⁷⁹ Sobre el particular, resultan relevantes las palabras de Pedro Canut (abogado comprometido con el movimiento de cultura libre):

La cultura libre. Se nos llena la boca hablando de cultura libre, de la abolición de las leyes de propiedad intelectual o de ceder los derechos de explotación para que otros puedan crear a partir de nuestros contenidos; sin embargo, la realidad es que lo único que parece preocupar es que algunos músicos puedan remezclar canciones para crear una obra nueva con la que obtener lucro, o que un local de ocio incremente sus ingresos a costa de los derechos de los creadores.⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ En “los países del *common law* predomina la teoría de la emisión, según la cual la comunicación es efectiva una vez que ha sido enviada por el emisor, mientras que en los países continentales prevalece la teoría de la recepción”. *Ibidem*, p. 336.

⁷⁷⁸ “Because a license is a contractual instrument, in order to be valid, its formation should be in accordance with the respective applicable national law”. Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, p. 4.

⁷⁷⁹ *Cf. supra* el sustento kantiano de esta afirmación en la nota al pie 558 del presente capítulo.

⁷⁸⁰ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, p. 31.

Por consiguiente, ese tipo de licencias va en contra, no sólo de la dignidad del autor (en tanto individuo que debe recibir el fruto de su trabajo),⁷⁸¹ sino del derecho humano a la protección jurídico-autoral, particularmente en la vertiente de beneficiarse materialmente de la obra creada. Si este derecho ordena que, en forma efectiva, se debe “garantizar a los creadores los intereses... materiales que les correspondan por sus obras”,⁷⁸² y el sistema *creative commons* promueve que al autor no se le remunere por la utilización de sus obras⁷⁸³ (e incluso abre la posibilidad de que otros lucren con la obra, pero no el autor), podemos ver que no es un sistema que contribuya mucho a esa efectiva tutela de los intereses económicos de los autores.

Inclusive, puede argumentarse que si el legislador regulara o, peor aun, fomentara licencias de este tipo, se estaría violando la condición de *disponibilidad* derivada del artículo 15 del PIDESC, según la cual debe existir una legislación y reglamentación adecuada para proteger los intereses materiales de los autores.⁷⁸⁴ Esto en virtud de que se trata de instrumentos normativos que facilitarían la explotación comercial de la obra por terceros sin remunerar al autor. Se puede alegar que no habría problema, pues aunque pareciera injusto un contrato así, sería una elección del propio autor conceder una licencia de ese tipo; empero, esto olvida la génesis de las reglas generales de contratación en materia de derechos de autor y la problemática del *laissez faire* contractual, dado el carácter de parte más débil que tiene el autor en sus contrataciones frente a empresarios.⁷⁸⁵ Dicho en términos llanos: esta clase de licencias *creative commons* pone en bandeja de plata a los empresarios un instrumento para lucrar con obras ajenas sin pagarle un céntimo al autor (todo lo contrario a la filosofía misma del derecho autoral y del citado derecho humano).

Por las mismas razones, si un país fomentara las licencias *creative commons* en general, violaría la obligación inmediata de *proteger* el derecho humano a la protección jurídico-autoral (también derivada del artículo 15 del PIDESC), pues, como regla general, son contrarios a ese derecho los usos no remunerados de obras,⁷⁸⁶ debiendo los estados, más bien, dictar reglas

⁷⁸¹ Sobre esto resultan destacables los artículos 7.a y 11.1 del PIDESC.

⁷⁸² Observación general 17 del Coimite DESC, párrafo 10.

⁷⁸³ Afirma McDonald: “the expectation set up by CC licensing is that the creator doesn’t get paid by way of any licence fee”. McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 227.

⁷⁸⁴ Observación general 17 del Coimite DESC, párrafo 18.

⁷⁸⁵ Sobre el particular, *cf.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 742, p. 24; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 742, pp. 102 y 103; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 766, p. 137; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 143; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 665, p. 274.

⁷⁸⁶ En este sentido, el Comité DESC explica que los estados tienen la obligación de dictar “leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a su producciones y ofrecerles una *remuneración adecuada*”. Observación general 17, párrafo 31.

para lograr esa *efectiva remuneración* a los autores, “por ejemplo estableciendo sistemas de administración colectiva de los derechos de los autores, o aprobando leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a su producciones y ofrecerles una remuneración adecuada”.⁷⁸⁷

Mientras que el derecho humano a la protección jurídico-autoral busca propiciar que se le pague a los autores por los usos de sus obras, el sistema *Creative Commons* tiende a propiciar los usos no remunerados a los autores.

Desde luego, los defensores de las licencias *creative commons*, argumentan que el hecho de que estos contratos sean gratuitos no impide al autor obtener ingresos por otras vías. De nueva cuenta se habla del dinero que le puede dejar a los autores los conciertos, el *merchandising*, etcétera. Empero, aquí también podemos hacer la misma crítica que realizamos *supra* (subcapítulo IV, número 2, letra A de este capítulo) al cuestionar las posturas abolicionistas de los derechos de autor: no todo autor puede (o quiere) ser un artista intérprete o ejecutante, hay obras que no son susceptibles de esa clase de explotación (como la mayoría de obras literarias), no se protege al autor —precisamente— por su condición de autor, y, por si fuera poco, se va en contra del derecho humano a la protección jurídico-autoral, el cual exige que los intereses económicos de los autores sean “*directamente generados por sus producciones científicas literarias o artísticas*” (énfasis añadido).⁷⁸⁸

De igual forma se suele afirmar que las licencias *creative commons*, aunque gratuitas, al final terminan beneficiando económicamente al autor pues se trata de una forma de dar a conocer su trabajo y promocionarse.⁷⁸⁹ La verdad es que esto es algo hipócrita, pues a *Creative Commons* le importa más facilitar el goce de obras a los usuarios, que los intereses de los autores: “CC redesigns copyright from the point of view of people who want to use other people’s material, not from the point of view of people who create material or invest in the risky copyright industries. It then presents this as a revolution for creators”.⁷⁹⁰ O como dice Raquel Xalabarder: “el proyecto CC se

De donde se colige que las políticas legislativas que fomenten los usos no remunerados de obras, son contrarias al PIDESC.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 31.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 17.

⁷⁸⁹ Si bien es cierto que someter una obra a una licencia de *creative commons* puede servir para promocionarla, la verdad es que la licencia, por sí misma, no promoverá la creación ni servirá para destacar del resto de obras que están también en ese régimen de licencias; en contra, una creación licenciada bajo *creative commons* difícilmente sería tomada bajo la tutela de expertos en promover y difundir la obra (como editores musicales o productores de fonogramas). *Cfr.* McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 228.

⁷⁹⁰ McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 225.

decanta claramente por el interés del público (el acceso fácil, libre y gratuito a las obras)”.⁷⁹¹

Incluso, si una obra se ofrece bajo una licencia de *creative commons*, pero paralelamente se comercializa por el mismo autor, es difícil que eso incentive las ventas y promueva la generación de ingresos para el creador. En este sentido, el análisis económico del derecho nos empuja a pensar que el público siempre acudirá al proveedor u opción que le ofrezca el producto en forma gratuita o a un mejor precio.⁷⁹² Por lo que “it seems unlikely that any third party would be willing to pay if it knows that other parties have obtained the license for free”.⁷⁹³

De igual forma, los seis tipos de licencias están redactadas de una manera tal que tienden a minar el valor de los derechos de autor sobre la obra licenciada, amén de que reducen significativamente el número de opciones de los autores.⁷⁹⁴ Como veremos a continuación, existen sistemas más flexibles, como *Coloriuris*, que dan más opciones a los autores y no están redactadas en forma tan tendenciosa a favor de los usuarios.

En este sentido, en el momento mismo en que un autor sujeta cierta obra a una licencia *creative commons* (las cuales son no exclusivas y, además, perpetuas), automáticamente ocasiona que esa obra no pueda, nunca — al menos teóricamente —, licenciarse en exclusiva. Esto afecta seriamente los intereses materiales de los autores, pues muchas de las industrias culturales requieren el pacto de exclusividad para tener condiciones óptimas en el uso de la obra (como sucede con la edición literaria o la producción audiovisual).⁷⁹⁵ De esta forma, bien advierten Borghi y Montagnani:

⁷⁹¹ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 11.

⁷⁹² Véase Astudillo Ursúa, Pedro, *Elementos de teoría económica (para los estudiantes de derecho)*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 49 y 50.

En este sentido, Roemer explica: “El objetivo de los consumidores es obtener el mayor nivel de bienestar posible, mismo que se mide en términos de consumo de bienes y servicios... Así las cosas, tomando en consideración el ingreso con el que cuentan y los precios de los productos, las personas deciden una canasta de bienes y servicios, de la cual buscarán obtener el mayor bienestar posible”. Roemer, Andrés, *Enigmas y paradigmas. Una exploración entre el arte y la política pública*, México, Noriega / UIA / ITAM, 2003, p. 35.

⁷⁹³ Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, p. 5.

⁷⁹⁴ McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, pp. 228 y 230.

Como bien advierte la ALAI, las licencias *creative commons* se implican una simplicidad en las opciones para licenciar la obra, además de que no distinguen la facultad de reproducción de la de comunicación pública, lo que implica que los autores no están en posibilidad de licenciarlas por separado. *Cfr.* Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, pp. 1 y 6.

⁷⁹⁵ *Cfr.* Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, p. 2; y Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 720, p. 265.

On the other hand, even when the licence granted is non-exclusive, the author's position presents a severe drawback in relation to her economic reward for her creative activity. As a matter of fact, the author's purpose of simultaneously proceeding to commercial exploitation via a commercial licence, and non-commercial dissemination via an open content licence, does not realistically consider that the latter makes the work less appealing to the intermediaries that operate the former. Non-exclusive are definitely less interesting—therefore less valuable—than exclusive licences and their value may even decrease when the intermediary fears that her revenues may be hindered by the free availability of a work she is going to acquire the right on, even though availability is in other formats and by other means.⁷⁹⁶

Y en sentido inverso, también se produce el conflicto de las licencias *creative commons* con los contratos exclusivos: si un autor celebra un convenio donde otorga derechos exclusivos sobre su obra, el autor queda impedido a conceder licencias posteriores, aunque sean no exclusivas. De forma que toda obra dada en exclusiva previamente, no puede ser objeto de una licencia *creative commons*.⁷⁹⁷

Debido a todo lo anterior, y luego de un análisis del fenómeno *Creative Commons*, la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI)⁷⁹⁸ advirtió en 2006: “Caveat auctor! Let the author beware before she chooses!”⁷⁹⁹ Y es que una de las características incontrovertibles de las licencias *creative commons*, es que son muy controvertidas: “Para algunos autores, resultan un sistema fácil y útil de divulgación y explotación de su obra. Para otros, sin embargo, podrían convertirse en una trampa, teniendo en cuenta su carácter perpetuo, irrevocable y gratuito”.⁸⁰⁰

Queda claro que la opción de *Creative Commons* no es para todos, ya que no se trata de un esquema económicamente viable para proteger los intereses materiales de los creadores (como exige el derecho humano a la protección jurídico-autoral), pues “authors and educators need to eat. (...) authors who earn their living from their work might be reluctant to use the CC or any other open license”.⁸⁰¹ No queda claro cómo un sistema donde contractualmente se hacen a un lado los derechos de autor, puede beneficiar

⁷⁹⁶ Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lillà, *op. cit.*, nota 720, p. 266.

⁷⁹⁷ *Idem.*

⁷⁹⁸ Fundada por notables autores del siglo XIX (destacadamente Víctor Hugo) y principal impulsora del Convenio de Berna.

⁷⁹⁹ Comité Ejecutivo de la ALAI, “Memorandum...” *cit.*, nota 751, p. 2.

⁸⁰⁰ Xalabarder Plantada, Raquel, *op. cit.*, nota 721, p. 11.

⁸⁰¹ Hofman, Julien, *op. cit.*, nota 718, pp. 105 y 106.

a creadores profesionales que dependen de los ingresos que les generan esos derechos para poder vivir.⁸⁰²

Normalmente, quienes más apoyan a *Creative Commons* han sido académicos: creadores que se sienten cómodos en facilitar la difusión de sus obras a cambio prestigio y beneficios en su carrera (y que usualmente reciben ingresos salariales de una universidad o por diversos medios, por lo que normalmente no dependen de sus derechos de autor para vivir).⁸⁰³ En tal sentido, apunta la ALAI:

A CC license may be appropriate and desirable for some authors, particularly academics, but, given the dangers the license poses to author's prospects for control over and compensation for their works, the decision to license should be made with full appreciation of the possible consequences.⁸⁰⁴

De hecho las sociedades de gestión colectiva no han visto con buenos ojos a *Creative Commons*, pues los autores se desprenden gratuitamente de sus derechos para siempre y sin posibilidad de revocar los contratos.⁸⁰⁵

En conclusión, si bien consideramos que el propósito de *Creative Commons* es loable y digno de reconocerse (sobre todo ante el crecimiento desmedido de los derechos de explotación), los medios utilizados para llegar a ese fin son muy cuestionables,⁸⁰⁶ generando efectos colaterales nada deseables y afectando los intereses económicos de los autores. No se puede soslayar que a ciertos sectores creativos este tipo de licencias les resulta atractivo y benéfico, pero también hay otro grupo de autores a los que no les ayuda, por lo que no puede constituirse en un esquema generalizado. Por consiguiente, esta propuesta no puede ser la panacea (ni mucho menos una política pública) para resolver la problemática de los derechos de explotación en el ámbito digital.⁸⁰⁷

⁸⁰² McDonald, Ian, *op. cit.*, nota 682, p. 225.

⁸⁰³ *Idem.*

⁸⁰⁴ Comité Ejecutivo de la ALAI, "Memorandum..." *cit.*, nota 751, p. 2.

⁸⁰⁵ Rimmer, Matthew, *op. cit.*, nota 721, p. 274.

⁸⁰⁶ En el mismo sentido, Elkin-Koren, Niva, *op. cit.*, nota 724, p. 377.

⁸⁰⁷ El 2 de abril de 2009, por impulso de *Creative Commons*, se presentó en el Senado una iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet, cuyo artículo 40 intentó introducir un reconocimiento legislativo a las licencias *creative commons*, con base en el siguiente texto: "El uso, reproducción y distribución de obras y contenidos que se encuentren disponibles a través de Internet bajo una licencia flexible, quedarán sujetos a los términos especificados en la licencia de que se trate".

Además de los evidentes errores jurídicos (ya vimos que en Internet no puede haber distribución), el texto no definía qué se entendía por "licencia flexible" y si esa clase de licencias debían de cumplir o no con los artículos 30 y ss. de la LFDA.

E. *Coloriuris*

Coloriuris es un sistema de licenciamiento muy similar a (e incluso inspirado en) *Creative Commons*. Fue fundado en 2005 por el jurista español, Pedro Canut, profesor de la Universidad de Zaragoza.

El propósito de *Coloriuris* es generar un modelo de licencias para la difusión de obras, pero con pleno respeto a las normas jurídicas vigentes (incluidos tratados de derechos de autor y derechos humanos), de manera que se apegan más a la tradición jurídica neorromanista que al *common law* (de donde provienen las licencias *creative commons*). El propio Canut nos explica el funcionamiento de este sistema de contratación, en su libro *Coloriuris*:

ColorIURIS es una herramienta jurídico-informática que, a partir de unos contratos tipo de cesión de derechos⁸⁰⁸ elaborados conforme a la legislación de derechos de autor de cada país..., permite prestar el consentimiento a las dos partes implicadas en el uso de unos contenidos en línea, el titular de derechos y el usuario de los contenidos; de tal forma que ambas partes conservan copia del contrato de cesión y tienen constancia del documento jurídico, de la url a la que afecta la cesión de los derechos, y de la fecha y hora de perfeccionamiento del contrato, con la garantía añadida —para ambos— de que las manifestaciones de voluntad de las partes quedan depositadas en un servidor seguro de un tercero de confianza elegido por el titular de los derechos en el momento de la contratación.⁸⁰⁹

Para gestionar y promover estos contratos, se fundó en España una entidad sin ánimo de lucro, denominada ColorIURIS, A.I.E.⁸¹⁰

Bajo la premisa del absoluto respeto a los derechos morales, los autores pueden autorizar el uso de sus obras mediante el llenado de un formulario, mismo que incluye rubros como el tipo de creación, ámbito geográfico (por países o mundial), duración de la cesión (cuyo mínimo es un año y su máximo es la duración de los derechos de explotación), y extensión de los derechos cedidos —ya sea transformación, distribución, comunicación pública y/o reproducción— (lo cual se hace a través de un sistema de colores).⁸¹¹ Además, existe un tipo de licencia llamada “*coloriuris* patrimonial” que permite hacer cesiones onerosas de los derechos de explotación sobre una obra.

⁸⁰⁸ Recuérdese que en España, como en México, la cesión de derechos de autor no implica una enajenación de la titularidad del derecho, sino una autorización de uso que puede ser exclusiva o no.

⁸⁰⁹ Canut, Pedro, *op. cit.*, nota 538, pp. 137 y 138.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁸¹¹ *Ibidem*, pp. 153 y ss.

Por consiguiente, en países como México o España, *Coloriuris* presenta una serie de ventajas respecto de *Creative Commons*, a saber:

- a) Existen más opciones de contratos, y por ende, el contenido de la licencia será más acorde con la voluntad del autor;
- b) El consentimiento se perfecciona en forma correcta, pues el oferente recibe la aceptación y conoce a su contratante;
- c) Los contratos no son forzosamente perpetuos, pues deben someterse a una temporalidad (como lo exigen las leyes de países como México o España);
- d) Se pueden dividir territorios;
- e) Existe la posibilidad de que los contratos sean onerosos;
- f) La redacción del clausulado corresponde a nuestra tradición jurídica;
- g) Se dejan a salvo los derechos de simple remuneración.

Resulta claro que el proyecto *Coloriuris*, a diferencia de *Creative Commons*, se toma más en serio el sistema jurídico de países como México (incluyendo el derecho humano a la protección jurídico-autoral), y se toma más en serio a los autores. Efectivamente, mientras pudimos constatar que *Creative Commons* es un proyecto que se inclina por favorecer los intereses de los usuarios (y no tanto los de los autores),⁸¹² *Coloriuris* busca un mayor equilibrio y da un amplio abanico de opciones a los autores para que decidan lo que más les convenga.

Por consiguiente, *Coloriuris* parece no contravenir el derecho humano a la protección jurídico-autoral, pues su propósito no es afectar los intereses materiales de los autores (hasta existe la posibilidad de licenciamiento oneroso), sino respetar sus decisiones. Incluso, en el caso de las licencias gratuitas no se presenta este problema, pues pueden estar limitadas temporalmente, por lo que si el autor decide que el acceso a su obra sea gratuito durante dos años, y luego decide cobrar, lo puede hacer perfectamente. Asimismo, la posibilidad de segmentar el ámbito territorial de la autorización contribuye mucho a que no se afecte el derecho humano de los autores.

Sin embargo, y a pesar de ser respetuosa con el derecho humano a la protección jurídico-autoral, la propuesta *Coloriuris* no sale tan bien librada a la luz de otros derechos humanos. Esto en virtud de que *Coloriuris* reposa, absolutamente, en la voluntad del autor o titular de derechos; de manera que si un derecho humano (como por ejemplo, el derecho a la cultura) exige en, ciertos casos, el acceso a la obra, y el autor no permite tal o propone una

⁸¹² El hecho de que todas sus licencias sean forzosamente gratuitas, perpetuas e irrevocables, así como que haya pocas opciones de elección, no deja lugar a duda sobre este sesgo de *Creative Commons*.

contraprestación muy alta, es claro que *Coloriuris* no es útil para lograr esa satisfacción del derecho a la cultura cuando este ha prevalecido sobre los derechos fundamentales de los autores en un caso concreto.⁸¹³

Por lo tanto, *Coloriuris* no es una respuesta que nos resuelva de fondo la problemática actual de los derechos de autor en Internet,⁸¹⁴ por lo que debemos de seguir buscando otras opciones de mayor aliento.

Esto no significa que debemos desechar de plano esta iniciativa, pues, desde luego que contribuye a lograr una mayor flexibilización de la materia y difusión de la cultura, siempre respetando los derechos de los autores. Inclusive, ante iniciativas menos equilibradas como *Creative Commons*, *Coloriuris* se vuelve una opción más recomendable (aunque en México, no está del todo conforme con la LFDA).

F. Establecimiento de un sistema de derechos de simple remuneración

Otra propuesta ha sido el establecer un sistema general de licencias legales (restricciones acompañadas de un derecho de remuneración), lo que facilitaría la circulación de las obras, pero no olvida las necesidades económicas de los autores.

La primera propuesta sería que se hizo sobre el particular que conocemos, provino de Neil Netanel en 2003, aunque sólo para los sistemas de intercambios de archivos P2P (*peer to peer*).⁸¹⁵ Este académico comienza reconociendo la existencia de las licencias legales en diversos ordenamientos autorales (incluyendo el derecho de remuneración por copia privada), y reconociendo que se trata de un *punto medio* entre la utilización gratuita y el control derivado de los derechos de explotación.⁸¹⁶

⁸¹³ Es decir, se trata de una iniciativa que no resuelve los problemas de la regulación actual: “the open content movement, per se, cannot eradicate problems that have emerged within the mainstream copyright system”. Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

⁸¹⁴ Fuera del ámbito iusfundamental, hay otra serie de críticas que se pueden hacer a *Coloriuris*, por ejemplo, que va en contra de la regla de onerosidad forzosa (artículos 30 y 31 de la LFDA); contraviene el plazo máximo de 15 años (artículo 33 de la LFDA); la mayoría de las licencias no permite autorizar por separado la reproducción, distribución y comunicación pública; así como no nos termina de convencer que, a través de una licencia gratuita, se autoricen usos onerosos de la obra.

⁸¹⁵ Cfr. 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. 22.

⁸¹⁶ Netanel, Neil Weinstock, “*Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing*”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, pp. 31 y 32.

La propuesta de Netanel consiste en que las obras en formato digital puedan ser libremente reproducidas y difundidas en Internet con fines no comerciales (incluyendo la creación y difusión de obras derivadas sin propósito de lucro), y sin afectar otras formas de explotación de las obras. Esto en virtud de que dicho académico considera muy ambicioso aplicar una propuesta en general y reformular todo el sistema de golpe.⁸¹⁷

La obligación de pagar la remuneración se impondría a los productos y servicios cuyo valor ha aumentado gracias a las redes P2P, como el *software* para operarlas, computadoras, dispositivos de reproducción y almacenamiento de obras en formato digital (quemadores de CD, aparatos de MP3, etcétera), prestadores de servicios de Internet, etcétera.⁸¹⁸ Las tarifas se determinarían (y revisarían periódicamente) mediante negociaciones entre representantes de las industrias obligadas a pagar y representantes de los derechohabientes; en caso de no llegar a tal acuerdo, se debería recurrir a un sistema arbitral obligatorio ante la Oficina del *Copyright*.⁸¹⁹ La remuneración se repartiría según la utilización de la obra en Internet, de manera que las creaciones más usadas obtendrían un mayor porcentaje de la remuneración; para esto se requiere un sistema de gestión de derechos que permita conocer lo que sucede en las redes P2P.⁸²⁰

Otros autores se han pronunciado por sistemas de remuneración de este tipo, como Graeme y Zavidow,⁸²¹ Bonadio y Pollicino,⁸²² Lessig,⁸²³ y Oksanen y Välimäki.⁸²⁴ Sin embargo, la propuesta más completa y de fondo es la del profesor de la Universidad de Harvard, William Fisher III, la cual fue formulada en su libro *Promises to keep*. Esta propuesta se distingue por provenir de un estudioso del derecho intelectual que conoce a fondo las normas en la materia, la regulación internacional y el funcionamiento de las industrias del entretenimiento. También destaca porque es de las pocas propuestas críticas que toma en serio a los autores.

El sistema propuesto por Fisher tiene el propósito de que aumente el ingreso de los autores y artistas, al tiempo de que los consumidores pa-

⁸¹⁷ *Ibidem*, pp. 37-39.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁸²⁰ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁸²¹ Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 684, p. 21

⁸²² Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, *op. cit.*, nota 815, p. 23.

⁸²³ Lessig, Lawrence, *op. cit.*, nota 103, p. 106.

⁸²⁴ Oksanen, Ville, y Välimäki, Mikko, "Copyright levies as an alternative compensation method for recording artists and technological development", *Review of economic research on copyright issues*, vol. 2, núm. 2, 2005, pp. 25 y ss.

guen menos y los empresarios sigan ganando lo mismo, al menos por el momento.⁸²⁵

Para operar este sistema, se requiere que quienes deseen obtener las remuneraciones realicen un *registro* de la obra en una oficina gubernamental; este registro sería optativo (quienes no quieran participar en este sistema, conservan sus derechos exclusivos). Se habría de cubrir una tarifa para hacer el sistema de gestión autosustentable, aunque la inscripción se realizaría por Internet. Para evitar que alguien registre a su favor una obra que no le corresponde, existiría un sistema de oposición similar al que existe en la mayoría de oficinas de patentes y marcas en el mundo.⁸²⁶

Fisher propone que la remuneración a los autores provenga de *impuestos*. Se trataría de una remuneración que compensaría a los creadores, como grupo, de las pérdidas que posiblemente sufrirían ante la imposibilidad de ejercer sus *copyrights*.⁸²⁷ Vemos aquí una clara influencia de lo que en el ámbito del *droit d'auteur* se ha llamado “derechos de remuneración compensatoria”,⁸²⁸ aunque Fisher hace una pequeña variación, para incardinarse más al ámbito de las contribuciones que al de las obligaciones civiles nacidas *ex lege*.

Al preguntarse qué gravar para recaudar el dinero, Fisher analiza dos opciones: aumentar el impuesto sobre la renta (alrededor de \$27.00 dólares anuales más por hogar), o crear un impuesto a los bienes y servicios que sirvan para acceder a música y películas. La opción del *impuesto sobre la renta* tiene la ventaja de su eficiencia (no se tendría que incurrir en costos administrativos adicionales para recaudarlo) y no afectaría mucho el comportamiento de los contribuyentes. Sin embargo, su desventaja sería lo impopular de la medida: muchas personas que pagarían el impuesto no se beneficiarían de él, por no ser asiduos consumidores de música o películas; otros, principalmente en los países en desarrollo, alegarían que esos fondos deberían destinarse a necesidades sociales más urgentes, como salud, educación, combate a la pobreza, etcétera (esto nos demuestra que Fisher tiene una visión mucho más cosmopolita y menos anglocentrista que la de Lesig); y, sobre todo, muchos se opondrán a que con su dinero se financiaran obras que consideraran ofensivas, como creaciones violentas, pornografía, música misógina, etcétera.⁸²⁹

⁸²⁵ Fisher III, William W, *Promises to keep. Technology, law, and the future of entertainment*, California, Stanford University Press, 2004, p. 203.

⁸²⁶ *Ibidem*, pp. 203-205, y 241.

⁸²⁷ *Ibidem*, pp. 205-208.

⁸²⁸ Sobre estos derechos, *cfr.* el subcapítulo V, número 3, del capítulo segundo de la presente investigación.

⁸²⁹ Fisher III, William W, *op. cit.*, nota 825, pp. 216 y 217.

