

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE AUTOR

Siguiendo con la metodología que se explicó en el capítulo anterior, procederemos ahora a explorar los aspectos básicos de la figura de los derechos de autor, no sólo porque trataremos ideas que constantemente retomaremos a lo largo de este trabajo, sino también para comprender su evolución y despejar algunos mitos (o afirmaciones malintencionadas).

I. NOTA HISTÓRICA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

Coincidimos con Aristóteles cuando afirma que “remontarse al origen de las cosas y seguir atentamente su desenvolvimiento es el camino más seguro para la observación”.¹ En consecuencia, para poder comprender la institución de los derechos de autor, es necesario hacer una referencia mínima a sus orígenes (así, en plural) y a su evolución histórica.

Con esta exposición pretendemos, primordialmente, puntualizar los momentos clave de la regulación jurídica de los derechos autorales, y sólo en forma secundaria referir las ideas o filosofías que han influido en la respectiva normatividad. Esto nos dará diversas herramientas para la reflexión y el análisis que se realizarán en los capítulos posteriores.

Para los efectos del presente apartado, dividiremos la evolución jurídica de los derechos de autor en tres grandes etapas: *a)* antecedentes, *b)* la era de los privilegios y, *c)* el derecho de autor moderno.²

¹ Aristóteles, *Política* (libro I, capítulo I), trad. de Patricio Azcárate, <http://www.cervantes-virtual.com>, marzo de 2008.

² Esta última etapa podría subdividirse, a su vez, en los siguientes períodos: construcción del moderno derecho de autor (siglo XVIII), consolidación (siglo XIX), internacionalización (finales de los siglos XIX y XX), y cuestionamiento —y posiblemente reconstrucción— del derecho de autor (finales del siglo XX y principios del siglo XXI). Sin embargo, con el propósito de simplificar la explicación, sólo dividiremos esta exposición en las tres grandes etapas que hemos mencionado *supra*.

1. *Antecedentes*

Esta etapa se categoriza con base a que no existían los derechos de autor tal y como hoy los conocemos, aunque en ella aparecieron diversas figuras que, de alguna u otra forma, servían para dar cierta protección a los autores y/o a sus creaciones. Por eso, sólo cabe hablar de antecedentes y no de derechos de autor propiamente dichos.

En la Grecia clásica, presagiando lo que en el futuro se conocería como propiedad intelectual, se concedió protección excepcional y temporalmente limitada a los cocineros que desarrollaran un nuevo platillo,³ siendo este un primer antecedente del derecho de explotación. Asimismo, en Atenas, en el año 330 a.C., existió una ley que ordenaba que las copias de las obras de los clásicos de la dramaturgia se depositaran en los archivos de las autoridades, obligándose a los actores a respetar el texto original,⁴ lo que representa un antecedente del derecho moral de integridad.

De hecho, la figura de la autoría individual ya era conocida en Grecia; tan es así, que las ciudades-estado organizaban festividades religiosas, en las que concursaban nuevas obras dramáticas que eran representadas y en las que se concedían honores a los autores ganadores.⁵

En Roma, a pesar de su importante desarrollo jurídico, no se estableció una institución análoga a los derechos de autor. Esto se debió, como nos explica Lipszyc, a que los libros se copiaban a mano, con mucho trabajo y tiempo invertido, de forma que el costo de hacer copias era muy alto y el número de estas era limitado.⁶ Los autores subsistían a través del mecenazgo y la docencia.⁷ De hecho, la expresión “mecenaz” proviene de la labor de Cayo Cilnio Mecenas, ministro de Augusto, que fue protector de Horacio, Virgilio y Propertio.⁸

Aun así, la noción de autoría ya estaba presente en las normas morales y en los convencionalismos sociales de la tardía república romana. Por ejem-

³ Geller, Paul Edward, “Copyright history and future: what’s culture got to do with it?”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 47, 2000, p. 212.

⁴ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993, p. 28.