Por lo anterior, e influenciado por Netanel, Fisher se inclina por un impuesto a los bienes y servicios que se usan para acceder a música y películas, el cual gravaría: (a) el equipo para reproducir obras en formato digital, (b) los medios de almacenamiento de esas copias, (c) los servicios de acceso a Internet —siendo esta la principal fuente de estos ingresos—, y (d) los sistemas P2P y otros servicios para compartir archivos. Como consecuencia, este impuesto no lo pagarían los contribuyentes en general, sino sólo los consumidores en proporción a la adquisición que realicen de los bienes y servicios gravados, cuyas tasas impositivas variarían.⁸³⁰ Aunque este sistema afectaría principalmente a los productores y prestadores de servicios, las tarifas no serían exorbitantes, además de que es común gravar ciertas clases de productos o servicios en particular.⁸³¹

La repartición de lo recaudado se haría en forma proporcional al éxito de las obras en el mercado, de manera que las obras más consumidas serían las que se beneficiarían más de este impuesto. Desde luego, esto no se puede hacer de manera 100% precisa, pero sí con estimados bastante aproximados.⁸³²

Posteriormente, Fisher explica que los autores y productores extranjeros podrían beneficiarse de este sistema, si hacen sus respectivos registros en EUA, con independencia de que en el país de origen de la obra exista o no un sistema semejante de derechos de remuneración.⁸³³ Según el autor en glosa, si el sistema estadounidense produce las ventajas que se esperan de él, podría asumirse que muchos países adoptarían sistemas similares con base a sus oficinas nacionales y, eventualmente, se podría llegar a una oficina de registro mundial.⁸³⁴ De nueva cuenta, se observa la visión más global de Fisher.

Para implementar este sistema en EUA, Fisher señala que sería tan fácil como hacer un añadido al artículo 107 de la *Copyright Act* (relativo al *fair use*) que permitiera a cualquiera la reproducción y comunicación pública de fijaciones sonoras y audiovisuales por medios digitales, así como la creación de obras derivadas registradas bajo este esquema.⁸³⁵

Asimismo, Fisher reconoce que este sistema violaría el Convenio de Berna y el ADPIC, por lo que para su implementación se requerirían ciertas reformas y modificaciones a esos tratados para que el esquema propuesto fuera viable.⁸³⁶ De igual forma, el académico en glosa no encuentra ninguna

⁸³⁰ *Ibidem*, pp. 217-223.

⁸³¹ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

⁸³² *Ibidem*, pp. 223-228.

⁸³³ *Ibidem*, p. 245.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 251.

⁸³⁵ *Ibidem*, pp. 246 y 247.

⁸³⁶ *Ibidem*, pp. 248 y 249.

traba constitucional a su propuesta, pues si bien es cierto que la quinta enmienda prohíbe la expropiación sin justa compensación, y si bien el *copyright* es un derecho de propiedad, en el presente caso existiría una justa compensación que haría válida la reforma a la ley.⁸³⁷

Una vez expuestos los principales puntos de la propuesta de Fisher, pasaremos a someterla a análisis.

En *primer lugar*, destaca que es una aportación bastante equilibrada y que busca afectar en la menor medida de lo posible a todos los sectores involucrados. Esto la desmarca de la mayoría de las demás propuestas analizadas en los apartados previos, las cuales buscan, primordialmente, beneficiar a los usuarios de obras, sin darle mayor importancia a los demás sectores afectados.

En *segundo lugar*, también supera el anglocentrismo y provincialismo de las otras propuestas, pues aunque está enfocada a su implementación en EUA, toma en cuenta lo que sucede en el resto del mundo, respeta la tradición jurídica de las demás países y no busca imponer su visión propia de los derechos de autor.

En *tercer lugar*, Netanel y Fisher abrevan de las figuras jurídicas propias del derecho intelectual, adaptándolas a las nuevas necesidades. Como explicamos en el capítulo cuarto del presente trabajo (subcapítulo II), “non-voluntary licenses have for a long time been an important instrument in balancing the private interest of the right holder with the public interesting the dissemination of knowledge”.⁸³⁸

Inclusive, desde un *punto de vista iusfundamental*, la propuesta de Fisher sale bien librada a la luz de los instrumentos internacionales en la materia, sobre todo en lo que se refiere al derecho a la protección jurídico-autoral. En efecto, como vimos en el capítulo tercero de la presente investigación (subcapítulo V, número 6, letra C) y en la opinión del Comité DESC,⁸³⁹ la protección de los intereses materiales de los autores exigida por el derecho humano a la protección jurídico-autoral, no necesariamente debe lograrse con derechos exclusivos, sino que puede alcanzarse mediante derechos de remuneración o el pago a los autores de determinadas cantidades de dinero. Así las cosas, la propuesta examinada cumple con a DUDH, el PIDESC, la Declaración de Bogotá y el Protocolo de San Salvador.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 249.

⁸³⁸ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 154.

Mientras que Kur indica: “From a European viewpoint, however, legal limitations compensated by remuneration due to the authors and/or right holders are considered as a welcome and useful mechanism for fine-tuning the balance between protection and free use”. Kur, Annette, *op. cit.*, nota 146, p. 12.

⁸³⁹ Observación general 17, párrafo 16.

Sin embargo, si hacemos el análisis a *nivel constitucional*, la propuesta sería inviable en muchos países. En efecto, si bien Fisher demuestra plausiblemente que su propuesta no contraviene la Constitución de EUA, existen varios estados cuyas constituciones expresamente señalan que la protección económica a los autores debe tomar la forma de derechos exclusivos o derechos de “propiedad”, como sucede con Argentina o Costa Rica.⁸⁴⁰ Por ende, la propuesta de Fisher no sería viable en principio en esos países, máxime que está destinada a lo que será (o incluso puede argumentarse que ya es) el principal ámbito de utilización de las obras: el digital.

En el caso de México, como ya explicamos,⁸⁴¹ se puede argumentar que nuestra Constitución no exige que los privilegios a los autores y artistas tomen la forma de derechos exclusivos, por lo que un sistema de derechos de remuneración no presentaría, por sí mismo, problemas de constitucionalidad. Por lo que se concluye que, al menos en México, un sistema de derechos de remuneración sería *válido* a la luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos.

No obstante todo lo ya dicho, y a pesar de ser iusfundamentalmente aceptable, un sistema de derechos de simple remuneración presenta otro tipo de inconvenientes que hay que considerar.

De entrada, se advierte que las propuestas aquí analizadas implican restringir las facultades de reproducción y de comunicación pública,⁸⁴² por lo que tales restricciones deberían aprobar la *regla de los tres pasos*. En principio, autorizar legalmente la comunicación y reproducción pública no comercial de obras musicales y audiovisuales en redes P2P podría considerarse un “caso especial”, por lo que cumpliría con el primer paso de la regla.⁸⁴³ Empero, las propuestas de Fisher y Netanel probablemente no aprobarían el segundo paso, por afectar seriamente el mercado de las obras en Internet.⁸⁴⁴ Aunque puede considerarse que si el sometimiento a este sistema de restricciones es voluntario por parte del autor, en ese caso podría considerarse válida la medida.

Ante esto, la solución jurídicamente razonable (como reconoce el propio Fisher), sería modificar el Convenio de Berna y el ADPIC, para permitir introducir esos derechos de simple remuneración.⁸⁴⁵ Sin embargo, ese

⁸⁴⁰ Véase el subcapítulo III del capítulo tercero del presente trabajo.

⁸⁴¹ *Idem*.

⁸⁴² Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 160.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 164.

⁸⁴⁴ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, pp. 259 y 264; y Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 166.

⁸⁴⁵ Mazziotti, Giuseppe, *op. cit.*, nota 318, p. 259; y Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 151.

cambio en el Convenio de Berna requeriría unanimidad de votos, lo cual se antoja prácticamente imposible de lograr.

De igual manera, existen otra serie de inconvenientes prácticos, pues las propuestas estudiadas, al basarse exclusivamente en la voluntad del titular de derechos, muchos elegirán continuar con el modelo de derechos de explotación, tal cual existe hoy en día. Esto significa que, para un número considerable de obras, el problema seguiría igual y no se resolvería.

Por consiguiente, al igual que en el caso de *Coloriuris*, la debilidad de este sistema radica en que su funcionamiento depende de la voluntad de los titulares de derechos de explotación, por lo que *si estos desean seguir conservando sus derechos de explotación (y hay buenas razones para ello) los sistemas propuestos no funcionarían y, por ende, no se resolvería el problema.*

Asimismo, como el propio Peukert reconoce,⁸⁴⁶ la elección de a cuál sistema pertenecer, y los cambios entre un sistema y otro, puede complicar las cosas y hacer poco funcional el modelo.

También se critica que los derechos de remuneración son más débiles que los derechos de explotación, dejando en peor situación a su titular en caso de una violación, como nos refiere Von Lewinski:

Although statutory remuneration rights may be the best solution for some kinds of uses, such as private reproduction, it seems short-sighted to claim a protection system based on remuneration rights only rather than exclusive rights. Exclusive rights allow at least to stop ongoing illegal use, while remuneration rights are much weaker: where the remuneration is not equitable or is not even paid at all, it means that no protection in fact exists at all.⁸⁴⁷

En términos semejantes, Guibault explica que el problema de los derechos de remuneración es que, a diferencia de las licencias negociadas, el monto es impuesto por el legislador, y no siempre refleja el valor de mercado de la obra.⁸⁴⁸ Mientras que Jalife estima que, aunque debe revisarse a fondo el actual sistema de derechos de autor, debe mantenerse “el ADN de exclusividades que define su génesis y destino”.⁸⁴⁹

Intentando superar las críticas a los modelos propuestos por Fisher y Netanel, Peukert propone un sistema (al que llama “bipolar”) en donde se le concedan al titular derechos de remuneración, sólo si no pone medidas tecnológicas de protección y elige no ejercer sus derechos de explotación.

⁸⁴⁶ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, pp. 178 y ss.

⁸⁴⁷ Von Lewinski, Silke, nota 489.

⁸⁴⁸ Guibault, Lucie, *op. cit.*, nota 352, p. 231.

⁸⁴⁹ Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 478, p. 23.

Lo interesante de esta propuesta, es que no viola el derecho internacional (ni la regla de los tres pasos, ni la obligación de proteger medidas tecnológicas), pues las restricciones a los derechos de explotación no son impuestas por ley, sino adoptadas libre y voluntariamente por el titular de derechos.⁸⁵⁰

Esta propuesta es muy interesante y lúcida. De entrada, es muy equilibrada; retoma el núcleo del argumento de *Creative Commons*, pero lo hace menos tramposo, pues aunque se basa en la elección por parte del autor, no es una elección de lucrar o dejar la obra para usos gratuitos, sino para *elegir el mejor modelo para obtener ingresos* (derechos de explotación o derechos remuneración), es decir, el autor no se abstiene de obtener beneficios materiales por su obra. Por lo tanto, esta propuesta de Peukert cumple con PIDESC y otros instrumentos de derechos fundamentales (pues protege los intereses económicos de los creadores), y respeta el Convenio de Berna y el ADPIC (pues el legislador no está imponiendo restricciones al derecho de explotación, sino que la cuestión queda a la voluntad del autor).

Sin embargo, la principal crítica a la propuesta de Peukert es de índole práctico: muchos no elegirán el sistema de derechos de remuneración, y seguirán ciñéndose a los derechos de explotación, como sucede en la actualidad, lo cual no soluciona la problemática que hemos expuesto en el presente capítulo, en particular, los casos en que las exigencias de otros derechos humanos (como el derecho a la información o a la cultura) que choquen con los derechos de explotación.

En conclusión, si bien las propuestas aquí analizadas son satisfactorias desde un punto de vista iusfundamental (al menos en México y algunos otros países), y superan por mucho otras propuestas como *Creative Commons*, la abolición de los derechos de autor o su minimización, no terminan de resolver muchos de los inconvenientes prácticos y jurídicos, en particular, porque se deja a la voluntad del titular la subsistencia o no de derechos de explotación.

G. Conclusiones sobre las principales propuestas

Del estudio realizado en los apartados previos, podemos concluir que ninguna de las propuestas hechas por los críticos resulta del todo satisfactoria para resolver la problemática de los derechos de explotación en Internet cuando hay una colisión con ciertos derechos humanos.

Inclusive, las únicas propuestas acordes con el derecho humano a la protección jurídico-autoral (*Coloriuris* y la relativa a la creación de un siste-

⁸⁵⁰ Peukert, Alexander, *op. cit.*, nota 535, p. 169.

ma basado en derechos de remuneración o figuras similares), no satisfacen las exigencias de otros derechos fundamentales, como el derecho a la información o el derecho a la cultura, debido a que dependen de la mera voluntad del titular de derechos de explotación. Eso sin mencionar los problemas prácticos y la contravención a otros instrumentos internacionales que enfrenta la propuesta de los derechos de remuneración.

Así las cosas, debemos poner los ojos en otra clase de propuestas, cuyo principal reto es ser *respetuosas con todos los derechos humanos involucrados (en la mayor medida de lo posible)*, tanto los derechos fundamentales de los autores como los de los usuarios de obras.

En el siguiente apartado formulamos nuestra propuesta, la cual no sólo es más completa y equilibrada que todas las reseñadas previamente, sino que también retoma herramientas propias de la teoría general de los derechos humanos (la cual estudiamos en el capítulo primero del presente trabajo) para hacerla lo más jurídicamente viable que se pueda.

Como corolario a este apartado, es pertinente citar a Drassinower, para quien la frase “derechos de autor y derechos humanos”, refleja una aspiración y un imperativo. La aspiración de que la problemática que hemos venido apuntando se resuelva mediante el razonamiento jurídico, y no mediante meras ideologías que se limitan a elegir entre uno u otro. El imperativo de que la solución sea jurídica, no mediante la imposición de ideologías.⁸⁵¹ En igual sentido, reconociendo todos los intereses involucrados, Morales Montes nos recuerda y advierte: “El acceso a la cultura y la demanda social de estar informada deben ponerse en la balanza para no afectar los derechos fundamentales de los autores, pero creo, lo más importante es que seamos sensibles y conscientes sobre esta situación para no sacrificar la labor creativa”.⁸⁵²

V. EL MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE RESTRICCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN COMO SOLUCIÓN VIABLE

Nuestra tesis principal es que los retos que la tecnología digital le ha impuesto a los derechos de explotación (y su correlativa tensión con diversos derechos humanos) pueden solucionarse mediante el perfeccionamiento de la figura de las restricciones al derecho de explotación.

⁸⁵¹ Drassinower, Abraham, “Exceptions properly so-called”, en Drassinower, Abraham, y Gendreau, Ysolde (coords.), *Langues et droit d'auteur / Language and copyright*, Canadá, Yvon Blais, 2009, p. 223.

⁸⁵² Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 8, p. 231.

Partimos de la base que la situación actual de los derechos de explotación en Internet no respeta a cabalidad el derecho a la cultura y otros derechos humanos (como hemos visto a lo largo del presente capítulo),⁸⁵³ así como que las restricciones a los derechos de explotación son una figura jurídica que ha servido, en gran medida, para compatibilizar la protección a los autores con las necesidades de los usuarios de obras,⁸⁵⁴ a pesar de que en la actualidad el sistema de restricciones no ha podido dar respuesta adecuada a muchos de los retos.⁸⁵⁵

De esta forma, más que destruir el sistema de derecho autoral (ignorando los derechos humanos de los autores) o transformarlo de raíz, propugnamos por su mejoramiento para satisfacer, en la mayor medida de lo posible, todos los intereses involucrados (y cumplir así con el mandato de optimización derivado de todos los derechos humanos en juego).⁸⁵⁶ Por

⁸⁵³ En general, 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. 47; Drassinower, Abraham, “A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, pp. 20 y 21; Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 15; Senftleben, Martin, *op. cit.*, nota 178, p. 136; y Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 169, p. XX.

Respecto de este tema, Vela nos indica: “Una amplia literatura sostiene que los derechos de PI se han expandido sin precedentes en las últimas décadas”. Vela Treviño, Carlos A., “Concesión de licencias obligatorias en casos de abuso del derecho de autor en materia de bienes informacionales: explorando dos vías posibles para México”, en Ojeda, Lucía, Roldán, José, y Santos, Luis, *Propiedad intelectual y competencia económica*, México, Porrúa, ITAM, ANADE, 2010, p. 211.

⁸⁵⁴ Sobre esto, *cf.* los subcapítulos I y X, número 1, letra D, subíndice c, del capítulo cuarto del presente trabajo.

⁸⁵⁵ Respecto de este tema, explica Geiger: “freedom of expression is still not sufficiently taken into account by the current copyright laws: exceptions are often still inadequate, particularly exceptions for teaching and research purposes, as well as for informational and creative purposes are still lacking. Moreover, they are still, too often, narrowly interpreted and may be ‘disabled’ through technical measures”. Geiger, Christophe, “The influence (past and present) of the Statute of Anne in France”, en Bently, Lionel, Suthersanen, Uma, y Torremans, Paul (coords.), *Global copyright. Three hundred years since the Statue of Anne, from 1709 to cyberspace*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 134.

⁸⁵⁶ En este sentido, hacemos nuestras las palabras de Von Lewinski cuando dice: “Accordingly, it is a matter of fine-tuning and continuously adapting these parameters to new factual circumstances rather than questioning the entire system of protection”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 592.

Asimismo, Bottis y Spinello explican que no tiene sentido debilitar el sistema de derechos de autor y reducir la protección a la mínima expresión, cuando con figuras como las restricciones al derecho de explotación y la no protección de las ideas, se puede lograr el equilibrio y salvaguardar los intereses involucrados. véase Bottis, María, y Spinello, Richard A., *op. cit.*, nota 526, p. 188.

tal razón, Drassinower explica que una visión de los derechos de autor basada en derechos fundamentales, sirve para proteger tanto los derechos de los autores como los derechos del público, con base a nociones de dignidad.⁸⁵⁷

Dos son los aspectos de esta propuesta que pudieran llamar la atención: (a) es una respuesta equilibrada o moderada frente a un debate caracterizado por los extremismos,⁸⁵⁸ y (b) por otro lado, pretende echar mano de una figura venida a menos —pero muy útil—, como lo es las restricciones al derecho de explotación.

En efecto, en los últimos años se ha atacado y pretendido erosionar la figura de las restricciones al derecho de explotación,⁸⁵⁹ tanto por quienes buscan fortalecer los derechos de autor (porque ven en ella una figura ociosa ante la posibilidad de celebrar licencias y cobrar por ellas),⁸⁶⁰ como por quienes buscan minimizar tales derechos (por considerar que es una figura obsoleta, que en poco ayuda a los intereses de los usuarios).⁸⁶¹

Sin embargo, como ya señalamos previamente, las restricciones al derecho de explotación, aunadas a otras de las llamadas “válvulas de escape” (como la dicotomía expresión/contenido), hacen compatibles, en una buena medida, las exigencias de protección a los autores con los derechos humanos contrapuestos.⁸⁶² Como bien dicen Hugenholtz y Okediji, hay que reconocer que las restricciones al derecho de explotación forman parte del núcleo de cualquier sistema de derechos de autor,⁸⁶³ e, incluso, son ahora más importantes dado el crecimiento de los derechos de explotación.⁸⁶⁴ Por tal razón, compartimos en lo esencial la propuesta de Sánchez Ambia sobre la necesidad de adaptar las restricciones al derecho de explotación a la tecnología digital, afirmando que:

⁸⁵⁷ Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 853, p. 21.

⁸⁵⁸ *Cfr.* el subcapítulo IV del presente capítulo (donde se constata que muchos visualizan el problema en términos de una confrontación bélica).

⁸⁵⁹ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 109.

⁸⁶⁰ *Cfr.* el subcapítulo IV, número 1 del presente capítulo.

⁸⁶¹ Véase, por ejemplo, las posturas en contra del *fair use* en la letra B, número 2, subcapítulo IV del presente capítulo.

⁸⁶² *Cfr.* el subcapítulo X, número 1, letra D, subíndice c del capítulo cuarto.

⁸⁶³ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 147, p. 492.

⁸⁶⁴ 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. 299.

Cfr. también Aufderheide, Patricia, y Jaszi, Peter, *Reclaiming fair use. How to put balance back in copyright*, EUA, The University of Chicago Press, 2011, p. 18.

...dicha adaptación, lejos de debilitar al sistema del derecho de autor lo fortalecería y crearía nuevas formas de explotación de las obras en beneficio de los propios autores. Aunado a lo anterior, una adaptación de la norma en ese sentido, devolvería la certeza jurídica al usuario de contenidos y esto tendría como consecuencia la recuperación de la confianza de este en los productores de contenidos y la lógica reactivación del mercado.⁸⁶⁵

Desde luego, y como también ya constatamos, existe una gama de problemas que han quedado sin resolver. Esto se debe, en buena medida, a ciertas deficiencias en las restricciones al derecho de explotación. Empero consideramos que si solucionamos las principales fallas del sistema de restricciones al derecho de explotación, podemos llegar al punto de satisfacer, en la mayor medida de lo posible (y nunca en forma absoluta), las exigencias de todos los derechos humanos involucrados.

Esta es la mejor vía a nuestro entender, ya que no destruye la figura de los derechos de autor (ni la afecta en su núcleo esencial), al tiempo que es respetuosa con el derecho humano protección jurídico-autoral y con los otros derechos humanos, además de que no destruye los instrumentos jurídicos existentes ni el entramado internacional vigente.

A continuación detallamos nuestra propuesta personal para lograr el objetivo aquí planteado.

VI. PROPUESTA DE MEJORAMIENTO AL SISTEMA DE RESTRICCIONES: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DE AUTOR Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según lo ya observado, la vía más sensata para resolver los retos actuales de los derechos de autor es mejorar el sistema de restricciones al derecho de explotación. La pregunta clave es: ¿cómo hacerlo?

En primer lugar, hay que tener presente que los derechos humanos deben ser el eje rector de este sistema de restricciones, es decir, se les debe utilizar tanto para entender el sistema en su conjunto, como para hacer los cambios que se requieran. De hecho, ya vimos que los derechos de explotación de autor encuentran su sustento último en el derecho humano a la protección jurídico-autoral,⁸⁶⁶ mientras que el principal fundamento de las restricciones al derecho de explotación son otros derechos humanos⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 443, p. 39.

⁸⁶⁶ *Cfr.* el subcapítulo VI, número 3 del tercer capítulo del presente trabajo.

⁸⁶⁷ *Cfr.* el subcapítulo I, número 5 del cuarto capítulo.

(primordialmente, los derechos a la información, a la cultura y a la educación).⁸⁶⁸

De esta forma, hoy por hoy, sería reprochable no atender esa dimensión iusfundamental del problema en estudio; y no sólo eso, pues debido a su carácter de normas máximas y supremas, no puede hacerse otra cosa más que privilegiar a los derechos humanos en la búsqueda de una solución aceptable a la problemática contemporánea de los derechos de autor.

Lo anterior significa que siempre, como prioridad, se debe buscar el máximo respeto de *todos* los derechos humanos involucrados: tanto los derechos de los autores como los derechos de los usuarios de obras. Desde luego, esto se hará en la mayor medida de lo posible, dados los mandatos de optimización que entran en juego.

Dicha postura llevará a soluciones más equilibradas, además de que es lo natural en épocas del neoconstitucionalismo.⁸⁶⁹

En segundo lugar, para que este sistema sea viable y aplicable en la práctica, debe implicar el menor cambio posible a los instrumentos jurídicos hoy vigentes; una propuesta de reforma normativa radical sería muy difícil de implementar a nivel político. Por eso, más que un cambio a las disposiciones jurídicas vigentes, la base debe ser un cambio en el *entendimiento* de esas disposiciones.

En el presente apartado hacemos nuestra propuesta de cómo llegar a un mejor sistema de restricciones al derecho de explotación, lo cual realizamos a partir de lo que llamamos *análisis constitucional de la propiedad intelectual*,⁸⁷⁰ y por ende, con herramientas y técnicas del constitucionalismo contemporáneo, tomando como punto de partida el fenómeno de la constitucionalización (el cual explicamos a continuación).

1. *La irreversible constitucionalización de los derechos de autor*

Una de las principales razones para hacer de los derechos humanos el cimiento de un “nuevo” sistema de restricciones al derecho de explotación, es que no podemos desconocer el fenómeno de la *constitucionalización* del

⁸⁶⁸ Igualmente del cuarto capítulo, *cf.* el subcapítulo X.

⁸⁶⁹ Sobre la forma en que el pensamiento neoconstitucionalista domina actualmente la actividad de varios tribunales supremos y cortes constitucionales a lo largo del mundo, *cf.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, pp. 73 y 74; y Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010, pp. 274-276.

⁸⁷⁰ *Cf.* el subcapítulo I, del primer capítulo del presente trabajo.

ordenamiento jurídico, y en particular, la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El régimen jurídico de los derechos de autor y las relaciones jurídicas que de él se derivan no están ajenos a la constitucionalización, por lo que dicho fenómeno debe ser nuestro punto de partida para lograr un mejor entendimiento de las restricciones a los derechos de explotación.

Para fácil referencia del lector, dedicamos las siguientes líneas al fenómeno de la constitucionalización, y su impacto en materia de derechos de autor.⁸⁷¹

Desde hace varias décadas se ha generado el fenómeno (especialmente en Europa y Latinoamérica) conocido como constitucionalización. Este se presenta como un nuevo paradigma en el mundo jurídico, en tanto refuerza y enfatiza el carácter normativo de la Constitución (antes considerada, principalmente, un documento político),⁸⁷² y su necesaria e irremediable influencia en el resto del ordenamiento jurídico y en sus operadores (jueces, autoridades administrativas, abogados, académicos, etcétera). Este concepto nos es explicado de la siguiente manera por Sánchez Gil:

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno producido en el Estado moderno, resultante de su caracterización como “Estado constitucional”, en el cual se da una “especial pretensión de validez (*Geltungsanspruch*)” para la norma fundamental... La consecuencia de esta “nueva” visión es una Constitución cuyas normas influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (aun los ordinarios), la actividad de la administración pública y aun la doctrina jurídica, mediante una acción deliberada de los sujetos que tienen a su cargo dichas funciones, de considerar las disposiciones constitucionales al desempeñar su tarea, para darles efectividad en la máxima amplitud posible. Este fenómeno se hizo notable hasta mediados de los años setenta del siglo pasado, por la jurisprudencia sobre derechos fundamentales.⁸⁷³

⁸⁷¹ Por *constitucionalización de los derechos de autor* no sólo debemos entender la plasmación de la protección a los autores en textos constitucionales (y hasta en tratados de derechos humanos), sino, principalmente, los *efectos jurídicos* que dicha situación trae aparejada, señaladamente en la legislación infraconstitucional y en la decisión judicial de controversias sobre derechos de autor.

⁸⁷² Favoreu, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Chile, Universidad Austral de Chile, vol. XII, núm. 1, agosto 2001, p. 39.

⁸⁷³ Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 23-25.

Cfr. también Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Perspectivas del constitucionalismo moderno”, en Pardo Schlesinger, Cristina, y Parra Dussán, Carlos (coords.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 64.

Por su parte, el jurista brasileño, Luís Roberto Barroso, nos dice que la constitucionalización está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, las cuales tienen un contenido material y axiológico que se irradia por todo el sistema jurídico con fuerza normativa. Los valores, los comportamientos y los fines de carácter público contemplados en los principios y reglas de la Constitución comienzan a condicionar la validez y el sentido de las normas del derecho infraconstitucional.⁸⁷⁴ De ahí que Guastini hable de una Constitución “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal”.⁸⁷⁵

En este sentido, mientras que en el estado de derecho decimonónico, el imperio de la ley regulaba la conducta tanto de particulares y, principalmente, de autoridades, con el fin de evitar arbitrariedades, consolidando el *principio de legalidad* (el llamado *rule of law*); en el estado constitucional de derecho, fruto de la constitucionalización, el papel de la ley lo toma la Constitución, siendo esta la norma máxima de conducta para las autoridades y los particulares, incluyendo al legislador, cuyas leyes se conciben como subordinadas a los mandatos constitucionales. De ahí que podamos hablar ahora del *principio de constitucionalidad*. Como bien indica el jurista francés, Louis Joseph Favoreu: “Las cosas ya no son como antes. La ley era ‘el metro’ supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba antaño del principio de legalidad: hoy, de principio de constitucionalidad”.⁸⁷⁶

Así las cosas, la constitucionalización afecta de la siguiente manera a los actores del estado constitucional de derecho.⁸⁷⁷

⁸⁷⁴ Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 19 y 20.

De hecho, este fenómeno ha venido consolidándose e intensificándose. véase Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, IMDPC, 2006, p. 53.

Asimismo, *cf.* Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, p. 34.

⁸⁷⁵ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 153.

También *cf.* Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *Sobre neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho*, Guayaquil, Edilex, 2011, pp. 52 y 53.

⁸⁷⁶ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, p. 43.

Véase asimismo, Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, “Las contribuciones del neoconstitucionalismo en la teoría política y jurídica contemporánea”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomeró, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 2.

⁸⁷⁷ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 874, pp. 20 y 21.

Cfr. también, Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamen-*

- a) *Al legislador*. La constitucionalización le impone límites a su discrecionalidad para legislar⁸⁷⁸ y le impone ciertos deberes de actuación para realizar los programas y derechos plasmados en la Constitución;⁸⁷⁹
- b) *A la administración pública*. No sólo le impone límites a su actuación y deberes a cumplir, sino que, independientemente de la interposición del legislador ordinario, se destaca la aplicación directa e inmediata de la Constitución;
- c) *Al poder judicial*. Por un lado, le da el parámetro para el control de la constitucionalidad (concentrado y/o difuso), y hasta de la convencionalidad, de los actos de autoridad, y por otro lado, condiciona la interpretación y aplicación de *todas* las demás normas del sistema jurídico;⁸⁸⁰
- d) *A los particulares*. La constitucionalización les fija límites a su autonomía de la voluntad, subordinando sus intereses al respeto de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales.⁸⁸¹

tales y la teoría de los principios, Bogotá, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 873, p. 67.

⁸⁷⁸ De ahí que, como ya se dijo, se suela hablar de un “coto vedado” para el legislador. Entre otros, *cf.* Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 591, p. 37; y Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 875, pp. 213-215.

⁸⁷⁹ Este es el sustento de figuras como la “inconstitucionalidad por omisión”. Para una visión panorámica sobre este tema, *cf.* Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 1 y ss.

⁸⁸⁰ Juan Jacobo Calderón refiere que este efecto irradiador sobrepasa a los jueces y llega, incluso, hasta los tribunales de arbitraje. *Cf.* Calderón Villegas, Juan Jacobo, “Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 113, enero-junio 2007, p. 119.

⁸⁸¹ En este sentido, Zagrebelsky nos explica: “Ya desde antiguo, se advirtió en el ámbito del derecho privado la necesidad de circunscribir la autonomía individual, previéndose para ello la nulidad de los actos jurídicos que contravinieran ‘el orden público’ (...). En la actualidad se va mucho más allá. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados”. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 590, p. 93.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, destaca: “Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir

En sentido, con acierto afirma Hartwig que todos los poderes estatales (legislativo, ejecutivo y judicial) deben obedecer los mandatos de la Constitución (incluido el principio de proporcionalidad) y aplicar el derecho ordinario conforme a las disposiciones constitucionales.⁸⁸²

Ahora bien, para los efectos de la presente investigación, hay dos aspectos de la constitucionalización que vale destacar: la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales y el efecto de irradiación de las mismas.

Respecto de la *aplicabilidad inmediata de normas constitucionales*, podemos decir que es el fenómeno por el que todas las autoridades están vinculadas directamente a la Constitución y sus mandatos, sin necesidad de intermediación legislativa.⁸⁸³ Esto implica que los jueces ordinarios pueden sustentar sus decisiones en la Constitución, incluso con preferencia a lo que diga la ley,⁸⁸⁴ y

su cumplimiento. Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada. La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales. Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado". *Cfr.* "DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN", *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597.

⁸⁸² Hartwig, Matthias, "La 'proporcionalidad' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, y Von Bogdandy, Armin (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I, pp. 785 y 786.

⁸⁸³ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 873, pp. 33 y 34.

Incluso en países como Francia, donde tradicionalmente se ha sostenido que ciertos principios constitucionales no pueden aplicarse con independencia de la ley, ya se ha superado esa postura. *Cfr.* Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, p. 35.

⁸⁸⁴ Una de las técnicas más usuales es la *interpretación conforme* del derecho, por virtud de la cual una disposición normativa debe interpretarse en el sentido que sea más acorde con la Constitución.

lo mismo puede decirse en relación con la administración pública.⁸⁸⁵ Sobre esta situación nos explica Mendoza Escalante:

El conjunto de derechos fundamentales es *derecho vigente* y en cuanto tal, aplicable por los operadores jurídicos y, en particular, por los jueces. Desde luego, esta circunstancia genera una consecuencia importante en la interpretación de todas las ramas del ordenamiento jurídico y, en términos más claros, la resolución de todo tipo de controversia, a *partir o desde los derechos fundamentales* que resulten relevantes en la resolución de las mismas⁸⁸⁶ (énfasis en el original).

Por lo que hace al efecto de *irradiación de las normas constitucionales* (conocido como *Ausstrahlungswirkung*), consiste en que tales normas y sus consecuencias se propagan con la máxima fuerza posible en el derecho ordinario, determinado su contenido y forma de aplicación.⁸⁸⁷ Este fenómeno tiene como uno de sus principales alcances la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkung*),⁸⁸⁸ siendo esta última la punta de lanza del fenómeno de la constitucionalización.⁸⁸⁹

Sobre dicha técnica *cf.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 875, pp. 161 y 162; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 184; Vasconcelos Méndez, Rubén, *Una corte de justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 27 y 28; Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 873, p. 65.

De igual forma, véase las siguientes tesis: Pleno de la SCJN, “INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343; Primera Sala de la SCJN, “CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVIII, noviembre de 2008, p. 215; Segunda Sala, “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN” *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, p. 381.

⁸⁸⁵ “El administrador puede y debe actuar teniendo por fundamento directo la Constitución y, en muchos casos, independientemente de cualquier manifestación del legislador ordinario. El principio de la legalidad cambia, de esa forma, para el principio de la constitucionalidad o, quizá más propiamente, para el principio de la juridicidad, comprendiendo su subordinación a la Constitución y a la ley, en este orden”. Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 874, pp. 50 y 51.

⁸⁸⁶ Mendoza Escalante, Mijail, “La aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado”, en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 166.

⁸⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 877, pp. 43 y ss.; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 873, p. 47; Zavala Egas, Jorge, *op. cit.*, nota 869, pp. 51 y ss.

⁸⁸⁸ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 153; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 873, p. 47.

En tal tenor, nos refiere Favoreu que: “la constitucionalización de los derechos y libertades..., lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas. Pero eso guarda relación también con las instituciones, en especial con las instituciones administrativas y jurisdiccionales”.⁸⁹⁰ Y, desde luego, las relaciones tradicionalmente calificadas como iusprivatistas (como las que predominan en el derecho autor) también quedan sujetas al influjo constitucional.⁸⁹¹

En particular, sobre la regulación jurídica de las relaciones entre particulares, hay que señalar que la vinculación entre Constitución y derecho privado ha pasado por tres etapas diversas. En la *primera etapa*, la Constitución y el derecho privado eran mundos separados, la primera era sólo una carta política que meramente invitaba a actuar a los poderes públicos y su concreción dependía de la voluntad del legislador; mientras que codificación civil era la que regulaba detalladamente, y en forma exclusiva, las relaciones entre particulares.⁸⁹² “Es claro que las Constituciones del siglo XIX carecieron de vínculos materiales con el Derecho privado”.⁸⁹³

Sobre la *Drittwirkung* en México, *cf.* Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597; Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. AUN CUANDO LE ES APLICABLE LA TEORÍA DE LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD, CUANDO GENERA SITUACIONES DE EXCLUSIÓN QUE AFECTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, NO DEBE DESVINCLARSE DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE ÉSTOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2393.

⁸⁸⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 873, p. 47.

⁸⁹⁰ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, p. 40.

En el mismo sentido, Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho privado constitucional en Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 29.

⁸⁹¹ La Constitución, por “estar situada en la cúspide normativa, manifiesta una incidencia en todo el ordenamiento jurídico: también en el Derecho privado”. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 27.

Como bien dicen Bonadio y Pollicino, los derechos de autor tienen una dimensión constitucional. véase Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, *op. cit.*, nota 815, p. 1.

También *cf.* Calderón Villegas, Juan Jacobo, *op. cit.*, nota 880, p. 118; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 153.

⁸⁹² Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 874, pp. 38 y 39.

⁸⁹³ De Angel Yágüez, Ricardo, “Algunas consideraciones previas sobre Constitución y derecho privado”, en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 123.

La *segunda fase* se genera como consecuencia de la desigualdad material que ocasionó el liberalismo y que derivó en el advenimiento del estado social de derecho, empezándose a limitar la autonomía de la voluntad, creándose normas de orden público, protegiéndose a las partes más débiles de las relaciones jurídicas, generándose un dirigismo contractual y apelándose a la noción de solidaridad social.⁸⁹⁴⁻⁸⁹⁵ Este fenómeno es al que el jurista francés, León Duguit, bautizó como “socialización del derecho”.⁸⁹⁶

En la *tercera fase* la Constitución se convierte en un filtro conforme al cual debe leerse el derecho privado, imponiendo contenidos materiales a la regulación privatista, destacándose la importancia que se le da a la dignidad humana.⁸⁹⁷ Puede decirse que esta etapa es un desarrollo o profundización de los postulados planteados en la etapa previa.

Desde luego, pueden mencionarse otras facetas y aspectos de la constitucionalización del derecho, pero los aquí expuestos son más que suficientes para comprender el fenómeno y para poder avanzar en el estudio de sus implicaciones en materia de derechos de autor.

Como ya vimos, la constitucionalización es un fenómeno que impacta directamente en el derecho ordinario, así como en la labor de los jueces; lo cual no excluye al instituto de los derechos de autor (o de la llamada propiedad intelectual en general). Bien apunta Barroso lo siguiente:

En ese ambiente, la Constitución empieza a no ser considerada sólo como un sistema en sí mismo —con su nuevo orden, unidad y armonía— sino como una nueva manera de mirar e interpretar todas las demás ramas del derecho. Dicho fenómeno, denominado por algunos autores como filtraje constitucional, consiste en que todo orden jurídico debe ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, a manera de implementar los valores en ella consagrados. Conforme a lo señalado anteriormente, la constitucionalización del derecho infraconstitucional no tiene como su característica principal la inclusión en la ley mayor de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ Barroso, Luíís Roberto, *op. cit.* nota 874, p. 40.

⁸⁹⁵ Como apostilla, hay que mencionar que esta situación es ampliamente conocida en materia de derechos de autor, en donde encontramos consagrada esta corriente, principalmente en el ámbito contractual, en la que hay una concepción tutelar a los intereses del autor. Sobre esto remitimos al lector al subcapítulo V, número 2, letra E del capítulo segundo del presente trabajo.

⁸⁹⁶ Véase, Duguit, León, *Las grandes transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón*, México, trad. de Carlos G. Posada, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 15 y ss. Asimismo, *cf.* De Buen, Néstor, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 116 y ss.

⁸⁹⁷ Barroso, Luíís Roberto, *op. cit.* nota 874, pp. 40 y 41.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 34.

Así, en la actualidad, la Constitución tiene una fuerte influencia en la creación y, sobre todo, en la interpretación e integración de las normas de derecho autoral,⁸⁹⁹ ya que esta disciplina no es inmune al proceso de constitucionalización que inunda las demás ramas del derecho.⁹⁰⁰ Por lo tanto, dado el fenómeno de la constitucionalización del derecho, existe una incidencia de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas reguladas por los derechos de autor.⁹⁰¹

Hoy por hoy, los derechos de autor deben pasarse por ese filtrado o prisma constitucional.⁹⁰² De ahí que todo gran problema que se presente en materia de derechos de autor, debe tomar en cuenta los derechos humanos involucrados:⁹⁰³ desde el derecho a la protección jurídico-autoral hasta los derechos a la cultura, a la información y a la educación, principalmente. Por consiguiente, *todo problema de derechos de autor implica, en última instancia, un problema de derechos humanos.*

Desde luego, esta constitucionalización de los derechos de autor impone ciertos límites a poder decisorio del *legislador* ordinario. Al existir un derecho humano a la protección jurídico-autoral, dicha protección es algo que se encuentra en el dominio de las cosas que no se pueden decidir que no, y por tanto, el Estado debe conceder un mínimo de protección a los autores, sin que sean admisibles políticas públicas que abiertamente decidan negar tal protección o tiendan a ocasionar la renuncia a esa tutela (lo que hace que el derecho humano a la protección jurídico-autoral sea un verdadero *coto vedado* para el legislador). Empero, los otros derechos humanos involucrados también restringen la libertad del legislador al momento de regular la materia, en tanto deben ser igualmente observados en la mayor medida de lo posible, constituyendo también un coto vedado.

⁸⁹⁹ La Constitución “se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de aquélla, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos”. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *op. cit.*, nota 891, pp. 163 y 164.

⁹⁰⁰ “Las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento común de las distintas ramas del derecho (produciéndose el fenómeno incontestablemente a velocidades diferentes según las materias)”. Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, pp. 41 y 42.

⁹⁰¹ Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 169, p. 430.

⁹⁰² De la Parra Trujillo, Eduardo, “La constitucionalización de los derechos de autor”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 15, 2010, p. 19.

⁹⁰³ En este sentido, Ribeiro explica que toda norma jurídica (incluyendo las legales y las jurisprudenciales) está condicionada a su interpretación a la luz de los principios iusfundamentales. Cfr. Ribeiro Moreira, Eduardo, “Neoconstitucionalism and theory of interpretation”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, 2009, p. 359.

Pero además, no sólo se imponen prohibiciones al legislador ordinario, sino también ciertos deberes positivos, que se traducen en la realización de una serie de medidas para proteger los intereses económicos y morales de los autores (y hacer *efectiva* esa protección).

En otro orden de ideas, la constitucionalización de los derechos de autor no sólo afecta al legislador, sino también a los *jueces* (incluyendo los ordinarios) y demás autoridades facultadas para interpretar la ley autoral. Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, en la actualidad las responsabilidades y facultades de los jueces son mayores que en otras épocas, siendo estos los garantes de los valores y fines previstos en la Constitución (incluyendo los bienes tutelados por los derechos humanos).

De esta forma, si la protección de los autores es algo ordenado por las constituciones y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es evidente que los jueces deben guiar su conducta con base a esos fines iusfundamentales y optimizar esa protección en beneficio de los autores (debiendo, a su vez, también proteger los otros derechos humanos involucrados). Por consiguiente, en caso de así requerirlo el asunto, los jueces deben, incluso, aplicar directamente los derechos humanos a la par de la legislación autoral.⁹⁰⁴

En particular, la interpretación y aplicación de las leyes de derechos de autor deben basarse en ese mandato de optimización, el cual únicamente puede dejar de ser observado (que no anulado) cuando otro valor constitucional o derecho fundamental requiera lo contrario, previa ponderación y sin atentar contra el contenido esencial de los derechos humanos de los autores.⁹⁰⁵ Como bien indica Belloso, los derechos fundamntales cada vez se aplican más a los conflictos entre particulares para limitar los derechos de autor.⁹⁰⁶

Así las cosas, en toda controversia en materia de derechos de autor, los tribunales no deben limitarse a *aplicar e interpretar* las leyes sobre derechos de autor, sino también deben servirse de la Constitución y los tratados de derechos humanos, procurando hacer efectivos, al máximo, todos los derechos fundamentales que resulten relevantes⁹⁰⁷ (dentro de lo jurídica y fácticamen-

⁹⁰⁴ “Tratándose de un derecho casuísticamente normado como el derecho privado, esto no excluye esa aplicación, sino que se integran, conjuntamente las normas de derecho privado y las normas de derechos fundamentales relevantes, como material normativo a aplicarse al caso”. Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 886, p. 166.

⁹⁰⁵ Sobre la garantía del contenido esencial, *cf.* la obra de Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

⁹⁰⁶ Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 153, p. 87.

⁹⁰⁷ En este sentido, Silva García y Silva Meza advierten que de no tomarse en cuenta los derechos fundamentales por el juzgador u órgano resolutor, se corre el riesgo de que en el

te posible). Por tanto, los derechos humanos no sólo son criterios hermenéuticos que ayudan a interpretar las normas ordinarias de las leyes autorales y a integrar sus lagunas, sino que son de aplicación directa por el juez u órgano resolutor de la controversia, por lo que no pueden ser soslayados.⁹⁰⁸

Inclusive, estas ideas han gozado de aceptación por parte de los más altos tribunales mexicanos. Tal es el caso de lo afirmado por el Pleno de la SCJN en el más destacado asunto de derechos de autor que le ha correspondido resolver, donde afirmó lo siguiente:

El principio de unidad del ordenamiento jurídico, en conjunción con la fuerza normativa de la Constitución, genera que el orden de principios y valores reconocidos en sus disposiciones *difunda sus efectos* a todo el ordenamiento jurídico secundario, *haciendo posible que los contenidos constitucionales presenten un importante dominio en la actividad interpretativa de los órganos jurisdiccionales*⁹⁰⁹ (énfasis añadido).

De tal manera que, como nos explica Papadopoulou, el derecho constitucional se erige como un cuerpo de normas de importancia superior, que sirve para aplicarse en materia de derechos de autor con el fin de evitar que la legislación autoral pueda producir resultados contrarios al contenido esencial de los derechos humanos.⁹¹⁰

Inclusive, como consecuencia del caso *Radilla* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestro país está rigiendo un control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad de los actos de au-

amparo directo se declare inconstitucional tal resolución, por no tomar en cuenta algún derecho fundamental transgredido, incluso desde que se realizó la relación de derecho privado. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 884, p. 127.

Se observa aquí que estos juristas mexicanos están retomando la tesis de Jürgen Schwabe sobre la *drittwirkung*, en la que los derechos fundamenales sólo obligan al Estado, pero repercuten en las relaciones privadas en la solución judicial de controversias.

⁹⁰⁸ Al hablar del efecto normativo de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Mijail Mendoza nos explica: “La forma en que se despliega ese efecto normativo es directa, en la medida que el derecho fundamental constituye una norma de conducta entre particulares. Se trata aquí de la aplicación de la norma de derecho fundamental, situación que debe ser distinguida de la función interpretativa e integrativa de estos derechos. En la función interpretativa, los derechos fundamentales imponen interpretar la norma privada (y, en general, cualquiera infraconstitucional) de conformidad con aquéllos. En la función integrativa se desempeñan, más bien, como normas de clausura”. Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 886, p. 207.

⁹⁰⁹ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia del 16 de abril de 2007, p. 15 (caso *Regalías*).

⁹¹⁰ 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. 281.

toridad, por lo que toda clase de autoridades (incluyendo jueces ordinarios) deben dejar de aplicar las leyes y demás normas jurídicas ordinarias que vayan en contra de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados.⁹¹¹ De manera que las autoridades no sólo están facultadas, sino obligadas, a darle prioridad al derecho humano a la protección jurídico-autoral frente a lo que diga la LFDA.

Todo lo antes dicho nos servirá de marco de referencia para entender el sentido en el que avanza el sistema de restricciones al derecho de explotación en nuestra propuesta, así como la metodología e instrumentos teóricos utilizados.

2. *Un sistema mixto de restricciones a los derechos de explotación como una exigencia iusfundamental*

En el capítulo cuarto del presente trabajo (subcapítulo IV) vimos que los sistemas de restricciones a los derechos de explotación pueden ser abiertos o cerrados; siendo lo común que los sistemas abiertos pertenezcan al ámbito del *common law* y los cerrados a la familia *nerromanista*.

Cabe entonces hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo debe ser el nuevo sistema de restricciones al derecho de explotación en México: abierto o cerrado?

Si partimos de la base de que este nuevo sistema debe ser respetuoso con las normas iusfundamentales (no podría ser de otra manera) y debe tratar de maximizar *todos* los derechos humanos involucrados (en la mayor medida de lo posible), llegamos a la conclusión de que un sistema cerrado difícilmente puede dar una respuesta cabal.

El hecho de que cualquier restricción deba estar en un catálogo formal y materialmente legislativo, de carácter limitativo, se traduce en que no todos los casos en que se requiera restringir el derecho de explotación (por exigencia de la Constitución o de los tratados sobre derechos humanos) existirá tal restricción en ley. El órgano legislativo, por más que quiera hacer un listado exhaustivo y omnicompreensivo de las restricciones al derecho de explotación, difícilmente podrá prever todas las hipótesis relevantes. Esto es fácilmente constatable en un ejercicio de comparación legislativa, pues existe una diversidad de restricciones al derecho de explotación que varían de país en país. Muchas restricciones destacables (y probablemente necesarias) se prevén en la ley de un país, pero no se contemplan en la de otro país. Particularmente, en el caso de México, según vimos en el capítulo cuarto

⁹¹¹ Véase *infra*, nota al pie 961.

de la presente investigación, nuestra LFDA omite importantes restricciones, como la parodia, los usos con fines educativos, las restricciones para discapacitados, o las utilizaciones incidentales de obras.

Inclusive, bajo el supuesto de que algún *super-legislador* haya podido crear un listado que contemple absolutamente todas las restricciones al derecho de explotación que sean necesarias para respetar los derechos humanos, el vertiginoso cambio tecnológico del mundo actual, puede hacer obsoleto ese catálogo legal de la noche a la mañana. Los legisladores no tienen bolas de cristal, y es imposible prever los derroteros y problemáticas que en el futuro (incluso inmediato) generará el uso de obras. Si el legislador es diligente (lo cual no es común, y menos en México) lo procedente sería reformar inmediatamente la ley para incluir las nuevas restricciones que fueran necesarias, y como es sabido, los procesos parlamentarios (sobre todo si son serios) toman algún tiempo; lapso durante el cual se estarían afectando derechos humanos. Peor aun, en los casos (muy comunes) en que los legisladores están más preocupados por sus intereses políticos y no por la protección de los derechos fundamentales, se deja la cuestión de la actualización de las restricciones al derecho de explotación en los últimos lugares de las agendas parlamentarias (eso, si no es el caso de que en la agenda ni siquiera se contemple el tema). Además, hay que sumarle que el tema de las restricciones a los derechos de explotación es muy controversial, por lo que, siempre, hacer una regulación sobre el particular implica afectar unos intereses y beneficiar otros, lo que se traduce en un intenso cabildeo legislativo y la correlativa lucha de poder por parte de los sectores involucrados.

El caso de nuestro país es muy ejemplificativo de esta cuestión. A pesar de que el catálogo de restricciones de la LFDA data de 1996, en más de 15 años no ha existido una sola modificación para adecuar las restricciones a los (muchos) cambios tecnológicos y de consumo de contenidos que se han verificado en estos años.⁹¹²

Así las cosas, resulta que los sistemas cerrados de restricciones al derecho de explotación no atienden todas las exigencias de los derechos humanos que pudieran ser relevantes, y por ende, *no es la clase de sistema más aceptable desde un punto de vista iusfundamental*.

Para demostrar estas aseveraciones, y a guisa de ejemplo, veamos lo que acontece en México con la figura de la parodia, a la luz de la LFDA y de la Constitución.

⁹¹² Sólo han existido meras iniciativas de ley que han buscado desaparecer, o al menos acotar, la copia privada; así como también destaca la iniciativa de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet de 2009.

Del análisis de la ley autoral, se puede apreciar que la parodia no está contemplada como restricción al derecho de explotación, lo que significa que, al ser una obra derivada,⁹¹³ su difusión requiere de la autorización del titular de la facultad de transformación, en términos de los artículos 78 y 27, fr. VI, de la LFDA. ¿Qué nos dicen los derechos humanos sobre el particular? ¿La parodia debe ser o no una restricción al derecho de explotación? Comencemos por ubicar los derechos humanos involucrados.

En primer lugar, y como es lo normal en la LFDA, tenemos al derecho humano a la protección jurídico-autoral,⁹¹⁴ el cual exige la máxima protección posible a los intereses económicos de los autores. En este sentido, ese derecho fundamental opera en favor de que la parodia esté controlada por el derecho de explotación, y no quede amparada por una restricción, en tanto lo más conveniente para el autor es que pueda autorizar y, sobre todo, cobrar, por cualquier clase de obra derivada, incluida la parodia.

En segundo lugar, se suele reconocer al derecho a la información y al derecho a la cultura como los principales fundamentos de la parodia como restricción al derecho de explotación.⁹¹⁵ Para efectos del presente ejemplo y para no complicarnos demasiado, sólo utilizaremos el derecho a la información. Como observamos en el capítulo cuarto, el derecho a la información es la versión moderna y aumentada de la tradicional libertad de expresión, consistente en la facultad de buscar, recibir o difundir información (incluyendo informaciones subjetivas, tales como opiniones e ideas), por cualquier medio o procedimiento, incluso de manera artística. Por tanto, este derecho humano opera en el sentido de que la parodia sea una restricción al derecho de explotación, pues facilita la emisión y recepción de opiniones críticas, sirviéndose de una obra preexistente en forma gratuita y desembarazada.

Se observa una colisión de derechos humanos en cuanto a cómo debe regularse a parodia.⁹¹⁶ ¿Cuál debe prevalecer? Apliquemos un examen de

⁹¹³ Sobre esto, véase 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.

⁹¹⁴ Ya sabemos que este derecho fundamental está previsto en los artículos 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador, ambas normas supremas de nuestro país, en términos del artículo 133 constitucional. Se puede alegar también que del artículo 28 constitucional se desprende una norma iusfundamental implícita que establece el referido derecho.

Para más detalles sobre el fundamento y alcance de este derecho, *cfr.* el subcapítulo VI del capítulo tercero de la presente investigación.

⁹¹⁵ Sobre esto, véase el subcapítulo VIII, número 3, letra A, del capítulo cuarto de esta obra.

⁹¹⁶ En este sentido, nos indica Guibault: “Limitations on copyright, like the authorisation to make... parodies... are the realisation of the State’s duty with respect to the enforcement

proporcionalidad para encontrar la respuesta (pues estamos ante normas de principio que, además, son de carácter iusfundamental), al menos de forma abstracta.