⁵ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 212 y 213.

⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

Cfr. también, Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 213 y 214.

⁷ Bugbee, Bruce W., “European origins”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 269; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

⁸ Jessen, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, trad. de Luis Grez Zuloaga, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 18.

plo, Cicerón, con relación a su obra *De Finibus* le escribió a su amigo Ático:⁹ “¿Te propones publicar mi obra contra mi voluntad? Ni siquiera Hermodoro se atrevió a hacer cosa semejante”.¹⁰ Como nos explica el maestro Alfonso Reyes, Cicerón apeló a un argumento ético, no a uno jurídico, pues como abogado era factible que supiera que no había en el derecho romano normas que permitieran a los autores controlar sus obras.¹¹

Otro antecedente destacado, en especial para los intereses morales del autor, es el del poeta Marcial, quien en sus epigramas¹² llamó *plagium* a la conducta de aquellos que se hicieron pasar por autores de sus versos, suplantándolo,¹³ en particular hizo este reproche en contra de Fidentino.¹⁴

A propósito de los epigramas de Marcial, el profesor Rodríguez Tapia nos recuerda que: “Todos sabemos que hay conciencia de la autoría desde muchos siglos atrás”;¹⁵ lo cual veremos corroborado con el resto de antecedentes que se citan en el presente apartado. Y con eso se rompe uno de los

⁹ Dock, Marie-Claude, *Contribution historique a l'étude des droits d'auteur*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, p. 35; y Reyes, Alfonso, “Libros y libreros en la antigüedad”, en Reyes, Alfonso, *Obras completas*, México, FCE, 1979, t. XX, p. 386.

¹⁰ “*Sed dic mihi, placetne tibi primum edere injusso meo? Hoc ne Hermodorus quidem faciebat, is qui Platonis libros solitus est divulgare*”. Texto en latín obtenido en Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 35.

¹¹ Reyes, Alfonso, *op. cit.*, nota 9, p. 386.

Sobre esto, asimismo, véase Roselló Manzano, Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, ASEDA, 2011, p. 99.

¹² *Cfr.*, por ejemplo, tenemos su Libro I, epigrama 52, en donde Marcial le encomienda sus libros a Quintiniano, señalándole que si alguien los recitase en público debiera advertirle que son de Marcial, y que si llegaba a realizar esa advertencia tres o cuatro veces, debería hacer sentir avergonzado al *plagiario* (“*Commendo tibi, Quintiane, nostros —nostros dicere si tamen libellos possum, quos recitat tuus poeta—: si de seruitio graui queruntur, adsertor uenias satisque peastes, et, cum se dominum uocabit ille, dicas esse meos manueque missos. Hoc si terque quaterque clamitaris, inpones plagiario pudorem*”). El texto en latín se obtuvo en <http://martialis.blogspot.com>, agosto de 2007.

¹³ Goldstein, Paul, *El copyright en la sociedad de la información*, trad. de Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, p. 74; Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 30; Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 269; Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 37; Posner, Richard A., *The little book of plagiarism*, Nueva York, Pantheon Books, 2007, pp. 49 y 50.

¹⁴ Por ejemplo, en su Libro I, epigrama 38, Marcial afirma que es suyo un libro recitado por Fidentino, pero que este último lo recita tan mal, que parece en verdad ser de Fidentino (*quem recitas meus est, o Fidentine, libellus: sed male cum recitas, incipit esse tuus*). El texto en latín también se obtuvo en <http://martialis.blogspot.com>, agosto de 2007, y <http://www.thelatinlibrary.com>, agosto de 2007.

¹⁵ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006*, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 57.

mitos actuales, en el sentido de que la figura de la “autoría” es una invención de la edad moderna.

También destacan las afirmaciones del arquitecto Vitrubio, quien en su obra *De architectura* (libro VII, introducción), señaló que hay que condenar a aquellos, que robando los escritos de los demás, los hacen pasar como propios, e incluso hay que reprender a quienes se vanaglorian de distorsionar el pensamiento de un autor.¹⁶ Como se ve, se trata, más que nada, de un reproche moral a conductas no aceptables socialmente; pero la conciencia de respeto al autor individual, ahí está.

No obstante lo anterior, en Roma comenzaron a surgir algunas nociones jurídicas (así sea embrionarias) sobre la protección de las obras. Y de hecho, como nos indica Marie-Claude Dock, los romanos distinguieron entre las “cosas corporales” y las “cosas incorpóreas”.¹⁷

Por ejemplo, Paulo diferenció entre la obra y el soporte material que la contiene, así como estableció algunas reglas sobre el particular, tal y como se puede apreciar en los siguientes párrafos del *Digesto* de Justiniano (libro 6, título 1, 23):

3. Pero también lo que se escribe en papel mío, ó se pinta en tabla mía, al punto se hace mío, aunque respecto á la pintura hayan opinado algunos lo contrario por razón del valor de la pintura; pero es necesario que sin ella no puede existir.

4. Así, pues, en todos estos casos en que una cosa mía atrae á si por su superioridad la cosa ajena, y la hace mía, si yo vindicara esta cosa, seré obligado por la excepción de dolo malo a dar el precio de aquello a que se hubiere anexionado.¹⁸

Así, para Paulo, la pintura es únicamente algo accesorio a la tabla. Solución diferente es la aportada por Gayo, quien en sus *Institutas* (comentario segundo, párrafo 78) sostiene que la propiedad de la tabla es accesorio a la de la pintura, que sería lo principal.¹⁹

¹⁶ “Itaque quemadmodum his ratiae sunt agenda, contra qui eorum scripta furantes pro suis praedicant sunt vituperandi, quique non propriis cogitationibus scriptorum nituntur, sed invidis moribus aliena violantes gloriantur, non modo sunt reprehendi, sed etiam quia impio more vixerunt, poena condemnandi. Nec tamen haec res non vindicatae curiosius ab antiquis esse memorantur. Quorum exitus iudiciorum qui fuerit, non est alienum quemadmodum sint nobis traditi explicare”. Texto en latín obtenido en <http://www.intratext.com/X/LAT0188.HTM>, agosto de 2007.

¹⁷ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 16.

¹⁸ Cfr. García del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, Barcelona, Jaime Molinar Editor, 1889, p. 472.

¹⁹ “Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere”. Texto en latín obtenido de <http://www.thelatinlibrary.com/gaius2.html>, agosto de 2007.

De cualquier forma, se produce una especie de accesión entre la obra y el soporte material.²⁰ Empero, hay casos interesantes como el de Terencio, cuya obra teatral, *El Eunuco*, tuvo tanto éxito en su estreno, que fue “vendida” por segunda ocasión y se representó otra vez como si fuera nueva. Así, la relación jurídica entre el autor y el organizador del espectáculo ya no estaba referida a la propiedad del soporte material, sino a la posibilidad de representar subsecuentemente la obra con independencia del manuscrito.²¹

Asimismo, existían instituciones jurídicas que, si bien no eran derechos de autor como hoy los conocemos, servían para reclamar cierta protección. Por ejemplo, el *Digesto* castigaba el robo de manuscrito en forma independiente al robo común (por ser un bien escaso y preciado).²² También tenemos el caso de la *actio iniuriarum*, misma que protegía la reputación de las personas, y podía ser utilizada en casos de falsa atribución de autoría.²³

En Roma también podemos encontrar nociones embrionarias sobre el dominio público y la no protección de las ideas, como se puede apreciar en *De arte poetica*, en donde Horacio considera que las ideas forman parte del dominio público, por lo que son susceptibles de libre explotación.²⁴

Por su parte, el derecho judío exigía fidelidad al reproducir textos de otros e, incluso, dar crédito cuando se utilizaran palabras ajenas,²⁵ lo que es otro antecedente sobre las facultades morales de los autores. Esto, de nueva cuenta, nos demuestra que se consideró importante respetar la persona del autor y sus ideas.