Como dijimos en el capítulo primero, el principio de proporcionalidad consiste en el examen escalonado de tres criterios: idoneidad, necesidad y ponderación (proporcionalidad en sentido estricto). Verifiquemos si, respecto a la parodia, una afectación a los intereses de los autores en pos del derecho a la información, cumple con esos tres criterios.

De conformidad al subprincipio de *idoneidad* la afectación a un derecho humano debe estar justificada por un fin legítimo protegido iusfundamentalmente, lo que implica verificar dos cosas: que existe tal fin legítimo y que la intervención en el derecho fundamental afectado sirve, en alguna medida, para lograr ese fin.⁹¹⁷ En el caso de la parodia, la afectación al derecho humano a la protección jurídico-autoral tiene como propósito criticar la obra parodiada,⁹¹⁸ aunque incluso puede argumentarse que también la obra parodiada es susceptible de usarse para criticar el estado de las cosas en la sociedad o confrontar ideas aceptadas⁹¹⁹ (lo que la vincula al debate público y, por ende, al principio democrático); es decir, la parodia se utiliza con fines informativos.⁹²⁰ Evidentemente hay un fin legítimo, que es la emisión de opiniones críticas sobre obras intelectuales⁹²¹ o sobre cuestiones políticas, sociales y económicas; fin legítimo que está amparado por los artículos 6o. y 7o. constitucionales, 9o. del PIDCP, y 13 del Pacto de San José, los cuales favorecen el libre intercambio de opiniones e ideas. Asimismo, el no tener que pedir permiso, ni pagar, por difundir la parodia, sirve para lograr ese fin legítimo, pues

of the user's freedom of expression... It follows from this that with respect to copyrighted material, authors and users may find themselves invoking competing claims based on the protection of their respective fundamental rights". Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 264.

⁹¹⁷ Para una explicación más amplia de este paso, *cf.* el subcapítulo VI, número 2, letra A del capítulo primero del presente trabajo.

⁹¹⁸ Espín Alba, Isabel, "La parodia de obras divulgadas", en Rogel Vide, Carlos (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, AISGE Fundación, 2006, p. 278.

⁹¹⁹ Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 360, pp. 297 y 298.

⁹²⁰ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 918, p. 278; Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 32; Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 360, p. 297.

⁹²¹ Este fin legítimo también es usado en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, para restringir el derecho al honor, como se desprende de su artículo 15: "En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo".

muchas veces (la mayoría) el permiso será denegado, dado que a los autores no les gusta ver su esfuerzo intelectual sometido a escarnio o crítica (*target parody*), o ser utilizado como mero instrumento para criticar otras cuestiones (*weapon parody*). Desde luego, incluso en los casos en que se pudiera lograr la autorización, el tiempo dedicado a localizar al autor y a obtener el permiso, implica una traba que dificulta y retarda en alguna medida el ejercicio del derecho a la información; eso sin tomar en cuenta que la remuneración a pagar, sea o no muy alta, también hace más onerosa la emisión de la crítica y, en algunos casos, la vuelve económicamente imposible. De esta manera, la parodia como restricción, *satisface* el requisito de idoneidad.

Por su parte, la máxima parcial de *necesidad* consiste en que, de todas las posibles intervenciones al derecho fundamental, la elegida sea la que lo afecte en menor medida; es decir, debe hacerse un análisis de otras posibles alternativas idóneas, determinando, primero, si esas opciones tienen el mismo grado de idoneidad, y luego, viendo si las medidas igualmente idóneas son más benignas con el derecho intervenido que la medida materia de análisis.⁹²² En este sentido, puede pensarse en otras formas de hacer la crítica correspondiente sin tener que recurrir a una parodia libre y gratuita: (a) que el permiso de hacer la parodia se pida a una autoridad administrativa o a un juez, (b) que el permiso se pida a una sociedad de gestión colectiva, (c) que no se tenga que pedir permiso pero se remunere al autor —como sucede en Perú—, (d) que tampoco haya permiso pero se tenga que pagar una contribución al Estado, (e) que sólo se pueda parodiar obras extranjeras, (f) que no se haga una parodia —es decir, que no se retomen aspectos creativos de la obra a criticar—, (g) que se tenga que dar un mero aviso o notificación, (h) que luego de difundirse la parodia el autor de la obra primigenia la evalúe y decida si permite que continúe o no la difusión de la parodia (permiso *ex post*). Pues bien, examinando todas esas opciones, *ninguna es igualmente idónea* que la parodia como restricción para poder difundir la crítica: en algunos casos porque subsiste la carga de pedir algún permiso o hacer algún trámite (los supuestos marcados con las letras a, b, g y h); en otros, porque subsiste la traba de hacer una erogación económica, haciendo más onerosa la consecución del fin legítimo para el titular del derecho a la información (casos c y d); en los demás casos, porque los objetos susceptibles de crítica se reducen (supuesto e) o porque la crítica no sería tan efectiva (caso f).⁹²³

⁹²² Remitimos al lector al subcapítulo VI, número 2, letra B, del capítulo primero de esta investigación, para más detalles sobre la máxima parcial de necesidad.

⁹²³ Se puede alegar que, por virtud de la máxima de no protección de las ideas e informaciones, la crítica a una obra puede hacerse sin recurrir a la parodia y, en general sin retomar

Ante tal hallazgo, no es necesario proceder a la segunda parte del subprincipio de necesidad (valorar cuál es la opción más benigna con el derecho intervenido), pues ninguna de las opciones analizadas resultó ser igual o mayormente *idónea* para lograr el fin legítimo. Se podría decir que la opción de hacer un pago al autor (sin tener que pedir permiso) es más benigna con el derecho a la protección jurídico-autoral que el hacer la parodia en forma no remunerada, pues, al menos, el autor recibirá algo de dinero; eso es cierto, sin embargo se trata de una medida *menos idónea* para la consecución del fin legítimo, pues hace más oneroso lograr ese fin al titular del derecho a la información. Por ende, no es suficiente para llegar a la segunda parte de análisis de necesidad.⁹²⁴ En conclusión: la parodia como restricción *aprueba* el requisito de necesidad.

algunos de sus aspectos creativos. Si bien esto se puede hacer, muchas veces la crítica no será tan contundente o de fácil asimilación, si no se utilizan aspectos creativos de la obra criticada (incluso, cuando muchas veces lo que se critica no es tanto las ideas contenidas en la obra, sino sus propios méritos artísticos). Nos encontramos frente a una situación muy similar al derecho de cita, en donde es indispensable tomar elementos creativos de otros para poder ejercer efectivamente el correspondiente derecho humano.

Cfr. lo ya dicho en el segundo (subcapítulo III, número 5) y cuarto (subcapítulo X, número 1, letra D, subíndice c) capítulos sobre las limitaciones que tiene la dicotomía “expresión/contenido”.

Respecto a la contundencia y efectividad de las parodias para transmitir mensajes, véase Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 88; y Masiyakurima, Patrick, “The free speech benefits of fair dealing defences”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 242.

Asimismo, sobre la necesidad de usar la forma de expresión de los autores en ciertos casos, véase Couto, Alexandra, *op. cit.*, nota 594, pp. 166 y 168.

⁹²⁴ Esto no implica descalificar de plano todas las restricciones acompañadas de un derecho de remuneración (que, por definición, son más onerosas que las restricciones simples). Todo depende de quién es el deudor de la remuneración: en el presente caso, quien debe pagar es el titular del derecho a la información (quien realiza la parodia), lo que le hace más oneroso el ejercicio de su derecho humano; en cambio, en casos como el derecho de remuneración por copia privada, el crédito no debe ser pagado por quien hace la copia en beneficio propio (titular de diversos derechos humanos), sino por los intermediarios que explotan aparatos reproductores y/o soportes vírgenes; por lo que al no ser el titular del derecho fundamental quien paga la remuneración, tal pago es irrelevante para determinar que la restricción de copia privada con derecho de remuneración sea menos idónea para lograr el fin legítimo, que la misma restricción pero sin remuneración.

Inclusive, como vimos en el capítulo tercero de esta investigación (subcapítulo V, número 6, letra E), el Comité DESC, en su observación general 17, señala que una restricción al derecho a la protección jurídico-autoral “puede por tanto, en determinadas circunstancias, requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada” (párrafo 24); lo que nos reitera que, en muchos casos, las licencias legales o restricciones acompañadas de un derecho de remuneración son iusfundamentalmente válidas.

Finalmente, nos referiremos al tercer y último subprincipio: la *ponderación*.⁹²⁵ Aquí se debe evaluar si las ventajas que se obtienen al afectar el derecho a la protección jurídico-autoral superan los inconvenientes que genera esa situación.⁹²⁶ Esto implica determinar cómo opera la precedencia de principios en el caso de la parodia, lo que nos permitirá ver cuál de ellos tiene más peso en este caso (ley de colisión), ya que entre mayor grado afectación a un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el principio opuesto (primera ley de ponderación).

En el presente caso, vamos a ponderar el derecho humano a la protección jurídico-autoral del autor de la obra parodiada (principio intervenido o “*Pi*”) y el derecho a la información del autor de la parodia (principio interventor o “*Pj*”).

Lo primero que hay que hacer es medir el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral del autor de la obra parodiada (*Pi*), para saber si es leve (*l*), media (*m*) o grave (*g*). Se puede afirmar que la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral existe, pero es leve (*l*). Esto en virtud de que los intereses materiales del autor no se ven afectados en gran medida por el hecho de que otra persona difunda una parodia, ya que normalmente las parodias no compiten con la obra primigenia ni la substituyen en el mercado;⁹²⁷ tampoco minan el mercado del licenciamiento de obras derivadas, pues el autor o titular del derecho de explotación es libre de autorizar prácticamente cualquier tipo de obras derivadas (secuelas, traducciones, adaptaciones, arreglos, *merchandising*, etcétera), a la vez de que el mercado de obras derivadas que se burlen de la obra primigenia no es muy común —no es una forma de explotación normal de la obra— o, en su caso, es muy reducido,⁹²⁸ por lo que la circulación de la parodia no reduce

⁹²⁵ Se trataría de un caso de “ponderación abstracta” (según la terminología usual, empleada por la Primera Sala de la SCJN —véase nota al pie 333 del primer capítulo de este trabajo—) o *definitional balancing* (según la terminología de Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, IMDPC, 2006, p. 82).

⁹²⁶ Cfr. lo ya explicado en el subcapítulo VII, número 2, letra C del primer capítulo.

⁹²⁷ Cfr. la afirmación de la Suprema Corte de EUA en el caso *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.* de 1994.

De hecho, varias leyes que contemplan la parodia como una restricción al derecho de explotación, expresamente señalan que la parodia no debe ocasionar confusión con la obra parodiada, pues en estos casos ya no sólo se está criticando la obra, sino que la parodia trata de apoderarse del mercado propio de la obra primigenia mediante el engaño al consumidor (lo que se traduce en una competencia desleal, totalmente ajena a la satisfacción del bien legítimo protegido por el derecho a la información).

⁹²⁸ “However, authors will most often refrain from developing or licensing others to develop a market for criticism or parody. It can therefore be concluded that there simply is no market —let alone one of considerable economic or practical importance. Even if authors were to license

significativamente las demás opciones de licenciamiento de la obra parodiada; además, en muchas ocasiones, las parodias hacen que el público se entere o recuerde la existencia de la obra parodiada, lo que muchas veces se traduce en una mayor demanda de la obra primigenia (y que su explotación genere mayores ingresos).⁹²⁹ Aunque también se puede producir el caso de que, ante la crítica a la obra parodiada, su demanda baje.

Por lo tanto, la intensidad de la intervención en el principio intervenido (IPi) es leve (l), lo que numéricamente se traduce⁹³⁰ en una intervención con valor de 1; por lo que $IPi = 1$.

En segundo lugar, hay que graduar la importancia de la satisfacción del derecho a la información del autor de la parodia (Pj), para saber si es reducida (l), media (m) o elevada (g). En este orden de ideas, estimamos que la importancia de la satisfacción del derecho a la información es media (m). No se trata de algo de importancia elevada (g), en tanto la parodia no es la única opción para criticar una obra o algún acontecimiento relevante: se puede hacer un ensayo, se puede dar una conferencia, escribir un artículo de opinión, hacer una cápsula audiovisual, etc., donde se informe al público los aspectos criticables de la obra o se emitan opiniones sobre una situación de interés público;⁹³¹ de manera que si no se realiza una parodia, no queda acallada la voz crítica, ni se impide, en términos absolutos, el ejercicio del derecho a la información. Pero tampoco se trata de una satisfacción de importancia reducida (l), por lo ya explicado en el sentido de que la parodia es un medio bastante efectivo para hacer críticas⁹³² y, a veces, con posibilidad de llegar a un mayor público (por ejemplo, el que no tiene el tiempo, la disposición o la oportunidad de leer un ensayo o acudir a una conferencia); de esta manera, si no se permitiera la parodia, aunque existan muchas otras

the utilisation of their works for purposes such as criticism or parody, this market would not have to be counted as being part of the economic core of copyright. It cannot be expected to typically become a major source of royalty revenue. Its exemption does not cause a substantial market impairment". Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 195.

⁹²⁹ "A critique or parody may also induce people to purchase a copy of the original or go to its public performance". *Ibidem*, p. 196.

⁹³⁰ Seguimos aquí la recomendación de Alexy de utilizar una secuencia geométrica al asignar rangos numéricos, de forma que estos quedarían así: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$.

Cfr. Alexy, Robert, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, p. 444.

⁹³¹ "The balancing test should take into account the element of substitutability and thus the possibility of developing alternate forms of expression". Strowel, Alain, y Tulkens, François, *op. cit.*, nota 360, p. 294.

⁹³² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 88; y Masiyakurima, Patrick, *op. cit.*, nota 923, p. 242.

opciones para hacer la crítica, se estaría privando a la persona de un medio expresivo muy efectivo y con bastante arraigo en la historia de las comunicaciones humanas.

Por lo tanto, la importancia de la satisfacción del principio interventor (WP_j) es media (m), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 2; por lo que $WP_j = 2$.

Como tercer paso, debemos aplicar la llamada “fórmula del peso” que, como ya vimos en el primer capítulo, consta de tres elementos o variables: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (los cuales ya determinamos como 1 en el primer caso, y 2 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas relativos a la parodia como restricción para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio.

En este sentido, el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral ($GPiA$) es, como en la mayoría de los derechos humanos, *medio*, lo que significa que su valor numérico en la escala triádica es de 2; por consiguiente, $GPiA = 2$. En tanto que, si el derecho a la información tiene una posición prevalente como se suele afirmar⁹³³ (lo cual, para fines de este ejemplo, asumiremos que es cierto), su peso abstracto ($GpjA$) es *máximo*, por lo que le atribuye un valor de 4; lo que implica que $GpjA = 4$.

Y en cuanto al grado de certeza hay en las premisas empíricas (SP) relativas al peso de cada principio en el presente caso, debemos recordar que aquí también hay una escala triádica: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores son, respectivamente: 1, $1/2$, y $1/4$. En el presente caso no encontramos mayor pro-

⁹³³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 657, pp. 383 y 384; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, nota 51, pp. 353 y ss.; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008, p. 3.

Esta posición preferente ha sido reconocida por nuestros tribunales. En particular, la Primera Sala de la SCJN ha afirmado: “La necesidad de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas influya en la resolución de los conflictos de derechos que las involucran ha llevado en ocasiones a hablar de una ‘posición especial’ de las mismas en las democracias constitucionales actuales”. *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 286.

Misma postura ha sido expresada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en su sentencia JDC-393/2005.

Asimismo, *cf.* las sentencias 104/1986, 106/1986 y 336/1993, entre muchas otras, del Tribunal Constitucional español.

blema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a cada principio, por lo que en caso de ambos principios de atribuiremos un valor medio (p), es decir, son justificadas o plausibles (según los criterios prevalentes en la doctrina que señalamos en letra A, del número 3 del subcapítulo VIII del capítulo cuarto al hablar de la parodia). Por lo tanto, $SP_i = 1/2$, y $SP_j = 1/2$.

Así las cosas, si deseamos saber cuánto es el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la información en relación con la parodia como restricción al derecho de explotación ($GP_{i,j}$), debemos resolver la fórmula del peso:

$$GP_{i,j} = \frac{IP_i \cdot GP_{iA} \cdot SP_i}{WP_j \cdot GP_{jA} \cdot SP_j}$$

De manera que si aplicamos a esta fórmula los valores numéricos a los que hemos llegado, el resultado sería el siguiente:

$$GP_{i,j} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1/2}{2 \cdot 4 \cdot 1/2} = \frac{1}{4} = 0.25$$

Lo que significa que el peso del derecho a la protección jurídico-autoral en el caso de la parodia como restricción al derecho de explotación es de 0.25.

Y a la inversa, los mismos valores numéricos los aplicamos para conocer el peso del derecho a la información frente al derecho a la protección jurídico-autoral:

$$GP_{j,i} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1/2}{1 \cdot 2 \cdot 1/2} = \frac{4}{1} = 4$$

Esto quiere decir que el peso del derecho a la información en el caso de la parodia como restricción al derecho de explotación es de 4.

Por consiguiente, respecto al estudiado asunto de la parodia, se aprecia que el derecho a la información (satisfecho en 4) pesa más que el derecho a la protección jurídico-autoral (afectado sólo en 0.25), por lo que, en este caso, es más importante la satisfacción del derecho a la información que la no afectación al derecho a la protección jurídico-autoral, es decir, hay una relación de precedencia condicionada del primero sobre el segundo.

De esta forma, luego de aplicar el principio de proporcionalidad, resulta que la parodia es una restricción a los derechos de explotación sobre las obras, no sólo justificada, sino *necesaria* para cumplir con los mandatos de optimización derivados de las normas iusfundamentales.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, nuestra LFDA no contempla la parodia como restricción, sino que exige que la difusión de toda parodia esté precedida de un permiso y del pago de una cantidad de dinero (y por ende, la regulación autoral no es acorde con las exigencias de los derechos fundamentales).

Ejercicios similares con otras restricciones no previstas en la ley (como la relativa a los discapacitados, la referente a la docencia o las reproducciones temporales en Internet), probablemente arrojarían los mismos resultados. Esto nos demuestra que, en materia de restricciones al derecho de explotación, un *sistema cerrado* siempre estará incompleto, siendo *insuficiente para satisfacer las exigencias de los derechos humanos*.

Esto no significa que estemos a favor de implantar en México un sistema abierto de restricciones y borrar, de un plumazo, nuestros antecedentes y tradición jurídica. Como tampoco pretendemos que una cláusula amplia, tipo *fair use*, sea la panacea o el epicentro del sistema de restricciones en nuestro país. Ya vimos que la principal ventaja de los sistemas cerrados es su relativa predictibilidad y la seguridad jurídica que normalmente acarrear. No podemos pasar por alto esas bondades, ni sería aconsejable desecharlas. Inclusive, una argumentación iusfundamental nos puede llevar a esa conclusión. Más bien, debemos conservar un sistema cerrado, *en la parte que funciona*.

Es decir, un sistema de restricciones al derecho de explotación que sea acorde con los derechos humanos, *debe tomar como base los sistemas cerrados (partiendo de las premisas y elementos más destacados de estos sistemas)*. Con esto se atiende a las exigencias de la seguridad jurídica.

Pero ante las deficiencias de los sistemas cerrados (las cuales, ya vimos, son contrarias a los derechos humanos), debemos buscar la forma de superarlas y *mejorar* tales sistemas. Ahí es donde no está de más echar mano de algunas de las ventajas de los sistemas abiertos.

Ya vimos que la principal ventaja de los sistemas abiertos es su flexibilidad, lo que se traduce en una respuesta más rápida a los cambios tecnológicos y en una mayor justicia en la solución de varias controversias autorales. Precisamente, estos aspectos positivos de los sistemas abiertos pueden ser incorporados en los sistemas cerrados para lograr su mejoramiento, llegando así a *sistemas mixtos* (como veremos con mayor detalle en el siguiente apartado).

Un sistema mixto, obviamente, implica una mayor participación de los jueces, haciéndolos los garantes últimos del buen funcionamiento del sistema. Desde luego, si bien el protagonismo judicial es moneda de cambio en los países de la familia del *common law*, ya no resulta una cuestión extravagante en los países neorromanistas, pues como hemos podido constatar, las tesis exegéticas y el positivismo excluyente ya están superados (o en vías de superación en países como México), por lo que los jueces han tomado un verdadero liderazgo en la consecución de los valores constitucionales.⁹³⁴ Sobre esto, resultan ilustradoras las palabras de Fernández Segado:

En nuestros días se admite de modo generalizado que la creación judicial del derecho ya no es un patrimonio exclusivo de sistemas, como el norteamericano, de *common law*, en donde el derecho progresa en buena medida a golpe de sentencias, que perfeccionan, matizan y a veces incluso inflexionan el orden jurídico. Bien al contrario, la importancia de lo que suele denominarse “derecho judicial”, para contraponerlo al “derecho legal”, ha aumentado de modo muy sensible en los sistemas jurídicos continentales europeos.⁹³⁵

Adoptar un sistema mixto y alejarse de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, fuertemente arraigada en un caduco legicentrismo⁹³⁶ (en tanto proclama que sólo el legislador puede restringir el derecho de explotación y que las restricciones están sujetas a *numerus clausus*), es un reto, aunque no exclusivo del derecho autoral, como se ha puesto de manifiesto:

El problema es que la mayoría de los juristas en actividad fueron formados en el espíritu del legicentrismo y que les es muy difícil volver a enfocar su cultura jurídica alrededor de nuevos conceptos. No obstante ello, hay una toma de conciencia cada vez más nítida del nuevo estado de las cosas.⁹³⁷

En este sentido, parte de la doctrina no ve, como algo descabellado, que los jueces busquen salvaguardar los valores constitucionales en casos

⁹³⁴ Sobre el fenómeno de la judicialización, *cf.* Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 42; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004, pp. 56 y 57; y Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 13, por sólo poner unos ejemplos.

⁹³⁵ Fernández Segado, Francisco, “Los derechos constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 41.

⁹³⁶ Para una crítica a esa concepción del derecho, véase el subcapítulo II del capítulo primero.

⁹³⁷ Favoreu, Louis Joseph, *op. cit.*, nota 872, p. 43.

en que el listado de restricciones al derecho de explotación es insuficiente, como nos demuestran las palabras de Lucie Guibault:

Perhaps because continental European copyright acts contain an exhaustive list of strictly worded and interpreted limitations, continental European courts would seem somewhat more willing than their American counterparts to entertain the idea that the protection of freedom of expression might in certain circumstances constitute a proper defence to a copyright infringement action.⁹³⁸

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar algunos casos de países de tradición neorromanista⁹³⁹ que han dado algunos destellos propios de un sistema mixto.

Un buen ejemplo es el caso *Vers l'avenir vs. L'avenir vert*, resuelto por el Tribunal Supremo de Bélgica (2001), en donde el Partido Verde publicó un panfleto intitulado *L'avenir vert* (“el futuro más verde”) en clara alusión al periódico *Vers l'avenir* (“hacia el futuro”), así como con una presentación y diseño muy similares. El Tribunal Supremo resolvió que no había violación a derechos de autor porque se trataba de una parodia. Lo interesante de este asunto es que la ley autoral belga, vigente al momento de los hechos, no contenía como restricción al derecho de explotación la parodia, y aun así el tribunal la reconoció como restricción, siempre y cuando sólo se tomara de la obra previa los aspectos creativos necesarios para producir el efecto deseado y, además, se respetaran las reglas propias de la parodia como género literario.

Otro ejemplo, incluso más radical (por retomar directamente la doctrina del *fair use* como está configurada en EUA), es el caso *Google Spain*, cuya sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de septiembre de 2008,⁹⁴⁰ dice lo siguiente:

Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el artículo 40 bis) TRLPI... dispone que los artículos sobre límites (artículos 31 y ss. LPI) “no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses

⁹³⁸ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 292.

⁹³⁹ Los países del *common law* han sido menos dubitativos en cuanto a los sistemas mixtos, pues a la par de cláusulas abiertas como el *fair use* o el *fair dealing*, han establecido legislativamente algunas restricciones concretas. Sobre el particular, sugerimos al lector revisar el subcapítulo IX, números 1 y 2 del capítulo cuarto de la presente investigación.

⁹⁴⁰ Kur afirma que esto puede ser uno de los primeros pasos para crear un “*fair use* europeo”. *Cfr.* Kur, Annette, *op. cit.*, nota 146, pp. 11 y 34.

legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”. Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan... Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas.

De este modo, para analizar el presente caso deberíamos atender a circunstancias tales como: la finalidad y el carácter del uso, que en este caso persigue facilitar al solicitante de la búsqueda la elección de aquellos resultados que satisfagan el objetivo perseguido...; la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra...

En este caso se discutía la violación a los derechos de explotación sobre un sitio web, por reproducirlo y ponerlo a disposición del público mediante la memoria caché del buscador *Google*. Al final, como se desprende de la sentencia citada, el tribunal de apelación decidió aplicar la doctrina del *fair use* por encima del texto de la ley española.⁹⁴¹

Empero, no debe dejarse a un lado que un sistema en donde haya una mayor participación de los juzgadores y libertad para estos, puede fomentar cierta inseguridad jurídica.

Y no menos desdeñable es, en este mismo aspecto, el peligro (en rigor, una realidad) de que los jueces tiendan a razonar (incluso no siendo necesario) por la senda de los derechos fundamentales, siendo así que muchas de sus “soluciones” puedan estar plenamente fundadas (sólo) en conceptos o principios clásicos de la dogmática el Derecho privado.⁹⁴²

⁹⁴¹ Esto es criticable, pues el derecho español tiene mejores figuras jurídicas que permiten aplicar cláusulas abiertas, sin tener que copiar literalmente y paso a paso el *fair use* estadounidense. Si bien la audiencia provincial citó el *ius usus innocui*, la cuestión quedó en eso, en una mera cita; hubiera sido más interesante que desarrollara esa idea.

Desde otro punto de vista, Rodrigo Bercovitz critica esa resolución afirmando que el artículo 40 Bis de la ley autoral española no faculta para crear nuevas limitaciones, sino aplica para interpretar las ya formuladas en el texto legal. *Cfr.* 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. 343.

⁹⁴² De Angel Yágüez, Ricardo, *op. cit.*, nota 893, p. 126.

Como vimos en el capítulo cuarto de este trabajo, la discrecionalidad judicial es uno de los principales problemas de los sistemas abiertos. En este sentido, es donde un sistema mixto (que retome muchos de los aspectos de los sistemas cerrados) nos puede servir para atenuar la problemática. Los jueces no tendrían una discrecionalidad absoluta, como explicamos en los siguientes apartados.

Así, lo que queda claro, es que sólo un sistema mixto de restricciones puede estar en aptitud de cubrir todas las exigencias derivadas de los derechos humanos. La dialéctica (*aufheben*) de tomar lo mejor de los sistemas abiertos y cerrados (y desechar lo peor de ellos), nos llevará a una superación de la situación actual y hacia un mayor equilibrio en la materia.⁹⁴³ En los siguientes apartados, explicamos los detalles de cómo estructurar un sistema mixto de restricciones al derecho de explotación.

3. *La estructura de un modelo mixto (ideal) en México*

Ya dijimos que nuestro propósito no va más allá de buscar una solución jurídica que sea viable para México, de manera que, lo que a continuación se propone, no pretende ser aplicable a cualquier otro país (queremos evitar errores como los de Lessig, de intentar dar respuestas universales sin tomar en consideración las peculiaridades de cada sistema jurídico). Sin embargo, algunas de las ideas aquí señaladas pueden ser tomadas, trabajadas y adaptadas para otros países.

Hecha la anterior aclaración, expliquemos cómo sería, desde nuestro punto de vista (y con base en todo lo ya estudiado en la presente investigación), la estructura ideal del modelo mixto de restricciones al derecho de explotación en México.

Este nuevo modelo (como se desprende de su denominación), mezcla aspectos del sistema abierto y del sistema cerrado de restricciones. En especial, dicho modelo consta de *dos partes*: un listado detallado de restricciones y una cláusula general o abierta.

Dada nuestra tradición jurídica, la parte central o fundamental de este sistema consistiría en un *listado detallado de restricciones*. Dicho catálogo sería establecido por el legislador democráticamente electo, buscando ser lo más exhaustivo y completo posible, de manera que el legislador busque incluir en él todos los posibles casos en que, conforme a las exigencias de los derechos humanos, deban ser restringidos los derechos de autor.

⁹⁴³ Inclusive, llegar a ese equilibrio es una *obligación* iusfundamental derivada del PIDESC, según determinó el Comité DESC en su observación general 17, párrafo 35.

Con esta parte del sistema se busca dar la mayor seguridad jurídica posible, al tiempo que se pretende ser respetuoso con los derechos humanos. Así, se conservan las mejores aportaciones de los sistemas cerrados de restricciones al derecho de explotación.

El segundo elemento del sistema sería una *cláusula abierta*, la cual permite a los juzgadores evaluar casos concretos de colisiones de derechos. Esta cláusula abierta sólo entraría en juego cuando la controversia en particular no pudiera resolverse mediante el catálogo de restricciones expresamente formuladas por el legislador; es decir, únicamente se acudiría a ella ante el silencio o deficiencia del texto legal.

Con esta parte del sistema se busca no dejar desamparadas situaciones que debieran ser restricciones al derecho de explotación, pero que no fueron consideradas como tales con el legislador. De esta manera, se reduce el margen de injusticias y se le da mayor dinamismo a la materia, superándose, por consiguiente, la poca flexibilidad de los sistemas cerrados. Así, se incorporan al sistema las principales bondades de los sistemas abiertos.

El juzgador no podría acudir inmediatamente a la cláusula general, sino que, primero, debe analizar el listado de restricciones a la luz de la controversia concreta, y sólo en caso de que no encuentre ahí la solución (para lo cual debe dar una argumentación jurídica correcta), debe pasar a resolver el asunto mediante el empleo de la cláusula abierta y la ponderación de los intereses en juego. Desde luego, para hacer esto último, no sólo debe tomar en cuenta los factores económicos, sino también los sociales y culturales involucrados, siempre a través de los principios y valores constitucionales.

Inclusive, conforme los jueces vayan resolviendo más asuntos utilizando la cláusula abierta, se irán generando precedentes que harán más previsibles las restricciones creadas judicialmente (lo que abona a la seguridad jurídica), muchas de las cuales podrán, incluso, ser retomadas posteriormente por el legislador e incluirse expresamente en el catálogo legal.

La mezcla de un listado abundante de restricciones, más la salvaguarda de una cláusula abierta complementaria, implica un mejor sistema y, sobre todo, *más equilibrado*.

Con esto se superan muchos de los dogmas propios de la doctrina clásica de las restricciones, los cuales, además de hacer inflexible el sistema, tienen como principal propósito favorecer los intereses de los autores, de manera que no sirven para llegar a soluciones equilibradas. Asimismo, este sistema mixto recoge muchos de los reclamos de los diversos intereses que llegan a contraponerse a la protección a los autores, pero, sin embargo, no subordina tal protección a esos intereses; de manera que también sirve para proteger a los creadores y no vaciar el contenido de las normas que los defienden.

Así, la solución *ideal* en México es que, sin prescindir del catálogo de restricciones del artículo 148 de la LFDA, se *reforme* esta ley para incluir una cláusula abierta que complemente ese catálogo (lo anterior sin perjuicio del constante examen y reforma a dicho listado). Esa cláusula abierta, como se explica *infra* en el subcapítulo VI, número 4, letra B, subíndice b, plasmaría la estructura del principio de proporcionalidad.

Esto es, a grandes rasgos, la estructura general del sistema propuesto. En el siguiente apartado damos los pormenores de su funcionamiento, pero desde ahora adelantamos que la piedra de toque de este sistema mixto es el principio de proporcionalidad.

4. *El principio de proporcionalidad como instrumento de equilibrio en un sistema mixto*

El sistema mixto que propusimos en el apartado previo puede implementarse a través de la utilización del principio de proporcionalidad.

La razón de esto es que, en primer lugar, se trata de una herramienta jurídica probada y confiable, capaz de producir resultados equilibrados frente a problemáticas jurídicas complejas y delicadas;⁹⁴⁴ amén de que garantiza la corrección formal de razonamiento jurídico. Si lo que se busca son soluciones balanceadas en el ámbito de los derechos de autor, la verdad no conocemos mejor instrumento para lograrlo.

En segundo lugar, porque parece haber una exigencia iusfundamental de aplicar ese principio, tanto en la creación como en la aplicación de restricciones, para poder salvaguardar todos los derechos humanos involucrados, y lograr su cumplimiento en la mayor medida de lo posible (optimización).

En tercer lugar, el propio Comité DESC ha indicado que las normas sobre derechos humanos deben integrarse en los procesos de expedición y de interpretación de los derechos intelectuales. Inclusive, llega a afirmar la importancia de establecer un mecanismo de derechos humanos para la revisión de la llamada propiedad intelectual.⁹⁴⁵ Consideramos que ese mecanismo debe ser el principio de proporcionalidad.

⁹⁴⁴ “In fact, the principle of proportionality is calibrated in a way that makes it acutely sensitive to the personal spaces and values people care about most”. Beatty, David M., *The ultimate rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 165.

Como bien indican Mathews y Sweet, en los últimos 50 años la mayoría de los más altos tribunales del mundo se han valido del principio de proporcionalidad para resolver los problemas más controversiales. véase Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 869, pp. 159 y 160.

⁹⁴⁵ Declaración de 2001 del DESC, “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”, párrafo 18.

Y en cuarto lugar, porque el principio de proporcionalidad le da coherencia al sistema jurídico como un todo, y no como una pluralidad de ordenamientos inconexos; cuestión muy importante en el tema que nos atañe, donde la legislación autoral se le ha visto tradicionalmente como algo aislado, ajeno a doctrinas “externas” como el derecho a la información.⁹⁴⁶

En tal tenor, el principio de proporcionalidad es útil: (a) para crear nuevas restricciones al derecho de explotación, y (b) para resolver controversias entre particulares donde se alegue la necesidad de realizar ciertos usos de obras en forma incontestada. A continuación explicaremos ambos aspectos.

A. *El principio de proporcionalidad como factor para establecer legislativamente nuevas restricciones*

El principio de proporcionalidad es, ya, un elemento imprescindible para legislar en materia de derechos de autor;⁹⁴⁷ en particular, al momento de formularse en ley una restricción al derecho de explotación. ¿Por qué razón? Como ya vimos en el capítulo primero de la presente investigación, el principio de proporcionalidad se usa para conocer las pautas de decisión con que cuentan las autoridades, principalmente la forma en que tales autoridades (incluyendo la legislativa) están vinculadas por la Constitución.⁹⁴⁸ Por consiguiente, el legislador no puede decidir libremente el contenido de la ley, sino que debe subordinarse a las normas constitucionales.

Si esto es cierto para cualquier ley, no lo es menos para la LFDA. Todo contenido de la legislación autoral debe ser conforme con lo que determine la Constitución.

Dicha conformidad constitucional aplica para la totalidad las instituciones reguladas en la LFDA, incluyendo las restricciones al derecho de explotación. Por consiguiente, cada vez que el legislador pretenda incluir una nueva restricción en la ley, debe antes preguntarse sobre la validez de esa adición a la luz de la Constitución; es decir, ha de realizar un *examen de proporcionalidad*⁹⁴⁹ (podríamos decir que se trata de un examen de proporcionalidad previo).⁹⁵⁰

⁹⁴⁶ Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 851, p. 235.

⁹⁴⁷ *Cfr.* lo ya dicho en el subcapítulo VI, número 4 del primer capítulo sobre la obligatoriedad del uso del principio de proporcionalidad en México, como reconoció el Pleno de la SCJN mediante jurisprudencia.

⁹⁴⁸ Véase Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 653, p. 77; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 653, p. 1.

⁹⁴⁹ “La ley pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro”. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites a los derechos fundamentales*, México, Porrúa, ELD, Universidad Complutense, 2011, p. 94.

⁹⁵⁰ *Cfr.* la nota al pie 925 del presente capítulo.

Si la restricción al derecho de explotación propuesta aprueba el *test* de proporcionalidad, el legislador es libre de incluirla en la ley. Por el contrario, si la adición prevista resulta desproporcionada, el legislador tendrá una prohibición constitucional para modificar la ley en ese sentido.

En particular, hay que destacar que la adopción de cualquier restricción al derecho de explotación *siempre* va a tener una repercusión de carácter iusfundamental, en tanto interviene o afecta el derecho humano a la protección jurídico-autoral,⁹⁵¹ pues como ya vimos,⁹⁵² los derechos de explotación derivan directamente de ese derecho humano, de manera que el establecer una restricción al derecho de explotación se traduce en una afectación a los intereses materiales que los autores tienen sobre sus obras y que están protegidos iusfundamentalmente.

Dicho en otras palabras: siempre que el legislador imponga en ley una restricción al derecho de explotación, no sólo estará restringiendo ese derecho subjetivo ordinario, sino también estará restringiendo un derecho humano de los autores, por lo que la medida legislativa debe ser *proporcionada*,⁹⁵³ para afectar tal derecho en la menor forma de lo posible y sin atentar contra su contenido esencial.⁹⁵⁴

De igual forma, el hecho de que las restricciones al derecho de explotación deriven de otros derechos humanos, implica que los legisladores deben tomar en cuenta esos derechos al redactar leyes autorales, y deben encontrar un equilibrio entre intereses contrapuestos, desde luego, debiendo aplicar el principio de proporcionalidad.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ Este derecho encuentra sus normas de derecho fundamental en México en las disposiciones iusfundamentales directamente estatuidas en los artículos 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador, y en una norma adscrita derivada interpretativamente del artículo 28 constitucional, noveno párrafo.

⁹⁵² *Cfr.* el subcapítulo VI, números 2 y 3 del capítulo tercero de este trabajo.

⁹⁵³ Como bien dijo el Comité DESC, a propósito de las restricciones al derecho humano a la protección jurídico-autoral, dichas intervenciones deben “ser compatibles con la naturaleza de esos derechos, perseguir fines legítimos y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática”. *Cfr.* su observación general 17, párrafo 22.

Con una redacción un tanto ambigua, Monroy parece sugerirnos que toda limitación a un derecho de autor debe aprobar los tres subprincipios del *test* de proporcionalidad. *Cfr.* Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 152, p. 15.

⁹⁵⁴ De hecho, resulta interesante lo resuelto por el Tribunal Constitucional de Alemania en el caso *Vollzugsanstalten* de 1988, en donde estableció que el legislador es libre de recalibrar los intereses en la legislación autoral, limitando así los derechos de los creadores, pero dejando intocado el núcleo de los derechos de autor protegido constitucionalmente (*Kern des Urheberrechts*).

⁹⁵⁵ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 328, p. 38.

Inclusive, esto no es novedad alguna en materia de derechos de autor, como ha destacado el Tribunal Constitucional alemán, en su famoso caso *Schallplatten* de 1971, en donde determinó que el legislador tiene el *deber de ponderar* los intereses en juego al momento de crear una ley sobre derechos de autor.

Por todo lo anterior, el principio de proporcionalidad debe ser usado por el legislador al momento de formular nuevas restricciones al derecho de explotación.⁹⁵⁶ Es decir, *la máxima de proporcionalidad debe aplicarse en el primer elemento del sistema mixto propuesto: el establecimiento de un catálogo legislativo de restricciones a los derechos de autor.*

Adicional a este examen de proporcionalidad previo que debe hacer el legislador, existe la posibilidad de una prueba *posterior* de proporcionalidad, en sede de control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, aquí de lo que se trata es que el Poder Judicial de la Federación, a través del principio de proporcionalidad, someta a un examen de constitucionalidad la restricción al derecho de explotación adoptada por el legislador,⁹⁵⁷ para ver si sobrevive o debe declararse inconstitucional.⁹⁵⁸ En este sentido, resultan claras las palabras de la Primera Sala de la SCJN:

...la labor de “ponderación legislativa” efectuada ha de ser compatible con previsiones constitucionales que tienen fuerza normativa directa y que no dan, por consiguiente, carta blanca a las autoridades públicas para desarrollarlas. De lo contrario se pondría en riesgo el carácter suprallegal de los derechos fundamentales que hemos subrayado con anterioridad, y se otorgarían

⁹⁵⁶ Respecto de las ponderaciones legislativas, *cf.* Sieckmann, Jan-R., “Ponderación autónoma”, trad. de Cecilia Añaños Meza, en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 124.

⁹⁵⁷ Bien refiere Fix-Zamudio que el amparo contra leyes es un verdadero proceso al legislador. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 21.

Desde luego, lo mismo puede afirmarse respecto de los otros procesos de control de la constitucionalidad de normas generales.

⁹⁵⁸ “La ley, por tanto, representa una forma de ponderación en el sentido antes indicado, pero puede, a su vez, ser objeto de ponderación en el curso de un enjuiciamiento abstracto por parte del Tribunal Constitucional. La ponderación dará lugar, entonces, a una declaración de invalidez cuando se considere injustificadamente lesiva para uno de los principios en juego”. Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 141.

Asimismo, sobre los beneficios de utilizar el principio de proporcionalidad para examinar la actuación legislativa en materia de propiedad intelectual, *cf.* Gruenberger, Michael, “A duty to protect the rights of performers? Constitutional foundations of an intellectual property right”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 24, núm. 2, 2006-2007, pp. 675 y ss.

atribuciones extraordinarias al legislador ordinario, representante de mayorías históricas más o menos contingentes.⁹⁵⁹

Estrechamente relacionado con lo anterior, además de utilizarse el principio de proporcionalidad en sede de control de la constitucionalidad, también puede echarse mano de él para realizar un *control de la convencionalidad*. En efecto, dentro de los países que integran el sistema interamericano de derechos humanos, los jueces nacionales deben analizar la compatibilidad de los actos de autoridad internos con la CADH, e incluso, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁶⁰ Esto es particularmente relevante en la materia que nos ocupa, pues si el legislador establece una restricción al derecho de explotación en México, el juzgador está facultado para juzgar si tal medida es acorde con los tratados sobre derechos fundamentales suscritos por nuestro país,⁹⁶¹ incluso, con relación a derechos sociales⁹⁶² como el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

⁹⁵⁹ Sentencia del 17 de junio de 2009, dictada en el amparo directo en revisión 2044/2008, p. 36.

De este asunto se desprende la tesis “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU ESPECIAL POSICIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 286.

⁹⁶⁰ Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 110-112; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de la convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Colegio Nacional, 2010, pp. 175 y 176.

Véase las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile* (26 de septiembre de 2006), *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (24 de noviembre de 2006), *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006), *Boyce y otros vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (12 de agosto de 2008), *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (23 de noviembre de 2009), entre otros.

⁹⁶¹ Cfr. Pleno SCJN, “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 552; Pleno SCJN, “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; Pleno SCJN, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 535; Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932; y Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito,

Así, en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que proponemos, el principio de proporcionalidad juega dos papeles respecto de la actividad del legislador (establecimiento del catálogo restricciones): (a) ser una herramienta que utilizará el legislador para valorar las restricciones que considere conveniente introducir en la LFDA; y (b) ser una herramienta de los jueces para examinar la constitucionalidad y convencionalidad de las restricciones aprobadas por el legislador.⁹⁶³

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

⁹⁶² Cfr. el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, al caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁶³ En nuestro país ya se han presentado algunos intentos de la Primera Sala de la SCJN de utilizar el principio de proporcionalidad para juzgar los contenidos de la LFDA.

El primer caso fue el amparo en revisión 1110/2005, en donde el Ministro José Ramón Cossío elaboró un proyecto de sentencia en el que se determinaba que la prohibición legal para ser árbitro que tienen los abogados que hayan prestado sus servicios a una sociedad de gestión colectiva, era contraria al principio de igualdad y, por ende, desproporcionada. La mayoría de ministros de la Primera Sala desechó ese proyecto y estimó constitucional la disposición de la LFDA. El sentido del proyecto del Ministro Cossío se rescató en su voto particular, el cual puede consultarse en Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 320 y ss.

El segundo caso fue el amparo directo en revisión 1121/2007, en donde la Primera Sala sostuvo (equivocadamente, a nuestro entender) que no se afecta desproporcionadamente el derecho de acceso a la justicia, si el ejercicio de acciones civiles en materia de derechos de autor se subordina al agotamiento previo de la vía administrativa sancionadora. Cfr. “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 51.

Una crítica a este intento (pues no se siguieron en realidad las reglas del principio de proporcionalidad) puede encontrarse en Sánchez Gil, Rubén, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, IMDPC, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 393 y ss.

El tercer caso fue el amparo en revisión 11/2010 del que conoció la Primera Sala en ejercicio de su facultad de atracción. En este asunto, diversos exhibidores de cine argumentaban que la LFDA daba un trato diferenciado a las sociedades de gestión colectiva al prever un régimen especial de legitimación procesal para estas personas morales, alegando contravención al principio de igualdad del artículo 1o. constitucional. La SCJN declaró infundado ese argumento, pues consideró que ese régimen especial de legitimación es constitucionalmente válido, para lo que aplicó el principio de proporcionalidad. Según la corte, ese régimen especial cumple el subprincipio de *necesidad*, ya que tiene un fin constitucionalmente válido, que es el proteger eficazmente los derechos de autor y garantizar su ejercicio (artículo 28

Por otro lado, y como veremos a continuación, el principio de proporcionalidad también tiene otra función en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación: ser utilizado directamente por los jueces al momento de resolver controversias entre particulares.

B. *El principio de proporcionalidad en la resolución de casos concretos*

El principio de proporcionalidad también juega un papel importante en el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que proponemos, por cuanto hace a la resolución de controversias concretas.⁹⁶⁴

En efecto, como explicamos ya, el sistema mixto que se propone se basa en la combinación de un catálogo de restricciones establecidas por el legislador, más una cláusula abierta susceptible de ser aplicada por el juzgador en los casos que no puedan resolverse usando el listado de la ley. A continuación estudiaremos la utilización del principio de proporcionalidad en este segundo elemento del sistema mixto.

Para poder entender cómo opera el principio de proporcionalidad en la solución de controversias sobre derechos de autor, es necesario distinguir

(de la Constitución). Nuestro Máximo Tribunal también consideró aprobado el requisito de *idoneidad*, en tanto es un medio apto para lograr ese fin constitucional, pues la falta de un régimen especial para las sociedades de gestión haría nugatorios los derechos de autor. Finalmente, la Primera Sala estimó que se satisfacía la máxima parcial de *proporcionalidad en estricto sentido*, dado que las sociedades de gestión colectiva sólo tienen una presunción *iuris tantum* de representación de los autores de su rama, la cual puede ser desvirtuada por la contraparte mediante prueba en sentido diverso. *Cfr.* “DERECHOS DE AUTOR. EL ARTÍCULO 200 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ UN RÉGIMEN DE LEGITIMACIÓN ESPECIAL A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 612.

Si bien este tercer caso fue más afortunado desde un punto de vista argumentativo y en cuanto al sentido de la resolución, la SCJN sigue cometiendo errores técnicos al aplicar cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

⁹⁶⁴ El principio de proporcionalidad no sólo sirve para valorar las restricciones a un derecho humano, sino también es útil para resolver conflictos entre derechos. *Cfr.* Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, IX, núm. 251, enero-junio 2009, p. 397.

De igual forma, Brage explica que el principio de proporcionalidad, además de aplicarse al legislador cuando interviene un derecho fundamental al legislar, también tiene vigencia en la *aplicación de la ley*: “El principio de proporcionalidad como criterio constitucional delimitador de toda intervención restrictiva en los derechos fundamentales se aplica tanto al legislador, como a los jueces y tribunales, como también a las Administraciones públicas. Puede, así, también distinguirse entre proporcionalidad en la ley y proporcionalidad en la aplicación de la ley”. Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 356 y 357.

dos situaciones: (a) la situación actual de la LFDA donde no existe una cláusula abierta expresa; y (b) la situación ideal propuesta, en donde el texto legal contenga una cláusula abierta formulada expresamente.

A continuación trataremos por separado cada una de esas dos situaciones en la aplicabilidad del principio de proporcionalidad.

a. Aplicación en las circunstancias actuales

Una de las ventajas de aplicar el principio de proporcionalidad, es que nos permitirá transitar de un sistema cerrado de restricciones a un sistema mixto, en forma automática y sin necesidad de una reforma legal. Su único requisito es la voluntad (mejor dicho: compromiso) de los juzgadores en México.

Así, con el texto actual de la LFDA, *podemos implementar ya un sistema mixto*, mediante la aplicación inmediata del principio de proporcionalidad. Veamos.

Aunque hoy en día la ley autoral no contempla una cláusula abierta que permita al juzgador aplicar el principio de proporcionalidad, podemos echar mano de esa herramienta para solucionar controversias sobre ciertos usos no autorizados de obras. Concretamente, se trata de que el litigio sea resuelto por el juzgador realizando una *ponderación* (proporcionalidad en sentido estricto) entre los intereses del autor o titular de derechos, por un lado, y los intereses del usuario, por el otro lado.

Este planteamiento nos genera las siguientes preguntas: ¿se puede realizar ponderación de derechos en la jurisdicción ordinaria (aparte de la jurisdicción constitucional)? ¿cómo podría aplicarse la ponderación en materia de derechos de autor? y ¿por qué acudir a la ponderación, y no a otra clase de cláusulas abiertas? Respondamos una por una estas preguntas.

a) *La ponderación en la jurisdicción ordinaria.* Como vimos en el capítulo primero de la presente investigación, no debe causar mayor extrañeza el que ciertas controversias entre particulares sean resueltas aplicando la ponderación, pues el principio de proporcionalidad no es exclusivo del derecho constitucional, sino común a otras ramas del derecho,⁹⁶⁵ e, incluso no es rara su aplicación en el mundo del llamado derecho privado.⁹⁶⁶

⁹⁶⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 43; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 203; Castaño Vallejo, Raúl, "Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2007*, Monte-

De hecho, en el subcapítulo VI del capítulo primero del presente estudio, quedó asentado que cualquier colisión de normas jurídicas que tengan la estructura de principios se resuelve aplicando el principio de proporcionalidad, sin que sea necesario que se trate de normas constitucionales, pues sólo basta que las normas tengan la estructura propia de los principios, pues “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquélla”.⁹⁶⁷ Sobre lo que abunda Arroyo: “Si la ponderación es el método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría”.⁹⁶⁸

De esta forma, un juez ordinario puede, perfectamente, aplicar el principio de proporcionalidad para resolver una controversia entre particulares, si las normas ordinarias que va a aplicar son principios.

Inclusive, el principio de proporcionalidad es comúnmente aplicado por jueces ordinarios en asuntos sobre derechos de la personalidad, como por ejemplo, la colisión de principios que implica resolver un asunto don-

video, Konrad Adenauer Stiftung, t. II, 13er año, 2007, p. 520; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 653, p. 48; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 964, p. 394; Guastini, Riccardo, “Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 115; García Jaramillo, Leonardo, “Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición de *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*)”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 120, enero-junio 2010, p. 319; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 958, p. 181.

Asimismo, véase Arroyo, Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, 2009, pp. 23, 24 y 27 (en esta última página, afirma: “Todo ello conduce a la necesidad de atender al modo en que la Administración realiza juicios ponderativos en el desarrollo ordinario de su actividad no normativa, puesto que, incluso allí donde esta última no se encuentre gobernada por reglas, estará dirigida normativamente a través de principios”).

⁹⁶⁶ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 905, p. 42; Beatty, David M., *op. cit.*, nota 944, pp. 165 y 166; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 869, p. 108; Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre 2009, p. 472.

⁹⁶⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 590, p. 111.

Asimismo, véase Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 26; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 653, p. 597; Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 956, p. 122.

⁹⁶⁸ Arroyo Jiménez, Luis, *op. cit.*, nota 965, p. 23.

de se contrapongan el derecho a la información, por un lado, y los derechos a la propia imagen o a la intimidad, por el otro lado.⁹⁶⁹ De hecho, un claro ejemplo de esto lo encontramos en México en el artículo 8o. de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente artículo 8o. “El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad”.

Aquí el juez civil debe, incluso por mandato legal expreso, resolver las controversias entre tales derechos a través del principio de proporcionalidad, es decir, armonizando los principios contendientes en la mayor medida de lo posible.

Ahora bien, cuando un juez ordinario aplique el principio de proporcionalidad para resolver una controversia entre particulares, normalmente se limitará a utilizar el tercer subprincipio, es decir, la *ponderación* o proporcionalidad en estricto sentido.⁹⁷⁰ Esto en virtud de que los subprincipios de idoneidad y necesidad implican una lógica de medios (pues son un examen de las relaciones medio-fin y medio-medio) que analizan la acción del Estado bajo criterios de racionalidad instrumental, lo que difícilmente tendría necesidad de examinarse en una controversia entre particulares.⁹⁷¹

⁹⁶⁹ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

De la Primera Sala de la SCJN, *cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 928; “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278; y “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, p. 632.

⁹⁷⁰ En este sentido, Brage indica que “los subprincipios de idoneidad y necesidad, no se aplican en general a relaciones inter privados”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 964, p. 415.

Cfr. también Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 965, p. 389.

⁹⁷¹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares”, en Escobar Martínez, Lina Marcela, y Espinosa Pérez, Beatriz (coords.), *Neonstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Medellín, Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 316 y 317.

Por lo tanto, se concluye que los jueces ordinarios pueden realizar ponderaciones al resolver controversias entre particulares, cuando deban aplicar principios.

b) *La ponderación en materia de derechos de autor.* La conclusión señalada en el apartado a) es más que suficiente para sostener que los jueces pueden realizar ponderaciones al resolver controversias ordinarias en materia de derechos de autor. Sin embargo, no está de más apuntar algunos argumentos adicionales.

En primer lugar no debemos olvidar que el derecho humano a la protección jurídico-autoral (previsto en diversos tratados de derechos fundamentales y en la Constitución) es un *principio*, en tanto ordena la protección de los intereses morales y materiales de los autores en la mayor medida de lo posible. Por consiguiente, en los asuntos en que un juez ordinario deba aplicar ese principio (en particular en casos de colisión con otros principios), debe recurrirse al principio de proporcionalidad, concretamente, a la ponderación, como ya vimos.⁹⁷² Así, el derecho humano a la protección jurídico-autoral no es una mera formulación retórica o declaración de buenas intenciones, sino que tiene un impacto normativo y, sobre todo, una fuerza expansiva,⁹⁷³ tanto en la LFDA como en las controversias donde deba aplicarse esa ley.