También se suele citar como antecedente (aunque parece ser que sólo existen fuentes indirectas) el caso de Columba en Irlanda. Un monje del siglo VI, conocido como Columba (también llamado Columba de Iona o San Columba), copió en secreto y sin autorización un salmo del abad Fin-

²⁰ Della Costa, Héctor, *El derecho de autor y su novedad. Estructura —Dinámica— Problemática*, Buenos Aires, Cathedra, 1971, p. 32; y Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 16-18.

²¹ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 33 y 34; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

²² Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 13; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 21; Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 9; Cifuentes Vargas, Manuel, “La propiedad intelectual indo-hispana”, *PEMEX Lex*, México, núms. 123-124, octubre 1998, p. 11.

²³ Rocha de Souza, Allan, “Direitos autorais: a história da proteção jurídica”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Brasil, año IV, núm. 7, diciembre 2005, p. 10; Canut, Pedro, *ColorIURIS. Una aportación independiente a la cultura libre*, España, ColorIURIS, 2007, p. 63; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 9. En contra, Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 31.

²⁴ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 18.

²⁵ Dallón, Craig W., “The problem with Congress and copyright law: forgetting the past and ignoring the public interest”, *Santa Clara law review*, California, vol. 44, 2004, pp. 372 y 373.

nian; al percatarse este último de lo acontecido, le exigió a Columba que le entregara la copia que realizó, pero la respuesta del copista fue negativa. El agraviado presentó, en el año 567, una reclamación ante el rey Dermott, quien resolvió a favor de Finnian, y a quien se le atribuye la frase: “A cada vaca su vaquilla, y a cada libro su copia”.²⁶

En lo que ahora es México, a pesar de existir autores individualizados de mucho renombre, como Nezahualcōyotl, la mayoría de las obras prehispánicas son de creación anónima; además de que no hay precedentes de normas jurídicas que en las civilizaciones indígenas otorgaran protección a los autores.²⁷ Sin embargo, sí tenemos conocimiento de que en la cultura náhuatl se eximió de tributos y trabajos a pintores, escribanos y músicos, por lo provechoso y grato que era su quehacer para la comunidad.²⁸ Por tal razón, Ortíz Bahena y Otero Muñoz nos refieren que:

...los aztecas tenían un gran valor y estima a los artistas basándose en los testimonios antes mencionados aunque en su legislación ordinaria no contemplaban normas para proteger la obra pero a nivel personal se les otorgaba un tratamiento especial a los tlamatinis.²⁹

En la Edad Media, los chinos inventaron la imprenta,³⁰ lo que implicó que en tal país se pudieran hacer copias en forma más fácil y barata.

²⁶ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *Pirates of the digital millennium. How intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*, EUA, Financial Times Pretence Hall, 2005, pp. 30 a 32; Miller, Frank R., “A re-examination of literary piracy”, *University of Newark law review*, Nueva Jersey, núm. 4, vol. V, noviembre 1940, p. 334; Dallon, Craig W., *op. cit.*, nota 25, pp. 374 y 375; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 74.

²⁷ Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, pp. 7 y 8.

En este sentido, Díaz Alcántara y García Moreno indican que “no se tienen noticias de que las legislaciones autóctonas reglamentaran este derecho —señalan estos juristas, refiriéndose al derecho de autor—; el hecho se debe principalmente a las características de la organización política de los antiguos pobladores de México en que las manifestaciones artísticas e intelectuales de los aborígenes tenían carácter religioso, tan acendrado en las culturas antiguas”. Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, “El derecho de autor en México (1810-1985) y en el ámbito internacional” en VV.AA., *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, p. 929.

²⁸ Morfín Patraca, José María, “El papel del Estado en el derecho de autor y los derechos conexos – La experiencia de México” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 205.

²⁹ 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. 94.