En segundo lugar, el *principio de protección a los autores* no sólo está previsto en disposiciones iusfundamentales, sino también en enunciados normativos establecidos en leyes ordinarias (de donde se desprenden normas jurídicas ordinarias). Efectivamente, recordemos que “en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución”,⁹⁷⁴ por lo que no es raro encontrar principios en leyes ordinarias, como sucede con la propia LFDA, cuyo artículo 1o. expresamente contempla el principio de protección a los autores (sin perjuicio de su tutela en normas iusfundamentales), como se aprecia en su texto:

Artículo 1o. La presente Ley, reglamentaria del artículo 28 constitucional, *tiene por objeto* la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación;

⁹⁷² En este sentido, Hartwig indica que “todos los poderes estatales tienen que respetar el principio de proporcionalidad, sea el legislador, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial. Los jueces tienen que interpretar las leyes ordinarias tomando siempre en consideración las disposiciones constitucionales. La aplicación del (...) Código Civil sin darse cuenta de los derechos fundamentales es imposible”. Hartwig, Matthias, *op. cit.*, nota 882, pp. 785 y 786.

⁹⁷³ Explica Villaseñor: “para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, es decir, de una capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico”. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 949, pp. 75 y 76.

⁹⁷⁴ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 958, p. 126.

protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual (énfasis añadido).

Inclusive, además de ese reconocimiento expreso de la LFDA, el principio de protección a los autores puede fácilmente obtenerse por *inferencia* de todas las reglas tutelares de los creadores contempladas en esa ley (por ejemplo, los artículos 11, 12, 18, 21, 26, 26 Bis, 27, 28, 30, 31, 33, 41, 92 Bis, etcétera).⁹⁷⁵

Por lo tanto, en controversias sobre derechos de autor, los juzgadores ordinarios tienen campo de maniobra para aplicar principios, incluso sin acudir a normas iusfundamentales, basándose en los principios contenidos en las normas ordinarias de la propia LFDA.

¿Cómo pueden aplicarse esos principios y ponderarse en México? El procedimiento lo explicaremos con detalle en los siguientes párrafos, dentro de este mismo apartado. Por el momento, nos es suficiente saber que el principio de proporcionalidad tiene cabida para resolver algunas controversias sobre derechos de autor.

Finalmente, es importante destacar que, poco a poco, están surgiendo voces que pugnan por la aplicación del principio de proporcionalidad en sede de derechos de autor. Veamos.

Por ejemplo, ante el problema del crecimiento desmedido de los derechos de explotación,⁹⁷⁶ Geiger opina que lo ideal sería que las propias leyes de derechos de autor restauren el equilibrio perdido, pero, ante esta pasividad legislativa, la mejor respuesta es acudir a los derechos fundamentales⁹⁷⁷ y encontrar un equilibrio constitucional para reconciliar los intereses contrapuestos.⁹⁷⁸ De hecho, este autor advierte que es positivo que los jueces apliquen

⁹⁷⁵ Sobre el uso de deducciones y reducciones para encontrar principios, *cf.* Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 736, pp. 207 y 208.

⁹⁷⁶ *Cfr. supra* el subcapítulo III, número 3, letra C del presente capítulo.

⁹⁷⁷ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 167, p. 36.

⁹⁷⁸ Geiger, Christophe, "The constitutional dimension of intellectual property", en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 129 (apoyándose en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 7 de julio de 1971).

Al margen de los derechos humanos, existen propuestas que se han hecho para atender este problema acudiendo a la legislación de defensa de la competencia (*cf.* Piva de Andrade, Gustavo, "La propiedad intelectual y su relación con el derecho antitrust", *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 13, 2007, p. 228; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 983, pp.

el principio de proporcionalidad en casos de restricciones al derecho de explotación, pues así se toman en cuenta todos los intereses y derechos fundamentales involucrados, combinando la seguridad de los sistemas cerrados con la flexibilidad de los abiertos.⁹⁷⁹

En términos semejantes se pronuncia Papadopoulou, quien estima que es necesario realizar ponderaciones en materia autoral para llegar a un equilibrio, e incluso corregir judicialmente errores en la materia.⁹⁸⁰ Asimismo, Carboni indica que el principio de proporcionalidad es útil para resolver las colisiones de los derechos de autor con el derecho a la información y el derecho a la cultura.⁹⁸¹

En términos semejantes encontramos a Pimenta, quien señala que el conflicto entre principios debe resolverse aplicándose el principio de proporcionalidad, incluso tratándose de los principios que fundamentan los derechos de autor.⁹⁸² Por su parte, Torremans, partiendo de la base de que los derechos de autor son derechos humanos, considera que los derechos de autor deben ponderarse con otros derechos humanos.⁹⁸³

También Rodríguez Moreno hace referencia al principio de proporcionalidad, pero no se pronuncia claramente sobre su uso en materia de derechos de autor.⁹⁸⁴ Mientras que Grosse, incluso, considera que tal principio debe aplicarse al ADPIC en el seno de la OMC.⁹⁸⁵

Otros autores como Senfleben han llegado al grado de considerar que el tercer paso de la regla de los tres pasos, no es otra cosa más que el princi-

12 y ss.; y Vela Treviño, Carlos A., *op. cit.*, nota 853, p. 213). Sin negar que muchas de estas iniciativas pueden ayudar y ser muy benéficas, tienen el problema de solo tratar el problema desde un punto de vista económico, careciendo de la visión más amplia que nos pueden proporcionar los derechos humanos.

⁹⁷⁹ Geiger, Christophe, “The role of the three-step test in adaptation of copyright law to the information society”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, enero-marzo 2007, p. 18.

⁹⁸⁰ Papadopoulou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 910, pp. 281 y 282.

⁹⁸¹ Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 169, p. 442.

En igual sentido, Castro Bonilla, Alejandra, “Costa Rica: El derecho de autor como un derecho humano”, *REDI. Revista electrónica de derecho informático*, núm. 50, agosto 2002, *www.vlex.com*, diciembre de 2007.

⁹⁸² Pimenta, Eduardo, *Principios de derechos autorais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I, pp. 218 y 219.

⁹⁸³ Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression — Intellectual property — Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 19.

⁹⁸⁴ Rodríguez Moreno, Sofia, *op. cit.*, nota 24, pp. 49 y 50.

⁹⁸⁵ Grosse Ruse-Khan, Henning, “Proportionality and balancing within the objectives for intellectual property protection”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 161, 191 y 192.

prio de proporcionalidad⁹⁸⁶ (recuérdese, además, que ese paso se ha incorporado a muchas leyes internas con el fin de su aplicación judicial).⁹⁸⁷

Ya en el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Supremo alemán, en el caso *Elektronischer Pressespiegel* de 2002, usó el principio de proporcionalidad en controversias sobre derechos de autor, al establecer dos requisitos para aplicar por *analogía* las restricciones a los derechos de explotación: 1) la utilización de la obra debe ser dentro del espíritu e intención de la restricción que se le va a aplicar, y 2) debe aplicarse el *principio de proporcionalidad* para medir los intereses públicos —que den sustento a las restricciones— contra los intereses de los autores.⁹⁸⁸

Dicha resolución es interesante, no sólo porque se aleja de la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, sino porque reconoce expresamente la incompletitud de los catálogos legales de restricciones y la necesidad de permitir usos no autorizados de obras en casos no previstos expresamente en la ley. En tales asuntos, corresponde al juez determinar si el uso fue lícito o no, mediante una ponderación de los intereses del autor con los intereses contrapuestos.

Asimismo, en Perú, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, retomando las ideas del Tribunal Constitucional de ese país sobre la ponderación y, en general, sobre el principio de proporcionalidad, ha reconocido que tanto la libertad de expresión como los derechos de autor tienen un sustento constitucional, por lo que corresponde “al juzgador ponderar estos derechos constitucionales, al amparo de la legislación que los desarrolla”, por lo que:

Teniendo en consideración lo expuesto, la Sala se ve obligada a buscar un punto de equilibrio entre las normas del derecho de autor —que protegen al creador frente a la explotación económica no autorizada— y el interés público a la información y acceso a la cultura, de tal forma que el ejercicio de uno no implique una afectación considerable al legítimo ejercicio de los otros.

Uno de los mecanismos que se ha ideado para lograr este objetivo son los llamados límites al derecho de explotación del autor.⁹⁸⁹

Aunque cabe destacar que esta resolución utiliza el principio de proporcionalidad para justificar la existencia de las restricciones al derecho de explotación previstas en ley (y en cierta forma, para intentar reforzar la

⁹⁸⁶ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 142, pp. 210, 211, 222, 226 y 227.

⁹⁸⁷ *Cf.* el subcapítulo VI, número 5 del capítulo cuarto I presente trabajo.

⁹⁸⁸ Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, *op. cit.*, nota 1015, p. 103.

⁹⁸⁹ Resolución 0372-2006/TPI-INDECOPI dictada el 21 de marzo de 2006.

doctrina clásica en la materia), pero no para utilizarlo como herramienta adicional a las restricciones formuladas expresamente en la legislación.

Recientemente tenemos el sonado caso de la *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet* (también conocida como “Ley HADOPI” o “Ley Sarkozy”) en Francia. Si bien en este asunto no se usó el principio de proporcionalidad para resolver una controversia sobre violación a derechos de autor, resulta interesante porque se usó para medir la constitucionalidad de una norma general en materia autoral que plasmó la llamada “política de los tres *strikes*” o de “respuesta graduada”,⁹⁹⁰ en particular, de cara al derecho a la información.

La Ley HADOPI consistía en que una autoridad administrativa bautizada *Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet* (HADOPI), recibiría quejas de titulares de derechos y enviaría notificaciones a los supuestos infractores, y en caso de que dichas advertencias no fueran atendidas, se les suspendería a los presuntos infractores el acceso a Internet por un año.⁹⁹¹ El partido socialista impugnó la constitucionalidad de esa ley ante el Consejo Constitucional. Dicho órgano de control de la constitucionalidad, determinó, por un lado, que el acceso a Internet está protegido por la libertad de expresión y comunicación, de manera que cualquier restricción a ese derecho (como el privar de acceso a Internet a supuestos violadores de derechos de autor) debe ser proporcional al fin perseguido,⁹⁹² y que sancionar con la privación de ese acceso implica una manifiesta desproporción que va en contra de la presunción

⁹⁹⁰ Se trata de un medio alternativo para el cumplimiento de derechos de autor en donde antes de ejercer una acción por violación de derechos, el titular envía previamente avisos de advertencia. El esquema de los tres *strikes* consiste en que, primero se envía un mensaje al presunto infractor, luego una carta más seria, y finalmente se impone la sanción (en la actualidad, la más comentada es la suspensión del acceso a Internet).

Nos encontramos frente a una medida novedosa que, aunque con antecedentes en el derecho de EUA, sólo recientemente se está discutiendo su aplicación en la materia autoral. De hecho, hasta la fecha, pocos países han legislado sobre el particular, como Francia, Corea del Sur, Singapur o Nueva Zelanda (este último país sin haber implementado todavía las medidas).

Cfr. Strowel, Alain, “Internet piracy as a wake-up all for copyright law makers – Is the ‘graduated response’ a good reply?”, *The WIPO journal: analysis and debate of intellectual property issues*, Londres, núm. 1, 2009, pp. 77 y 78; y Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 7.

⁹⁹¹ Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 990, pp. 79 y 80.

⁹⁹² En su resolución de 10 de junio de 2009, el Consejo Constitucional, determinó: “que, toutefois, la liberté d’expression et de communication est d’autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l’une des garanties du respect des autres droits et libertés; que les atteintes portées à l’exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l’objectif poursuivi”.

de inocencia,⁹⁹³ y por otro lado, que la recopilación de datos personales con el fin de proteger derechos de autor afecta desproporcionadamente el derecho a la vida privada.⁹⁹⁴⁻⁹⁹⁵

Si bien el Consejo Constitucional dejó vigente el resto de la ley, con excepción de que también encontró reprochable el que las sanciones las impusiera una autoridad administrativa (y no un juez) y el que se estableciera una presunción de culpabilidad en afectación a los derechos de defensa (no se permitía probar la inocencia),⁹⁹⁶ este resulta un interesante caso sobre el uso del principio de proporcionalidad para equilibrar la protección a los autores con los derechos humanos a la información y a la intimidad.⁹⁹⁷

Finalmente, el último ejemplo al que nos referiremos es el primer asunto de derechos de autor que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso *Balan vs. Moldavia* de 2008. En este asunto, el gobierno de Moldavia utilizó, sin autorización del autor, una fotografía para incluirla en credenciales de identificación de la población. El tribunal europeo, luego de constatar que la legislación interna del país juzgado establecía que los documentos oficiales carecerían de protección autoral, determinó que no había una razón de peso suficiente para incluir esa fotografía (y no otras) en las credenciales, además de que, si se quería utilizar esa fotografía en particular, existían opciones menos gravosas para los derechos del autor (como el

⁹⁹³ “Considérant que, selon les requérants, en conférant à une autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à internet, le législateur aurait, d'une part, méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées ; qu'ils font valoir, en outre, que les conditions de cette répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense”. *Idem*.

⁹⁹⁴ Sobre el particular, en la misma resolución, el Consejo Constitucional señaló lo siguiente: “toutefois, l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en oeuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions; qu'une telle autorisation ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime”.

⁹⁹⁵ Para más detalles, *cf.* Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, *op. cit.*, nota 815, pp. 3 y 11; y Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 990, pp. 82-84.

⁹⁹⁶ Strowel, Alain, *op. cit.*, nota 990, p. 81.

⁹⁹⁷ Aunque en este plano, cabe decir que el examen de proporcionalidad hecho por el Consejo Constitucional francés fue muy superficial. Probablemente tribunales constitucionales como el alemán o el colombiano hubieran profundizado más al analizar lo relativo a la proporcionalidad.

celebrar un contrato con él). Por lo que concluye el tribunal europeo que no se logró un justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y los intereses del autor, subordinando los segundos a los primeros, e imponiéndole al autor una carga excesiva.

Como se observa, la idea de la aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos de autor está flotando en el aire, y aunque nos encontramos en una etapa muy temprana de dicho tema, la presente investigación busca ir concretando y aterrizando esas ideas con el propósito de su aplicación práctica.

c) *¿Por qué no otra clase de cláusulas abiertas?* Es válido preguntar por qué proponemos, en nuestro sistema mixto, la ponderación y no nos inclinamos por el tradicional *fair use* u otra clase de cláusula abierta.

En primer lugar, por la importancia que la técnica de la ponderación ha tenido en la práctica de los tribunales de países neorromanistas durante más de 60 años, lo cual la ha convertido en una fórmula conocida y fiable.⁹⁹⁸ En segundo lugar, porque está comprobado que es un mecanismo razonable y estable de aplicación de normas jurídicas, destinado a lograr una corrección formal en la solución de la controversia.⁹⁹⁹ En tercer lugar, porque es más fácil que las autoridades mexicanas apliquen figuras ya reconocidas —incluso por jurisprudencia— en nuestro sistema jurídico (como el principio de proporcionalidad), que convencerlas de aplicar *tests* creados por jueces de la familia del *common law*. Y en cuarto lugar, por ser un mecanismo equilibrado, que busca salvaguardar en la mayor medida de lo posible los intereses encontrados.¹⁰⁰⁰ Por lo que es una herramienta adecuada para encontrar el tan buscado equilibrio, tanto en materia de derechos de autor, como en materia de derechos humanos.

En cambio, el *fair use* (a pesar de sus múltiples ventajas) u otras cláusulas abiertas, parecen no satisfacer del todo algunas de las razones ya esgrimidas para preferir el juicio de ponderación, por lo que este último resulta el más adecuado para el México de hoy.

Una vez dicho lo anterior, corresponde, ahora sí, explicar cómo se puede aplicar ya el principio de proporcionalidad para resolver controversias sobre

⁹⁹⁸ Sobre esto *cf.* el subcapítulo VI, número 3, letra B, del capítulo primero del presente trabajo.

⁹⁹⁹ *Cfr.*, entre otros, Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 61; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 930, p. 448; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 875, pp. 169 y 170; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 964, p. 351; Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 905, pp. 40 y ss.

¹⁰⁰⁰ Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 590, p. 112.

restricciones a los derechos de explotación, e implementar así, en forma inmediata y sin necesidad de reformas legales, el sistema mixto propuesto.

Para iniciar esta explicación, lo primero que hay que hacer es representar el tipo de conflicto normativo. Por un lado tenemos el derecho de explotación de autor, el cual está configurado a través de varias *reglas* (principalmente en el artículo 27 de la LFDA) y que va a prohibir ciertos usos de una obra. Por el otro lado están, principalmente, los derechos humanos relativos a la información, a la cultura y a la educación, mismos que tienen la forma de *principios* (véase entre otros, los artículos 3o., 4o., 6o. y 7o. constitucionales) y que van a operar, en ciertos casos, en el sentido de que sí se permitan *prima facie* los usos de obras que prohíben los derechos de explotación.

Pues bien, según el sistema mixto propuesto, el primer paso que debe seguirse para saber si determinado uso de una obra requiere o no de la autorización del titular del derecho de explotación (o de la facultad respectiva), es revisar el catálogo de restricciones previsto en la ley autoral.¹⁰⁰¹ Estas restricciones al derecho de explotación son *reglas*, es decir, son mandatos definitivos, por lo que si encontramos una restricción al derecho de explotación que sea aplicable, el juzgador deberá limitarse a resolver la controversia con base a esa restricción, lo cual hará mediante una subsunción (forma típica de aplicación de las reglas), sin que sea necesario acudir a la ponderación.¹⁰⁰²

Hasta aquí no hay mayor cambio respecto a lo que sucede hoy en día con la forma de aplicar la LFDA. Empero, ¿qué sucede cuando el uso de la obra que es materia de la controversia no está previsto como una restricción al derecho de explotación? En la concepción actual, la cuestión llegaría hasta ahí, sin que se hiciera ulterior análisis, arribando a la conclusión de que el uso es ilícito y se violan derechos de autor.

Sin embargo, en el sistema mixto propuesto habría un paso adicional: ante la insuficiencia del catálogo legal de restricciones al derecho de explotación, el juzgador debe verificar cuáles son las exigencias de los derechos humanos en ese caso, para verificar si el favorecer los intereses del autor en ese caso no es contrario al derecho a la información o a otros derechos básicos.

Así, si luego de analizar el listado legal de restricciones al derecho de explotación, el juzgador no encontró ninguna aplicable al caso, debe proce-

¹⁰⁰¹ Estamos partiendo del supuesto de que el uso de la obra no está salvaguardado por otras válvulas de escape, como la dicotomía “expresión/contenido” (*efr.* el subcapítulo X, número 1, letra D, subíndice c, del capítulo cuarto del presente trabajo).

¹⁰⁰² En todo caso, ya fue el propio legislador quien ponderó previamente la cuestión y decidió que debían prevalecer intereses diferentes a los del autor.

der a resolver la *contraposición normativa* que pudiera existir entre el derecho de explotación (reglas) y los derechos a la información, a la cultura y a la educación —según sea el caso— (principios).

Esto nos plantea una cuestión interesante. Según vimos en el capítulo primero, las colisiones entre principios se resuelven aplicando el principio de proporcionalidad, mientras que los conflictos entre reglas se solucionan acudiendo a los criterios lógico-teóricos tradicionales (como la *lex specialis* o la *lex superior*), pero ¿cómo se soluciona un conflicto entre una regla y un principio?

Pues bien, en estricto sentido, no hay una técnica para resolver una colisión entre reglas y principios,¹⁰⁰³ sino que lo que se debe hacer es reconducir el conflicto al nivel de los principios:

Por lo tanto, no se produce nunca una antinomia jurídica entre principios y reglas jurídicas. Éstas llevan a cabo la concreción de aquéllos. Por consiguiente, cuando dos principios entran en pugna y uno domina sobre el otro, las reglas que dan concreción al que fue vencido se dejan de lado: no se produce su aplicación en una determinada hipótesis, aunque permanezcan integradas válidamente (es decir, tengan validez en el ordenamiento jurídico).¹⁰⁰⁴

Es decir, lo que tenemos que hacer es encontrar el principio que da sustento a la regla que está colisionando con el otro principio, para así determinar, más bien, cuál es el principio que prevalecerá (con sus correspondientes reglas, en su caso). Como bien explica Borowski: “También las colisiones entre reglas y principios se resuelven en la dimensión del peso, siempre que sea necesaria una ponderación de un principio con otros principios que sustentan el contenido de la regla”.¹⁰⁰⁵

Nos encontramos frente a una situación común en el Estado constitucional de derecho, como indica García Amado: “todo conflicto de derechos basados en reglas es reconducible en Estado constitucional a conflicto entre principios, y, más aún, entre principios constitucionales”.¹⁰⁰⁶

Por consiguiente, en el sistema mixto propuesto, al llegarse a este segundo paso, el conflicto entre el derecho de explotación (reglas) y los derechos a

¹⁰⁰³ Nos explica Guastini: “las reglas y los principios son normas heterogéneas en cuanto a su estructura lógica, de manera que tal comparación directa entre ellos es imposible”. Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 965, pp. 120 y 121.

¹⁰⁰⁴ Grau, Eros, *op. cit.*, nota 379, p. 181.

¹⁰⁰⁵ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 653, p. 49.

¹⁰⁰⁶ García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 248.

la información, a la cultura y a la educación (principios), debe reconducirse a una colisión de principios, es decir, debe resolverse en la dimensión del peso.

En este sentido, los derechos de explotación (reglas) encuentran su sustento último y de mayor peso en el *derecho humano a la protección jurídico-autoral* (principio).¹⁰⁰⁷ Esto significa que el juzgador deberá ponderar¹⁰⁰⁸ entre ese principio y, según sea el caso, los derechos a la información, a la cultura y a la educación.

Mediante esa *ponderación* se resolverá si el uso controvertido de una obra es lícito o ilícito. Si en la ponderación prevalece el derecho a la protección jurídico-autoral, se aplicarán las reglas del derecho de explotación, y el uso de la obra será ilícito si no se obtiene el respectivo permiso. En cambio, si prevalecen los principios opuestos, el uso será libre y, en ese caso concreto, se dejará de lado lo ordenado por el derecho de explotación, sin que sus reglas pierdan validez.¹⁰⁰⁹ Así es como se aplicaría el principio de proporcionalidad, hoy en día, dentro de este sistema mixto de restricciones al derecho de explotación aquí propuesto. Para mayor claridad, pongamos algunos ejemplos.

A continuación haremos algunas ponderaciones sobre posibles restricciones al derecho de explotación que no están plasmadas en la LFDA, pero que pudieran derivarse de la aplicación del principio de proporcionalidad. Los ejemplos elegidos son el uso incidental de obras, la puesta a disposición de obras musicales en un *blog*, y la parodia.

Comenzando con el ejemplo del *uso incidental* de obras, en el capítulo cuarto (subcapítulo VIII, número 3, letra D) señalamos que se trataba de una inclusión menor y accesoria de una obra en otra. Supongamos que al filmar una película se crea una escena en la que la protagonista está leyendo revistas de moda en su habitación. En dicha escena son captadas las portadas de diversas revistas (lo que se traduce en obras fotográficas y de diseño).

Mientras que Grau afirma: “Insisto: las que dejan de lado son las reglas (concreciones de principios) que le dan concreción a ese principio que, en el enfrentamiento con otro, resultó vencido”. Grau, Eros, *op. cit.*, nota 379, p. 181.

En igual sentido, véase Carboni, Guilherme, *op. cit.*, nota 169, p. 430.

¹⁰⁰⁷ Cfr. el subcapítulo VI, número 3 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹⁰⁰⁸ Como vimos *supra* en las notas al pie 970 y 971 del presente capítulo, en las controversias entre particulares donde deban aplicarse principios, basta hacer una ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) sin que sea necesario recurrir a los principios de idoneidad y necesidad, ya que estos últimos examinan los medios elegidos por la autoridad para satisfacer algún principio.

¹⁰⁰⁹ “Dicho de otra forma: las reglas que dan concreción al principio vencido, aunque sigan teniendo validez, pierden eficacia —es decir, efectividad— en relación con la situación en la que se manifestó el conflicto entre principios”. Grau, Eros, *op. cit.*, nota 379, p. 182.

Así las cosas, por un lado tenemos el derecho de explotación sobre las fotografías y diseños de las revistas que impide su reproducción (incorporación a la película) y su distribución y comunicación pública (difusión de la película); pero por el otro lado, encontramos el derecho a la cultura (en su vertiente “derecho de participar en la vida cultural”) de los autores y del productor de la película, quienes, en ejercicio de su libertad creativa, decidieron hacer un reflejo fiel y realista de una adolescente mexicana en sus ratos de ocio.

Si revisamos la LFDA, dicha utilización de obras no está amparada por ninguna restricción al derecho de explotación, por lo que, de conformidad con el sistema mixto aquí propuesto, el juzgador deberá ponderar el derecho humano a la protección jurídico-autoral de los fotógrafos y diseñadores (pues es el principio que le da sustento a las reglas que plasman el derecho de explotación) y el derecho a la cultura de los cineastas.

Por lo tanto, comencemos por determinar el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral del autor de la fotografía (principio intervenido o “ P_i ”), para saber si es leve (l), media (m) o grave (g). A nuestro entender la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral es leve (l), pues si bien es cierto que se está usando la fotografía en forma in consentida y que hay propósitos lucrativos en la película, también es cierto que la revista es una parte muy menor (prácticamente un detalle) dentro del todo de la obra audiovisual; además de que la película no afecta, en forma alguna, la explotación normal de la fotografía o la revista, por lo que los intereses materiales del autor no se ven mermados (si acaso, su afectación es mínima, pues se podría alegar que el autor pudo haber licenciado el uso de la obra en la película), lo que no afecta para que el autor tenga un nivel digno de vida (que ya vimos que es lo que procura el derecho a la protección jurídico-autoral), pues la incorporación a la película no es el principal mercado o fuente de ingresos de la fotografía. Es decir, la aparición de la fotografía en la película es prácticamente inocua para los intereses económicos del autor. Por ende, la intensidad de la afectación al principio intervenido (IP_i) es leve (l), lo que se representa numéricamente en una intervención con valor de 1, es decir, $IP_i = 1$.

Ahora hay que graduar la importancia de la satisfacción del derecho a la cultura de los cineastas (principio interventor o “ P_j ”), para saber si es reducida (l), media (m) o elevada (g). Consideramos que la importancia de la satisfacción del derecho a la cultura es media (m), pues no se trata de una cuestión de importancia elevada (g) ya que la película podría existir sin esa escena o con una revista falsa o de ficción en la misma, pero tampoco es de importancia reducida (l), pues se merma el realismo de la película y el propósito de los creadores de dar un fiel reflejo del México de esta época, lo

que afecta la calidad prevista de la obra audiovisual y hasta las convicciones artísticas que la impulsan. Por lo tanto, la importancia de la satisfacción del principio interventor (WP_j) es media (m), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 2; por lo que $WP_j = 2$.

Determinados los grados de afectación y de satisfacción de los principios en colisión, apliquemos la fórmula del peso, cuyas tres variables son: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (mismos que son 1 en el primer caso, y 2 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Podemos señalar que el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral ($GPiA$) es, como ya dijimos, *medio*, por lo que su valor numérico en la escala triádica es de 2; de manera que $GPiA = 2$. De igual forma, respecto del derecho a la cultura su peso abstracto ($GpjA$) también es *medio* (máxime que los instrumentos internacionales de derechos fundamentales lo ponen al mismo nivel que el derecho a la protección jurídico-autoral), por lo que se le atribuye un valor de 2; lo que significa que $GpjA = 2$.

Por lo que hace al grado de certeza hay en las premisas empíricas (SP) relativas al peso de cada principio en colisión, recordemos la escala triádica que clasifica tales premisas en: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores son: 1, $1/2$, y $1/4$. En el ejemplo que nos ocupa no encontramos mayor problema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a cada principio, por lo que atribuiremos un valor medio (p) en cada caso, ya que las premisas empíricas son justificadas o plausibles. Por lo tanto, $SP_i = 1/2$, y $SP_j = 1/2$.

Así las cosas, si deseamos saber cuánto es el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la cultura respecto del uso incidental de portadas de revistas en una obra cinematográfica (GPi_j), debemos aplicar la fórmula del peso, misma que establece:

$$GPi_j = \frac{IP_i \cdot GPiA \cdot SP_i}{WP_j \cdot GpjA \cdot SP_j}$$

Y si aplicamos los valores números a los que hemos llegado a esta fórmula, el resultado sería el siguiente:

$$GPi_j = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1/2}{2 \cdot 2 \cdot 1/2} = \frac{1}{2} = 0.50$$

Esto implica que el peso del derecho humano a la protección jurídico-autoral en el presente ejemplo es de 0.50.

De igual forma, los mismos valores numéricos se usan para conocer el peso del derecho a la cultura frente al derecho a la protección jurídico-autoral en este ejemplo:

$$GP_{j,i} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1/2}{1 \cdot 2 \cdot 1/2} = \frac{2}{1} = 2$$

Lo que significa que el peso del derecho a la cultura en este caso es de 2.

Así, en el presente ejemplo relativo a un uso incidental de obra, se aprecia que el derecho a la cultura (satisfecho en 2) pesa más que el derecho a la protección jurídico-autoral (afectado sólo en 0.50), por lo que en este ejemplo prevalece el derecho a la cultura, lo que implica que la inclusión de la portada de la revista dentro de la película es lícita aunque se haya hecho en forma no autorizada.

Pasemos al segundo ejemplo, consistente en la puesta disposición de obras musicales en un *blog*. De entrada, como sabemos, una grabación sonora acumula tanto derechos de autor como derechos conexos; para este ejemplo sólo nos enfocaremos en los derechos de autor.

Pues bien, imaginemos que alguien abre un *blog* para comentar sobre el rock de la década de 1970. En ese sitio de Internet, además de poner sus comentarios sobre ciertas agrupaciones y canciones, el dueño también “sube” archivos con varias de las obras musicales que menciona. Cualquiera que entre al *blog* puede descargar los archivos y disfrutar de las obras gratuitamente.

En este asunto se encuentra involucrado, invariablemente, el derecho humano a la protección jurídico-autoral de los creadores de las canciones, a su vez que el responsable del *blog* invocaría su derecho a la información, en su modalidad de difundir información. Ponderemos tales derechos en el presente caso.

Empecemos por determinar el grado de afectación del derecho a la protección jurídico-autoral de los creadores de las canciones (principio intervenido o “*Pi*”). Consideramos la intervención o afectación al derecho a la protección jurídico-autoral es grave (*g*), debido a que la puesta a disposición gratuita de las canciones genera la posibilidad de que muchas personas adquieran las obras en ese *blog* y no en los canales ordinarios de comercialización, en donde se terminaría remunerando al autor. Varias personas que hubieran adquirido onerosamente la obra por otras vías, lo dejarían

de hacer ante la posibilidad de acceso gratuito en el *blog*, lo que se traduce en una afectación directa a los intereses económicos del autor,¹⁰¹⁰ pues hay una afectación al *núcleo* mismo de la protección económica de los creadores, en tanto el *blog* está rivalizando directamente con las otras formas de adquisición de la obra. Por ende, la intensidad de la afectación al principio intervenido (IP_i) es grave (g), lo que se representa numéricamente en una intervención con valor de 4, es decir, $IP_i = 4$.

Por lo que se refiere a la importancia de satisfacer el derecho a la información (principio interventor o “ P_j ”), esta es reducida (l), ya que el responsable del *blog* puede seguir operando su sitio y opinando sobre el rock de los 70, sin necesidad de poner los archivos con las canciones concretas; inclusive, si quiere ilustrar alguno de sus comentarios, bien puede valerse del derecho de cita, sin necesidad de poner a disposición del público las obras musicales completas. Así, la importancia de la satisfacción del principio interventor (WP_j) es reducida (l), lo que numéricamente se traduce en una satisfacción con valor de 1; por lo que $WP_j = 1$.

Una vez que ya conocemos los grados de afectación y de satisfacción de los principios colisionantes, corresponde aplicar la fórmula del peso, cuyas tres variables hay que recordar: 1) el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio (mismos que son 4 en el primer caso, y 1 en el segundo); 2) el peso abstracto de los principios en cuestión; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Podemos señalar que el peso abstracto del derecho a la protección jurídico-autoral (GP_iA) es *medio*, como ya hemos dicho, por lo que su valor numérico en la escala triádica es de 2; de manera que $GP_iA = 2$. De igual forma, respecto del derecho a la información su peso abstracto (Gp_jA) es *máximo* (debido a su supuesta posición prevalente),¹⁰¹¹ por lo que le atribuye un valor de 4; lo que implica que $Gp_jA = 4$.

Respecto al grado de certeza hay en las premisas empíricas (SP) relativas al peso de cada principio, recordemos la escala triádica: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores son: 1, $\frac{1}{2}$, y $\frac{1}{4}$. En el presente ejemplo tampoco encontramos mayor problema con la seguridad de las premisas empíricas sobre los pesos atribuidos a los principios colisionantes, por lo que atribuiremos un valor medio (p) en ambos supuestos, debido a que las premisas empíricas son justificadas

¹⁰¹⁰ Recuérdese que según el Comité DESC, entre los intereses materiales básicos de los autores, está el ser remunerados por los usos de sus obras. véase la observación general 17, párrafo 31.

¹⁰¹¹ *Cfr.* la nota al pie 933 del presente capítulo.

o plausibles. De esta forma, la atribución de valores quedaría así: $SP_i = 1/2$, y $SP_j = 1/2$.

Por consiguiente, para conocer el peso del derecho a la protección jurídico-autoral frente al derecho a la información respecto de la puesta a disposición gratuita de obras en un *blog* ($GP_{i,j}$), hay que aplicar la fórmula del peso:

$$GP_{i,j} = \frac{IP_i \cdot GP_{iA} \cdot SP_i}{WP_j \cdot GP_{jA} \cdot SP_j}$$

La cual quedaría de la siguiente manera, si le adjudicamos los valores números ya encontrados:

$$GP_{i,j} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1/2}{1 \cdot 4 \cdot 1/2} = \frac{4}{2} = 2$$

Así, el peso del derecho humano a la protección jurídico-autoral en este ejemplo es de 2.

Por otro lado, los mismos valores numéricos se usan para saber el peso del derecho a la información frente al derecho a la protección jurídico-autoral en el presente caso:

$$GP_{j,i} = \frac{1 \cdot 4 \cdot 1/2}{4 \cdot 2 \cdot 1/2} = \frac{2}{4} = 0.5$$

Esto implica que el peso del derecho a la información en el presente ejemplo es de 0.5.

Por consiguiente, en este caso relativo a la puesta a disposición de obras en un *blog*, se aprecia que el derecho a la protección jurídico-autoral (satisfecho en 2) pesa más que el derecho a la información (afectado sólo en 0.50), por lo que en este ejemplo prevalece el derecho a la protección jurídico-autoral, lo que implica que la conducta del responsable del *blog* es ilícita y esta sujeta a la previa autorización del autor.

El tercer ejemplo de cómo aplicar el principio de proporcionalidad para resolver controversias en materia de derechos de autor, es el de la parodia. En el número 2, subcapítulo VI del presente capítulo ya desarrollamos la respectiva fórmula del peso, cuyo resultado fue la prevalencia del derecho a

la información (al menos en términos abstractos, pues en casos concretos no necesariamente debe ser así).

Todo lo anterior nos ilustra el tipo de operación jurídica que debe hacerse en el sistema mixto de restricciones que proponemos, pero también nos demuestra que hay casos en que prevalece el derecho humano a la protección jurídico-autoral, como también los hay en donde salen vencedores otros derechos.

Desde luego, la mezcla de un catálogo ejemplificativo de restricciones a un derecho (*numerus apertus*) acompañado de la posibilidad de ponderar en los casos no previstos por ese listado, no es novedad alguna en los países neorromanistas; antes al contrario, es algo común en las leyes civiles sobre derechos de la personalidad, como se puede apreciar en el caso de España¹⁰¹² e, incluso con mayor claridad, en el caso mismo de México.

En efecto, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal contempla diversas restricciones expresas a los derechos de la personalidad que regula, como por ejemplo, la caricatura, el uso de imágenes accesorias en acontecimientos de actualidad, el interés histórico, la imagen de personas públicas en acontecimientos públicos, etc. Sin embargo, al margen de ese listado legislativo, el propio ordenamiento permite al juez acudir a una ponderación y desarrollar nuevas restricciones, contemplando la ley para tal efecto dos cláusulas generales o abiertas: la primera en su artículo 8o. (“El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad”) y la segunda en su artículo 27 (casos en que debe *predominar* el interés público).

Precisamente, a esta clase de restricciones no previstas en ley, son a las que la doctrina del derecho de la información llama “límites implícitos”, los cuales se derivan de ponderar o balancear los derechos e intereses que lleguen a colisionar con las libertades informativas.¹⁰¹³

De donde se concluye que nuestra propuesta en materia de derechos de autor no es exótica a nuestra tradición jurídica, y cuenta con herramientas jurídicas suficientes para poderse implementar.

¹⁰¹² Por ejemplo, respecto de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen, Azurmendi nos refiere que esa ley admite otras restricciones al derecho a la propia imagen diferentes a las tipificadas por el artículo 8.2, es decir, dicho catálogo constituye un *numerus apertus* que puede ser complementado por vía judicial. Cfr. Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed., México, UIA, Fundación Manuel Buendía, 1998, pp. 213 y 214.

¹⁰¹³ Tacchi, Paola, *Elementi di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Nápoles, Simone, 2008, p. 14.

Pasemos ahora a ver cómo podemos llegar a los mismos resultados, pero mediante la incorporación a la ley de una cláusula general.

b. Aplicación en una cláusula general

Si bien el sistema mixto de restricciones propuesto se puede implementar de la manera explicada en el apartado anterior, lo ideal es reformar la LFDA para incluir expresamente una cláusula abierta. Aquí el principio de proporcionalidad es, principalmente, un inspirador del legislador en relación con la redacción del texto de la cláusula abierta.

En este sentido, puede pensarse en adicionar la LFDA con un artículo que diga algo así como lo siguiente:

Si la autoridad judicial o administrativa encuentra que la utilización no autorizada de la obra no está amparada por alguna de las limitaciones o excepciones previstas en los artículos previos o en cualquier otro contemplado en esta Ley, procederá entonces a ponderar los derechos humanos de quien utilizó la obra que resulten relevantes, con el derecho humano del autor a ser protegido en sus intereses morales y materiales.

Los resultados prácticos son los mismos que con la redacción actual de la LFDA, pues en ambos supuestos se llegaría a una ponderación de principios en caso de que el listado legal de restricciones no nos resolviera el caso concreto. La diferencia, es que la cláusula abierta facilitaría más la labor de fundamentación y motivación de los juzgadores.

5. Principales obstáculos para este sistema mixto propuesto

Hay que reconocer que el camino para aplicar el sistema mixto de restricciones al derecho de explotación que aquí proponemos, no está exento de escollos u objeciones, a pesar de tener un sólido fundamento jurídico y soporte iusfundamental. Por lo que a continuación repasaremos, brevemente, algunos de esos obstáculos.

A. Formalismo del medio jurídico mexicano

Una propuesta de este tipo requiere una nueva forma de ver y entender el derecho. Nuestras autoridades judiciales y administrativas se han formado, en su mayoría, en un ambiente profesional y académico muy formalista, deudor del estado legalista de derecho y del paleopositivismo. Lo mismo

puede decirse de los abogados postulantes, quienes, también en su mayoría, siguen perpetuando dogmas propios del siglo XIX.

Si bien un importante sector de la academia y del Poder Judicial de la Federación han dado impulso a nuevos paradigmas jurídicos, más garantistas y flexibles (y la reforma sobre derechos humanos de 2011 empuja también a esa dirección), hay que reconocer que nuestro foro todavía no está preparado al cien por ciento para aplicar una propuesta como la que aquí exponemos.

Empero, eso no descalifica la propuesta en sí misma, sino más bien nos demuestra el subdesarrollo jurídico en el que ha quedado México. En esta materia, como en otras tantas, más bien, lo que debe hacerse es continuar promoviendo y propiciando el avance del derecho.

La aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar controversias sobre derechos de autor generará, en algunos casos, resoluciones equivocadas y errores judiciales, sin embargo, poco a poco se avanzará al grado de que todos los operadores jurídicos lleguen a familiarizarse con ese instrumento.

B. *Dogmas del derecho autoral*

La propuesta de un sistema mixto de restricciones al derecho de explotación basado en el principio de proporcionalidad, rompe con la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación, arraigada en los países de tradición jurídica continental.¹⁰¹⁴ Es posible que buena parte de la doctrina en materia de derechos de autor rechace una propuesta de este tipo, por desviarse de algunos de los dogmas de dicha disciplina, y por tener algunas similitudes con el *fair use* (figura generalmente antipática para los estudiosos de los países del *droit d'auteur*).

Sin embargo, quitados los dogmas y analizada a fondo la propuesta, se verá que ni es una importación de figuras del *common law*, ni busca destruir

¹⁰¹⁴ En este sentido, Geiger explica: “decisions that on principle favour the right-holder, like the principle of the restrictive interpretations of exceptions, would not be justified under a system based on fundamental rights”. Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 978, p. 122.

Inclusive, ese académico acusa que la máxima de interpretación restrictiva de los límites a los derechos de autor ha permitido la desmedida expansión de los derechos de explotación. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 167, p. 35.

Mientras que Piovesan apunta que una concepción excesivamente privatista de los derechos de autor afecta la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. Véase Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional”, en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, 2a. ed., Brasil, Juruá, 2008, vol. II, p. 25.

los derechos de los autores (al contrario, se trata de fortalecerlos y salvaguardarlos a través de los derechos humanos, pero también se pretende un equilibrio al respetarse otros derechos igual de importantes). El principio de proporcionalidad tiene décadas de tradición en la judicatura europea (no es raro ver su aplicación en países como Alemania, España, Italia, etcétera) y en los tribunales internacionales en materia de derechos humanos; en realidad, no es algo exógeno a nuestra tradición jurídica.

De hecho, la realidad nos está demostrando cómo la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación está en vías de superación. Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán, en el caso *Elektronischer Pressespiegel* (julio de 2002), se alejó de la máxima de interpretación restrictiva, admitiendo que algunos casos son susceptibles de interpretación analógica.¹⁰¹⁵ Más ejemplos pueden encontrarse *supra* en la letra “a” de la letra B, del número 4, del subcapítulo VI del presente capítulo.

Además, la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación sale mal parada a la luz de los derechos humanos, pues no toma en cuenta las exigencias constitucionales y los tratados en la materia. Y es que la doctrina clásica de las restricciones al derecho de explotación tiene su sustento teórico en el legicentrismo decimonónico, postura doctrinal ya superada en el siglo XXI. De ahí que, acertadamente, Geiger¹⁰¹⁶ explique que si las restricciones al derecho de explotación tienen su origen en derechos fundamentales (como ya lo comprobamos),¹⁰¹⁷ no pueden ser vistas como excepciones a las reglas, ni interpretarse restrictivamente, pues no hay una jerarquía de derechos sino una igualdad entre ellos.¹⁰¹⁸

Inclusive, la exposición de motivos de la propia LFDA da pie a una lectura más equilibrada de la misma, cuando afirma que se trata de un “ordenamiento jurídico por medio del cual los autores... encuentren *el mayor equilibrio posible* en el tráfico de bienes y servicios culturales” (énfasis añadido).

Asimismo, no podemos soslayar lo dicho por el Comité DESC en el sentido de que los estados han de “lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de una protección efectiva de los intereses morales y materiales de los

¹⁰¹⁵ Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, “Interpreting exceptions in intellectual property law”, en Adelman, Martn J., Brauneis, Robert, Drexl, Josef, y Nack Ralph (coords.), *Patents and technological progress in a globalized world. Liber amicorum Joseph Straus*, Alemania, Springer-Verlag, 2009, p. 102.

¹⁰¹⁶ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 167, p. 43.

¹⁰¹⁷ *Cfr.* el subcapítulo I, número 5 del capítulo cuarto del presente trabajo.

¹⁰¹⁸ Eso sin tomar en cuenta las objeciones metodológicas a la interpretación restrictiva de las excepciones (por ejemplo, por ir en contra del criterio de *lex specialis* o por sólo favorecer interpretaciones gramaticales). *Cfr.* Holzapfel, Henrik, y Werner, Georg, *op. cit.*, nota 1015, pp. 107-109.

autores y las obligaciones de los Estados Partes en relación con los derechos a... la educación, así como los derechos a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y cualquier otro derecho reconocido en el Pacto".¹⁰¹⁹

De hecho, la doctrina mexicana ya ha tenido destellos de este tipo, como lo demuestran las siguientes palabras de Morales Montes, quien se aleja de la hermenéutica autoral ortodoxa y se decanta por una visión más iusfundamental (neoconstitucionalista, diríamos) para interpretar las restricciones al derecho de explotación plasmadas en la LFDA:

...las limitaciones previstas por las fracciones III y IV del artículo 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor, deberán interpretarse bajo una visión argumentativa y democrática para que estén permitidas todas aquellas conductas apegadas a los derechos constitucionales de acceso a la educación, a la libertad de expresión y a la educación, principios que estarán por encima de toda regla impuesta a nivel de norma de ley o reglamentaria.¹⁰²⁰

C. *El entendimiento tradicional de la regla de los tres pasos*

Posiblemente, la regla de los tres pasos (en la forma en que tradicionalmente se le representa) es el principal obstáculo a un sistema mixto de restricciones basado en el principio de proporcionalidad.

De entrada, coincidimos con Griffiths¹⁰²¹ cuando afirma que, tal y como se entiende, la regla de los tres pasos está destinada a producir resultados arbitrarios o no equilibrados. Esto en virtud de que tradicionalmente se ha estimado que es un examen escalonado, donde la verdadera ponderación o *balancing* se hace hasta llegar al tercer paso,¹⁰²² debiendo aprobarse previa-

¹⁰¹⁹ Observación general 17, párrafo 39, inciso e).

¹⁰²⁰ Morales Montes, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 8, p. 233.

¹⁰²¹ Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 20.

¹⁰²² No les falta razón a Hugenholtz y Okediji cuando explican que la redacción del tercer paso permite examinar las exigencias de los derechos humanos. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 147, p. 487.

Por lo mismo, coincidimos con Geiger cuando indica que *el tercer paso es el más importante*, pues es el que permite evaluar la justificación detrás de cada restricción al derecho de explotación. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 979, p. 18.

Además, como se ha destacado, el tercer paso es inherentemente maleable (véase Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 17), al grado de identificarlo con el principio de proporcionalidad (Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 979, p. 18; Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *op. cit.*, nota 92, p. 776; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 61; Senfleben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 226), y concretamente con la ponderación (Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 73, p. 287; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, pp. 160 y 163).

mente el segundo paso, mismo que es de carácter meramente económico y tiende a favorecer al titular de derechos.¹⁰²³ De ahí que se diga que la regla de los tres pasos propicia lecturas economicistas (como la que hizo el órgano de solución de controversias de la OMC), y que la traba que implica el segundo paso impide, realmente, valorar los intereses involucrados.¹⁰²⁴ A esto se puede sumar el hecho de que algunas interpretaciones del primer paso, lo explican como una prohibición de limitar los derechos de explotación si no es a través de una restricción formulada en forma expresa y concreta en el texto de la ley.¹⁰²⁵ Si bien esta no es la única interpretación (e incluso difiere de la del órgano de solución de controversias de la OMC),¹⁰²⁶ el riesgo está latente.

Por consiguiente, tal y como algunos entienden la regla de los tres pasos, concretamente respecto a su lectura escalonada y al orden de cada uno de los pasos, esta figura jurídica favorece al titular de derechos de explotación e impide un verdadero equilibrio, al grado de haberse convertido, más bien, en una presunción general en contra de las restricciones al derecho de explotación.¹⁰²⁷ En tal tenor, nos refieren Hugenholtz y Okediji:

¹⁰²³ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 979, pp. 18 y 19 (quien incluso considera que el no llegar al tercer paso, por no haberse aprobado el segundo, es contrario a las exigencias de los derechos fundamentales, pues se le está dando prioridad al titular de derechos autorales, cuando el trato debe ser, más bien, equitativo).

¹⁰²⁴ “Koelman has described the problem clearly – explaining that if the three conditions of the ‘test’ are interpreted as cumulative requirements and if the second step is itself interpreted restrictively as precluding most interventions into a right-holder’s market, there is a danger that the prohibition upon all conflict with the ‘normal exploitation’ of a work will assume undesirable ‘show-stopping’ status. Whenever an excepted use deprives a right-holder of a realisable commercial gain (current or potential), the second step will be infringed and the application of the exception will necessarily be curtailed – regardless of any competing public interest consideration that the exception at issue may serve”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 10.

¹⁰²⁵ Por ejemplo, esa es la opinión de Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 713, p. 167.

En general, la explicación y refutación de esta postura puede encontrarse en Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 137.

¹⁰²⁶ Informe del Grupo Especial de la OMC, p. 32.

¹⁰²⁷ “As has been noted by many commentators, a restrictive approach to the ‘three-step test’ risks paralysing the development of copyright exceptions and harming the public interest in the digital environment. To the extent that the ‘test’ is interpreted as a general presumption against the extension of exceptions, it may forestall the adoption of viable solutions to the problems presented to copyright law by communications technologies”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 10.

De hecho, desde la inclusión de la regla de los tres pasos en el Convenio de Berna, sus redactores revelaron que, aunque se trata de un instrumento que busca equilibrar diversos intereses, se puso como prioridad proteger los intereses económicos de los autores. *Cfr.* Okediji,

The three-step test apparently negates the balance between exclusivity and access that should be inherent in any mature copyright system. Its focus, as with the entire structure of minimum rights, is geared toward protecting rights of authors or, in the case of TRIPS, “rights holders”, not the interests of society or the general public. Cumulative application of the three steps, as its wording requires, heavily tilts the balance in favour of the rights holders.¹⁰²⁸

En este sentido, la aplicación directa del principio de proporcionalidad para resolver controversias sobre derechos de autor pudiera parecer, para muchos, una violación a la regla de los tres pasos, en tanto no se estaría restringiendo el derecho de explotación sólo en casos especiales previstos en ley (no aprobación del primer paso), y en tanto se estarían ponderando derechos encontrados, incluso cuando se hubiese constatado una afectación a la explotación normal de la obra (no aprobación del segundo paso).

Es así como la regla de los tres pasos podría llegar a constituir un obstáculo para el sistema mixto de restricciones que proponemos. Desde luego, esto no puede pasarse por alto, pues no hay forma de ignorar la regla de los tres pasos, por estar prevista en tratados de los que México es parte (Convenio de Berna, TLCAN, ADPIC y TODA), y por ende, por ser obligatoria.

Una solución, aparentemente sencilla, sería considerar que la regla de los tres pasos contraviene los tratados de derechos humanos, en particular los que protegen derecho a la información, el derecho a la cultura y el derecho a la educación; máxime que estos tratados echan mano del principio de proporcionalidad para limitar los derechos fundamentales.¹⁰²⁹ Bajo este enfoque la regla de los tres pasos contravendría tratados de *ius cogens* y, por ende, las disposiciones internacionales que contemplan la regla de los tres pasos serían nulas a la luz del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (y hasta de la costumbre internacional que le da sustento).

Si bien tal razonamiento no es del todo descabellado, presenta serios bemoles. En primer lugar, como apuntamos con anterioridad,¹⁰³⁰ en la doctrina del derecho internacional no hay acuerdo sobre si todos los derechos

Ruth, “Toward an international fair use doctrine”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 39, núm. 1, 2000, p. 111; y Sun, Haochen, “Overcoming the Achilles Heel of copyright law”, *Northwestern journal of technology and intellectual property*, Northwestern University, vol. 5, núm. 2, primavera 2007, p. 274.

¹⁰²⁸ Hugenholtz, Bernt P, y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 147, p. 482.

¹⁰²⁹ Como ejemplo, véase los párrafos 22 y 23 de la observación general 17 del Comité DESC, así como el párrafo 19 de la observación general 21 del mismo comité.

¹⁰³⁰ Subcapítulo II, número 4, capítulo tercero.

humanos son de *ius cogens*, o sólo algunos de ellos. Y si bien es cierto que una concepción holística y moderna nos inclinaría a la primera opción, los tribunales internacionales podrían eventualmente decantarse por la segunda (máxime que hay un importante sector doctrinal que sustenta esta postura), lo que implicaría la validez de la regla de los tres pasos. En segundo lugar, el principal foro jurisdiccional para aplicar la regla de los tres pasos es el órgano de solución de controversias de la OMC vía ADPIC (aunque la Corte Internacional de Justicia podría hacerlo vía TODA y Convenio de Berna), el cual carece de competencia para anular tratados, pues es un organismo que sólo aplica las normas de su subsistema jurídico (comercio internacional) y es poco propicio a tomar en cuenta los tratados de derechos humanos.

Otra vía de solución es cambiar la redacción de la regla de los tres pasos en los tratados. Empero, esto tampoco es fácil. De entrada, por el requisito de unanimidad de votos del Convenio de Berna, y por el más o menos amplio consenso que generó la adopción de la regla en el TODA, en el ADPIC y hasta en el TLCAN. Se antoja difícil coordinar sendas conferencias diplomáticas para cambiar la redacción de todos esos tratados.¹⁰³¹

En la misma vena, pero con un panorama menos pesimista, está la opción de la derogación de la regla de los tres pasos mediante la adopción de un nuevo tratado (ley posterior deroga a la anterior).¹⁰³² Quizás el posible tratado sobre restricciones al derecho de explotación que está preparando la OMPI, pudiera contemplar alguna disposición de este tipo,¹⁰³³ aunque en los textos que se discuten no hay reflejo de ello.

Empero, la solución que más aceptación está generando en el ámbito académico es la *reinterpretación* de la regla de los tres pasos.¹⁰³⁴ En efecto, el profesor Casas Vallés, quien ve con buenos ojos esas posturas reinterpreta-

¹⁰³¹ “However, the practical difficulties of achieving any form of solution based on a rewriting of the ‘test’ are obvious. Copyright reform is a slow and acrimonious process”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 10.