³⁰ Hesse, Carla, “The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance”, *Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, EUA, s/n, primavera 2002, p. 27.

La respuesta del Imperio fue prohibir y regular la copia de ciertas obras, estableciéndose un registro de tales creaciones ante las autoridades. Hubo una complicidad entre los jerarcas imperiales (que buscaban la censura) y los impresores y libreros (quienes buscaban fortalecer sus posiciones en el mercado), lo que, a decir de Geller, presagió los acontecimientos europeos del siglo XVI.³¹

En el derecho musulmán se puede apreciar una noción del fenómeno de la “autoría”,³² pues la sharia prohibía la falsa atribución de autoría de los textos de grandes maestros para aprovecharse de su reputación en forma no autorizada.³³

Mientras tanto, en la Europa medieval, las nociones del derecho romano seguían teniendo influencia. Como nos advierte Mark Rose,³⁴ se consideraba que el dueño de un manuscrito poseía el derecho de autorizar sus copias, lo cual implicaba una posibilidad de lucrar con la obra, como lo hicieron los monasterios que cobraban determinadas tarifas por el permiso de copiar los libros que poseían. Este es otro antecedente, más no propiamente un derecho de autor, pues se trataba en realidad de una prerrogativa sobre el objeto material (no sobre la obra en sí), y no era un derecho del cual fueran titulares los autores del libro.³⁵

2. *La era de los privilegios*

A mediados del siglo XV se da la invención de la imprenta en Europa por Gutenberg, lo que ocasionaría un cambio radical en la producción y distribución de libros. En esta época todavía no hay derechos de autor como los conocemos, pero sí ya algo más parecido: los monopolios o privilegios de impresión que, por lo general, se les concedieron a impresores.³⁶

De esta forma, en el siglo XV los estado-naciones concedían diversos monopolios con el propósito de atraer tecnología e inversiones;³⁷ a estos mo-

³¹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 214.

Cfr. también, Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, pp. 29 y 30.

³² “To be sure, a certain notion of legal ‘authorship’ did emerge from Islamic scribal practices. But a concept of intellectual property did not”. Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 28.

³³ *Idem.*

³⁴ Rose, Mark, *Authors and owners. The invention of copyright*, EUA, Harvard University Press, 1993, p. 9.

³⁵ Sobre el particular, *cfr.* también Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 270.

³⁶ Pimenta, Eduardo, *Princípios de direitos autorais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I, p. 4.

³⁷ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 215.

nopolios se les llamó *privilegios*. El primero y más famoso de tales privilegios fue el monopolio de impresión concedido en 1469 a Giovanni da Spira, por cinco años, como recompensa por haber introducido la imprenta en Venecia.³⁸ Otros privilegios destacados de Venecia fueron los concedidos para imprimir libros por 25 a Terracina y a Aldus Manutius.³⁹

Si bien la mayoría de los privilegios se concedían a impresores y libreros,⁴⁰ también se dieron casos en que los beneficiarios fueron los autores. El primero de estos privilegios fue el concedido en Venecia a Marc' Antonio Sabellico el 10. de septiembre de 1486, sobre su obra *Decades rerum veneratedum*; tal privilegio contemplaba una multa de 500 ducados a quien imprimiera esa obra sin la autorización del autor.⁴¹ Dadas sus características, Bugbee afirma que este es, probablemente, el primer *derecho de autor en la historia del mundo*, y un avance mayor en el derecho de la propiedad intelectual.⁴²

Otros casos de privilegios otorgados a autores son el de Petrus Franciscus de Ravenna en 1492, sobre su obra *Foenix*, y el de Ariosto en 1515 sobre su *Orlando furioso*, ambos en Venecia.⁴³