¹⁰³² *Cfr.* el artículo 59 de la Convención de Viena.

¹⁰³³ Véase *infra* subcapítulo VI, número 6.

¹⁰³⁴ “Accordingly, many commentators have argued that the problems arising from the apparent inflexibilities of the ‘test’ can better be resolved through the adoption of an appropriate interpretation of its existing terms. Several scholars have, for example, suggested ways of softening the potential impact of the second step of the ‘test’ and, thereby, avoiding the potential pitfalls noted above”. Griffiths, Jonathan, *op. cit.*, nota 347, p. 10.

Un ejemplo de esta tendencia es la llamada “Declaración de Munich” (su título oficial es: *A balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law*), suscrita en el verano de 2008 y en donde se propone una interpretación flexible de la regla de los tres pasos, alejada de su interpretación ortodoxa. Entre los firmantes, destacan muchos de los más reconocidos académicos en materia de derecho intelectual, como por ejemplo: Bently, Bugallo, Cornish, Derclaye, Dreier, Drexler, Dusollier, Dutfield, Geiger, Gendreau, Griffiths, Guibault, Gómez

tivas de la regla de los tres pasos, afirma: “Hay que admitir que resulta muy tentador —y probablemente sería positivo— releer la prueba para convertirla en una herramienta más flexible”.¹⁰³⁵ De hecho, la regla de los tres pasos tiene sus raíces en el *common law* (como vimos en el subcapítulo VI, número 1 del capítulo cuarto del presente trabajo), por lo que su interpretación *debe ser flexible*.¹⁰³⁶

Como ejemplo, Christophe Geiger propone una lectura inversa de la regla de los tres pasos, comenzando con el tercer paso, el cuál es el que en realidad permite ponderar los intereses y tomar en cuenta lo que en realidad está en juego. Mientras que el segundo paso sólo serviría para “calibrar” o corregir los resultados que, de plano, fueran desastrosos para la normal explotación de la obra. Además, este brillante académico nos puntualiza que el tipo de lectura que propone es válida, pues el texto de la regla de los tres pasos no lo prohíbe (vaya, ni siquiera señala el análisis escalonado que se ha llegado a considerar ortodoxo), mientras que sería un tipo de interpretación totalmente acorde a la luz de los derechos fundamentales.¹⁰³⁷

Ideas similares también han sido sugeridas por Casas Vallés: “En este sentido ¿por qué no ver el tercer paso como un método (de ponderación) para equilibrar los intereses enfrentados de la sociedad (primer paso: determinados casos especiales) y de los titulares (segundo paso: explotación normal de las obras y prestaciones)?”.¹⁰³⁸

Inclusive, buscando otras alternativas que sean respetuosas del texto de la fórmula de los tres pasos, e inspirándose en el *fair use*, Geiger también propone que los tres pasos se tomen como tres criterios que deben ser tomados en cuenta por los jueces en forma conjunta y simultánea. Así, en el segundo paso de la regla de los tres pasos (como en el cuarto factor del *fair use*), el juez debe tomar en cuenta el efecto económico negativo por el uso de la obra, pero ese no es el factor decisivo por sí mismo, sino que se debe sopesar con el resto de los factores e, incluso, pueden existir casos donde se resuelva la licitud del uso no autorizado de la obra, a pesar de no haberse aprobado el segundo paso.¹⁰³⁹

Como bien dice Casas Vallés, frente a la ortodoxia en la interpretación de la regla de los tres pasos (necesidad de aprobar cada etapa y en orden

Segade, Hilty, Hugenholtz, Kur, Nwauche, Pacón, Palazzi, Rosen, Senfileben, Suthersanen, Torremans, Vivant, Waelde, y Xalabarder.

¹⁰³⁵ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 695.

¹⁰³⁶ Senfileben, Martin, *op. cit.*, nota 142, p. 2.

Asimismo, véase López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 64.

¹⁰³⁷ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 979, pp. 18 y 19.

¹⁰³⁸ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 695.

¹⁰³⁹ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 979, p. 19.

progresivo), “se ha sugerido que un análisis global o conjunto (que no obligara a superar todos y cada uno de los pasos de forma independiente y acumulativa), permitiría una aplicación más equilibrada de la prueba y evitaría convertirla en una carrera de obstáculos”.¹⁰⁴⁰

Otra postura de este tipo es la Gervais, quien también propone una prueba de los tres pasos *inversa*, en donde se adoptan criterios del *fair use* para interpretar la prueba tripartita.¹⁰⁴¹

Consideramos que estas propuestas de interpretación de la regla de los tres pasos, son muy afortunadas. De entrada porque son respetuosas de los derechos humanos, en general; y muy particularmente del derecho humano a la protección jurídico-autoral, por un lado, y de los derechos a la cultura, la educación y la información, por el otro lado.

Pero además, vemos con buenos ojos tales propuestas, porque encuentran un sólido sustento, tanto en el ADPIC como en el TODA. En efecto, el artículo 7o. del ADPIC nos da una norma de interpretación muy importante:

Artículo 7o.
Objetivos

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en *beneficio recíproco* de los productores y de los *usuarios* de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y *el equilibrio de derechos y obligaciones*. (Énfasis añadido).

Véase como el objetivo del ADPIC (no formulado en su preámbulo, sino en su articulado mismo), no es favorecer preponderantemente a los titulares de derechos intelectuales, sino lograr un *beneficio recíproco*, que abone a un bienestar social, y, sobre todo, que lleve a un *equilibrio* de derechos.¹⁰⁴² Como bien afirma Geiger, el ADPIC no sólo busca el desarrollo económico, sino también el bienestar social, por lo que sus disposiciones deben interpretarse para lograr resultados equilibrados.¹⁰⁴³

¹⁰⁴⁰ Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 142, p. 695.

¹⁰⁴¹ Gervais, Daniel J., “Towards a new core international copyright norm: the reverse three step test”, *Marquette intellectual property law review*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 28-30.

Propuesta similar, y más detallada, puede encontrarse en Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 1027, pp. 149 y ss.

¹⁰⁴² Incluso, esto ha motivado que exista quienes afirmen que el ADPIC contempla la posibilidad de ponderar. *Cfr.* Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 1014, p. 26.

¹⁰⁴³ Geiger, Christophe, “Exploring the flexibilities of the TRIPS Agreement’s provisions on limitations and exceptions”, en Kur, Anette, y Mizaras, Vytautas (coords.), *The structure of intellectual property law. One size fit all?*, Reino Unido, Edward Elgar, 2011, p. 289.

Bajo esta luz, el interpretar la regla de los tres pasos (artículo 13 del ADPIC) en forma cumulativa y en el orden tradicional, se traduciría en inclinar la balanza, indefectiblemente, a favor de los titulares de derechos de explotación, lo que no es una interpretación válida a la luz de la Convención de Viena,¹⁰⁴⁴ pues tiende a frustrar el objeto y fin del tratado, el cual es el beneficio recíproco, el bienestar social y, sobre todo, el equilibrio. En cambio, las nuevas interpretaciones propuestas de la regla de los tres pasos, no sólo son más acordes con el artículo 7o. del ADPIC, sino incluso parecen estar *ordenadas* por la norma que se desprende de tal disposición.

Situación similar encontramos en el TODA, el cual contempla una declaración en los siguientes términos:

Las Partes Contratantes,

[...].

Reconociendo la necesidad de mantener *un equilibrio* entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la *educación, la investigación y el acceso a la información*, como se refleja en el Convenio de Berna,

Esta declaración de los suscriptores del TODA no sólo permite una interpretación flexible de la regla de los tres pasos,¹⁰⁴⁵ sino que esa mención expresa del equilibrio debe ser un *criterio de interpretación* de dicho tratado en materia de restricciones al derecho de explotación,¹⁰⁴⁶ lo cual es perfectamente válido a la luz de la Convención de Viena.¹⁰⁴⁷

Inclusive, como ejemplo práctico en el mundo jurídico, podemos mencionar el artículo 40 Bis de la Ley de Propiedad Intelectual española que, como ya vimos, incorpora la regla de los tres pasos, pero prescindiendo del primero de ellos y alterando el orden de los dos últimos, de manera que el texto legal se refiere primero a la afectación injustificada a los intereses de los autores, y luego a la afectación de la explotación normal de la obra. Esto nos demuestra de la rígida lectura que propone la ortodoxia autoralista, no ha sido acatada por algunos legisladores, como el español, que, incluso, han invertido el orden de los pasos.

¹⁰⁴⁴ El artículo 31.1 de este acuerdo establece la regla general de interpretación en los siguientes términos: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*” (énfasis añadido).

¹⁰⁴⁵ Okediji, Ruth, *op. cit.*, nota 1027, p. 152.

¹⁰⁴⁶ Hugenholtz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 147, p. 481.

¹⁰⁴⁷ Su artículo 31.2 señala que el preámbulo de un tratado se considera parte de su texto para fines de su interpretación.

Por otra parte, no está de más echar un ojo de varias de las proclamas contenidas en la *Declaración de Munich*,¹⁰⁴⁸ como la necesidad de interpretar la regla de los tres pasos a la luz de los derechos humanos, el rechazo a la interpretación restrictiva, la aceptación de la técnica de la analogía, la creación judicial de restricciones, y, sobre todo, que la interpretación debe ser equilibrada. Dado el peso de los académicos firmantes, podría considerarse fuente del derecho internacional (doctrina prestigiada) para interpretar el Convenio de Berna y demás tratados que contengan la prueba de los tres pasos.

En conclusión: la regla de los tres pasos no tiene por qué considerarse como un obstáculo para la implementación del sistema mixto de restricciones propuesto, siempre y cuando se le interprete de manera que cumpla su objetivo: lograr un equilibrio entre la protección a los autores y los demás intereses iusfundamentalmente protegidos con los que se llegue a contraponer.

D. *La renuncia contractual a las restricciones*

Otro obstáculo que pudiera surgir para implementar el sistema mixto propuesto, es un fenómeno que ha cobrado auge en los últimos años, y es la renuncia convencional a las restricciones del derecho de explotación.

Para entender este fenómeno es importante recordar que se ha cambiado el esquema de consumo de obras, pues antes solíamos obtener las creaciones mediante la compra de ejemplares (se adquiría la propiedad del soporte material), pero ahora la Internet está generalizado la adquisición de obras en forma intangible, lo cual se hace a través de un contrato de licencia.¹⁰⁴⁹ Pues bien, lo que ahora está sucediendo es que los proveedores de contenidos, como condición al acceso a sus obras, están imponiendo a los usuarios cláusulas donde renuncian a beneficiarse de las restricciones al derecho de explotación que la ley les concede (renuncia a la copia privada, al derecho de cita, al uso con fines educativos, etcétera).¹⁰⁵⁰ En pocas palabras: se está obligando

¹⁰⁴⁸ *Cfr.* la nota 1034 del presente capítulo.

¹⁰⁴⁹ Mooney, Stephen, Rosenblatt, Bill, y Trippe, Bill, *op. cit.*, nota 174, p. 47; y Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, pp. 2 y 3.

En este tenor, nos explica López Maza: “Ahora el equilibrio está en entredicho debido a las tecnologías digitales y a la forma en que se han modificado nuestro modo de acceder a los contenidos protegidos y hacer uso de ellos. El acceso a las obras y prestaciones protegidas se rige cada vez más por contratos, lo que puede tener repercusiones en la aplicación de los límites. En conclusión, con la llegada de las medidas tecnológicas de protección del acceso y control del copiado, se produce un desequilibrio a favor de los titulares de derechos”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 105.

¹⁰⁵⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 3; López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 110; Stokes, Simon, *op. cit.*, nota 103, pp. 17 y 18.

a pagar por usos que son gratuitos. Este fenómeno se extiende cada más y ha generado un serio debate, principalmente en foros académicos.

Si bien el sentido común y el jurídico, nos dicen que “el ejercicio de las limitaciones no puede, por definición, depender de consentimiento de los titulares de derechos”,¹⁰⁵¹ Guibault ha demostrado, en un muy buen estudio, que la validez o no de las renunciaciones contractuales al derecho de explotación dependen, principalmente, de las normas internas y la tradición jurídica de cada país.¹⁰⁵² De ahí que ciertos países, para no dejar lugar a dudas, han legislado para dejar en claro que las restricciones al derecho de explotación no son renunciables. Por ejemplo, la ley portuguesa de transposición de la Directiva de la Sociedad de la Información (Ley 50/04) establece que las restricciones son imperativas, por lo que cualquier renuncia a ellas es nula.¹⁰⁵³ Otro ejemplo similar, es la nueva ley belga de derechos de autor de 2005.¹⁰⁵⁴

En el caso de México, estimamos que las restricciones al derecho de explotación no son renunciables pues derivan de normas de orden público (como expresamente determina el artículo 2o. de la LFDA), por lo que no son susceptibles de pacto en contrario.

Además, al aplicarse en estos casos las disposiciones de tutela de los consumidores¹⁰⁵⁵ (incluyendo lo relativo a los contratos de adhesión), pero sobre todo, al ser una cuestión en materia de derechos humanos (recordemos que este es el principal fundamento de las restricciones a los derechos de explotación), la renuncia contractual es un recurso bastante endeble.¹⁰⁵⁶

E. *¿La inaplicabilidad de los tratados de derechos humanos?*

Aunque pudiera parecer increíble, comienzan ya a escucharse voces en el sentido de que los tratados en materia de derechos humanos que protegen

¹⁰⁵¹ López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

Sobre todo, si partimos de la base de que las restricciones al derecho de explotación encuentran su fundamento en diversos derechos humanos. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 978, p. 126.

¹⁰⁵² Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 397, p. 291.

Cfr. también Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 5, p. 8.

¹⁰⁵³ De Oliveira Ascensão, José, *op. cit.*, nota 135, p. 101.

¹⁰⁵⁴ Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 978, p. 126.

¹⁰⁵⁵ Cabedo Serna, Llanos, *op. cit.*, nota 173, p. 66.

¹⁰⁵⁶ “En un entorno totalmente gobernado por los contratos, las partes más débiles pueden quedar perjudicadas y las libertades fundamentales pueden ponerse en peligro. La libertad de contratar puede convertirse en una coerción contractual, especialmente cuando empresas dominantes abusan de su poder de mercado para imponer reglas contractuales a los consumidores con escasos o ningún recurso”. López Maza, Sebastián, *op. cit.*, nota 2, p. 112.

los intereses de los autores (a la par de los intereses en culturales e informativos), no son aplicables en materia de derechos de autor y deben ceder ante la regulación concreta de los derechos intelectuales.

Esta es la postura de Silke Von Lewinski, para quien los tratados sobre derechos de autor prevalecen sobre los convenios de derechos humanos, argumentando una *lex specialis*, derivada de que los segundos son muy generales y ambiguos; por lo que, en su opinión, se debe aplicar lo que digan las normas especiales previstas en las convenciones autorales y dejar a un lado los tratados de derechos humanos.¹⁰⁵⁷

Si bien Von Lewinski es una de las mentes más preclaras y una de las voces más autorizadas en el derecho internacional de la propiedad intelectual, consideramos que incurre en un craso error en materia de técnica jurídica: no está distinguiendo entre principios y reglas.

Efectivamente, como ya señalamos, la *lex specialis* es una técnica para resolver antinomias entre dos *reglas*, más no sirve para resolver colisiones entre una regla y un principio, y eso es precisamente lo que propone Von Lewinski, desaplicar derechos humanos (principios) a favor de las normas de derechos de explotación (reglas), lo cual es incorrecto.¹⁰⁵⁸

Ese argumento llevaría a burlar, de la forma más burda, toda clase de derechos humanos, pasando por alto su carácter de mandatos de optimización (ordenan que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible). Para más detalles sobre cómo resolver una contradicción entre un principio y una regla, véase *supra* el letra B, número 4 subcapítulo VI del presente capítulo.

¹⁰⁵⁷ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 78, p. 593.

¹⁰⁵⁸ Guastini nos explica que es imposible contraponer reglas y principios contradictorios (*op. cit.*, nota 965, pp. 120 y 121), e incluso, que los criterios tradicionales de solución de antinomias, como la *lex specialis*, no tienen cabida cuando hay un conflicto de principios (*op. cit.*, nota 965, pp. 125 y 126).

En realidad, como ya vimos, los conflictos entre regla y regla se solucionan con la *lex specialis* y demás criterios previamente mencionados (Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. de Liliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss.; Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 127), mientras que las colisiones entre principio y principio se resuelven en la dimensión del peso —aplicando el principio de proporcionalidad y no la *lex specialis*— (Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 591, p. 77; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 590, p. 89; Sieckmann, Jan-R., “Las propiedades lógicas de los principios”, trad. de Cecilia Añaños Meza, en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 14).

Pero si lo que tenemos es un conflicto entre un principio y una regla, tampoco aplica la *lex specialis*, sino que se tiene que ver cuál es el principio que da sustento a la regla que conflictúa con el otro principio, y reconducir la colisión al nivel de los principios, es decir, aplicar la máxima de proporcionalidad (Véase *supra* la notas al pie 1004-1006 del presente capítulo).

En realidad, como bien dice Wong, la DUDH y el PIDESC son un punto de referencia para resolver los problemas de derechos de autor desde una perspectiva más amplia.¹⁰⁵⁹ Reiteramos, el derecho intelectual no puede cerrar los ojos ante los derechos humanos y la constitucionalización del derecho. Máxime que, como advierte Villaseñor Goyzueta,¹⁰⁶⁰ la vinculación positiva que todo derecho fundamental genera al legislador ordinario, lo compele a realizar las medidas necesarias para lograr la eficacia de los derechos humanos.

F. *¿La prohibición de regresividad?*

Hay quien pudiera pensar que la aplicación del principio de proporcionalidad para permitir restricciones al derecho de explotación no previstas expresamente en la ley, podría implicar una medida regresiva, ya que se retrocedería en el alcance de la protección lograda a los intereses materiales de los autores; es decir, se estarían dando pasos atrás en el mandato optimización derivado del derecho humano a la protección jurídico-autoral.

Sin embargo, bien vistas las cosas, esto no es así. En efecto, debemos de recordar que los derechos humanos no son absolutos y que los mandatos de optimización exigen que algo se cumpla *en la mayor medida de lo posible*, tomando siempre en cuenta las circunstancias jurídicas que podrían, eventualmente, operar en sentido contrario (*i.e.* otros derechos humanos).

En este sentido, el mandato de optimización del derecho humano a la protección jurídico-autoral, como ya vimos, puede, en ciertas circunstancias contraponerse con otros mandatos de optimización derivados de otros derechos (como el derecho a la cultura o a la información), de manera que aplicar el principio de proporcionalidad para resolver la colisión de principios, no implica realmente una regresividad, sino una forma de cumplir con los respectivos mandatos de optimización.¹⁰⁶¹

De hecho, según vimos en el capítulo tercero de la presente investigación, el Comité DESC retoma el principio de proporcionalidad al reconocer que el derecho a la protección jurídico-autoral debe equilibrarse con los demás derechos humanos, así como que las restricciones el primero derecho

¹⁰⁵⁹ Wong, Mary W.S., “Toward and alternative normative framework for copyright: from private property to human rights”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 26, núm. 3, 2009, p. 808.

¹⁰⁶⁰ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 949, p. 23.

¹⁰⁶¹ Recuérdese lo explicado por Alexy en el sentido de que es, precisamente, el principio de proporcionalidad el que determina qué debe entenderse por “optimización”. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 590, p. 297.

deben ser proporcionadas.¹⁰⁶² Lo que se reitera cuando dicho comité afirma que se debe lograr “un equilibrio adecuado entre la necesidad de una protección efectiva de los intereses morales y materiales de los autores y las obligaciones de los Estados Partes en relación con los derechos a (...) la educación, así como los derechos a participar en la vida cultural (...), y cualquier otro derecho reconocido”.¹⁰⁶³

Incluso, suponiendo sin conceder que aplicar el principio de proporcionalidad al derecho a la protección jurídico-autoral pueda considerarse una medida regresiva, sería una medida tomada “tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles¹⁰⁶⁴ y que esas medidas están debidamente justificadas¹⁰⁶⁵ por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos”,¹⁰⁶⁶ es decir, sería una medida adoptada previa aprobación del principio de proporcionalidad (lo que la hace jurídicamente aceptable).

De ahí que no pueda decirse que la prohibición de regresividad impida equilibrar los derechos humanos de los autores con otros derechos, siempre y cuando tal armonización se haga en los términos señalados en el PIDESC (y en nuestra Constitución), es decir, aplicando el principio de proporcionalidad, pues este último garantiza que cualquier afectación a un derecho sea tan sólo la mínima requerida y no sea arbitraria.

6. *Epílogo: hacia la consolidación de la visión humanista de los derechos de autor*

Como observamos en los apartados previos, nuestra propuesta sobre aplicar un sistema mixto de restricciones basado en el principio de proporcionalidad, aunque encuentra algunos obstáculos, sale bien parada porque ninguno de ellos es insuperable. Inclusive, el obstáculo más serio (la regla de los tres pasos) puede salvarse a través de la vía interpretativa. No obstante, en estos momentos se está desarrollando un foro internacional propicio para discutir la cuestión: la agenda de desarrollo de la OMPI.

Ante los innegables desequilibrios que se han dado en las políticas de propiedad intelectual, en 2004 Argentina y Brasil promovieron, en la Asamblea General de la OMPI, una agenda o programa para que los países en desarrollo no resintieran tantos perjuicios, y para que la propiedad intelectual

¹⁰⁶² Observación general 17, párrafos 22 y 23.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, párrafo 39, inciso e).

¹⁰⁶⁴ Esta es una referencia al subprincipio de necesidad.

¹⁰⁶⁵ Es decir, una ponderación.

¹⁰⁶⁶ Observación general 17 del Comité DESC, párrafo 27.

tual les permita continuar su desarrollo. Después de muchas discusiones y propuestas, en 2007 la Asamblea General de la OMPI adoptó 45 recomendaciones en el marco de un *Programa para el desarrollo* y creó el Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual.¹⁰⁶⁷

De acuerdo con Netanel, la agenda para el desarrollo de la OMPI implica un reconocimiento de los efectos negativos que puede traer una protección muy fuerte a la propiedad intelectual, y la importancia que ese organismo está dando al equilibrio, la flexibilidad y la trascendencia del dominio público.¹⁰⁶⁸

Así las cosas, dentro de las 45 recomendaciones elaboradas por la Asamblea General de la OMPI, destacan varias encaminadas al tema de las restricciones al derecho de explotación, por ejemplo: que las actividades normativas deben “tomar en consideración el equilibrio entre los costos y los beneficios” (recomendación 15), “tener en cuenta las flexibilidades establecidas en los acuerdos de P.I. internacionales, especialmente aquellas que afectan a los países en desarrollo” (recomendación 17), que la OMPI aborde en sus documentos “las posibles flexibilidades, excepciones y limitaciones de los Estados miembros” en materia de propiedad intelectual (recomendación 22), considerar “la observancia de los derechos de propiedad intelectual desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad” (recomendación 45), etcétera.

De ahí que la agenda del desarrollo de OMPI sea considerada un espacio adecuado para discutir a profundidad la interacción entre propiedad intelectual y derechos humanos,¹⁰⁶⁹ tema al que hemos enfocado esta investigación. De hecho, como parte de esa agenda, está la creación de un tratado internacional en materia de restricciones al derecho de explotación.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁷ Netanel, Neil Weinstock, “Introduction: the WIPO development agenda and its development policy context”, en Netanel, Neil Weinstock, (coord.), *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 2, 4 y 6; y Sandoval Avella, María Paula, “Agenda para el desarrollo de la OMPI (primera parte)”, *La propiedad inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 12, 2008, p. 4.

¹⁰⁶⁸ Netanel, Neil Weinstock, *op. cit.*, nota 1067, p. 2.

¹⁰⁶⁹ Wong, Mary W.S., *op. cit.*, nota 1059, p. 820.

¹⁰⁷⁰ Hugenholz, Bernt P., y Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 147, p. 474.

En el 2008, dentro del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, la delegación chilena propuso la creación de un tratado en restricciones al derecho de explotación, moción que recibió un apoyo considerable (aunque fue vista con recelo por algunos países desarrollados). Los trabajos del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos se han enfocado a que ese tratado se centre en las restricciones relativas a los invidentes, a la educación y a los archivos.

Por otro lado, la agenda del desarrollo de OMPI, en tanto foro para discutir la propiedad intelectual y su relación con los derechos humanos, puede servir para reafirmar la vocación humanista de los derechos de autor y para encauzar políticas que tomen en serio los derechos de los creadores. Por ejemplo, Monroy Rodríguez nos sintetiza la siguiente crítica (que ya hemos referido en varias ocasiones):

Se suele cuestionar también que el régimen del derecho de autor no favorece al creador sino a terceras personas (productores, editores) quienes les imponen un esquema de contratación que los despoja de sus derechos de explotación... La ley de derecho de autor, al regular los contratos en sus distintas modalidades, está llamada a procurar condiciones equitativas de contratación, disposiciones de orden público que no pueden ser modificadas por las partes, los legisladores deberían procurar las condiciones de equilibrio en una relación contractual en donde el creador es el extremo débil.¹⁰⁷¹

Mientras que Geiger indica que la constitucionalización de la propiedad intelectual, y concretamente, un enfoque de derechos humanos, debe llevar a los autores a un mejor aprovechamiento de los resultados de la explotación de sus obras, lo cual puede lograrse, por ejemplo, con reglas imperativas en materia de contratación.¹⁰⁷²

Así, la agenda del desarrollo de OMPI puede servir para discutir algunas de las políticas a seguirse para cumplir con el derecho humano a la protección jurídico-autoral, en particular para que las leyes nacionales estén enfocadas a proteger, precisamente, a los autores. Esto, toda vez que ese derecho humano exige que la protección sea, en primer término y sin ser desplazado, para el autor, y sólo de manera secundaria y subsidiaria para favorecer los intereses comerciales.¹⁰⁷³ En este sentido, los contratos en materia de derechos de autor se perfilan como otro de los grandes temas de convergencia entre derechos de autor y derechos humanos.

¹⁰⁷¹ Monroy Rodríguez, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 152, p. 242.

¹⁰⁷² Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 978, pp. 130 y 131.

¹⁰⁷³ D'Agostino observa que siguen siendo muy comunes los abusos a los autores por parte de las industrias del entretenimiento, por lo que recomienda una mayor intervención legal, en especial "clear copyright contract laws such as a pro-author default rule and other provisions on use, scope, duration and equitable remuneration for author's contracts. The point is that solutions need to work both through copyright law and outside it". D'Agostino, Giuseppina, *Copyright, contracts, creators. New media, new rules*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 289.

Sobre este problema, *cf.* también Fernandini, Claudia, Torsen, Molly, y Wong, Tzen, *op. cit.*, nota 864, pp. 290 y 291.

El mundo vive hoy una encrucijada en donde la visión humanista de los derechos de autor (basada en el neoconstitucionalismo) y el respeto a los derechos humanos, pueden ser el motor para lograr los fines del mayor acceso a la cultura y la mayor protección a los creadores de esa cultura. De nosotros depende tomarnos en serio todos los derechos y aprovechar la oportunidad.