De igual forma, diversos países europeos fueron adoptando un sistema de privilegios como el de Venecia.⁴⁴ Por ejemplo, en Inglaterra los privilegios aparecieron en 1518, concediéndose, en su mayoría, a impresores, aunque también hubo algunos a favor de autores, como el otorgado a John Palsgrave en 1530, o el dado a Samuel Daniel por su obra *History of England*.⁴⁵ Del mismo modo, en Francia el primer privilegio concedido a un autor sería el de Juan Celaya en 1517, aunque son más famosos los otorgados posteriormente a Rabelais.⁴⁶

Empero, la concesión de derechos exclusivos a los autores no era una constante, sino más bien una excepción; por lo que en la época de los pri-

³⁸ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 270; Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 63; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 30; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 21; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 30 y 31; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 36; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

³⁹ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Los bienes*, trad. de José M. Cajica, México, Cajica, 1955, p. 181; y Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 271.

⁴⁰ Varela, José María, "El derecho de autor a través del tiempo", *Documentautor*, México, vol. III, núm. 2, mayo 1987, p. 18.

⁴¹ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 271; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

⁴² Bugbee, Bruce W., *Idem*.

⁴³ *Idem*; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 10.

⁴⁴ Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 33.

⁴⁵ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11.

⁴⁶ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 82.

vilegios, más que hablar de “derechos de autor” se podría hablar de “derechos de impresor”.

Aun así, como afirma Rose, con el Renacimiento se fue consolidando la figura del “autor” y se fue desarrollando un sentido general de que era impropio publicar el texto de un autor sin su autorización. Inclusive, se comenzaron a dar los primeros litigios promovidos por autores. El primero de estos pleitos fue instaurado en Francia por Guillaume Cop en 1504, autor de un almanaque que fue copiado sin autorización por el librero Jean Boisser, logrando obtener una orden del parlamento de París (que en esa época actuaba como juzgado de primera instancia), la cual establecía que Boisser no podría vender ninguna copia del almanaque si no estaba autenticada con la firma de Cop.⁴⁷

De hecho, el Parlamento de París, a pocos días de haber resuelto el caso de Cop en 1504, recibió una demanda del poeta André de la Vigne solicitando medidas cautelares en contra del impresor Michel Le Noir, para evitar que se reimprimiera un libro que contenía algunos poemas del actor. El 11 de mayo de ese año, el Parlamento dictó un auto preliminar en el que le permitió a Le Noir imprimir los libros pero no venderlos, y al final, el 3 de junio de 1504, el asunto se resolvió a favor del autor, concediéndole el derecho exclusivo de imprimir y vender sus poemas.⁴⁸

Los gremios, característicos de la Edad Media, todavía conservaban su fuerza en el siglo XVI, y los libreros e impresores se congregaron en asociaciones gremiales para evitar la competencia. A la par, las autoridades estatales les fueron concediendo determinadas prerrogativas a estos gremios, incluso facultades de policía. Tales monopolios mediáticos, con apoyo estatal, reforzaron la censura y protegieron a los editores contra la comercialización de copias no autorizadas de sus libros.⁴⁹ De esta forma, la era de los privilegios se caracterizó por la censura⁵⁰ y por constituir estos un *instrumento* para evitar la difusión de ideas no aprobadas por el poder público.

Así, un decreto dictado en 1548 dispuso que los impresores y libreros de Venecia debían incorporarse a un gremio, lo que tenía el propósito de mejorar el comercio de libros, a la vez que suprimir la literatura que la In-

⁴⁷ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 18 y 19.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁹ Patterson, Lyman Ray, *Copyright in historical perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 6; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 215; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 30; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 21.

⁵⁰ *Cfr.* De Cock Buning, Madeleine, “Expansion and convergence in copyright law”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 48.

quisición consideraba herética.⁵¹ De igual forma en Inglaterra, en 1557, se concedió a un gremio, la *Stationer's Company*, un monopolio de impresión, de manera que sólo podrían imprimir libros los miembros del gremio o, en su caso, los que hubieran obtenido un privilegio directamente de la corona.⁵² Esta situación prevalecería durante muchos años y fue, como veremos más adelante, objeto de múltiples protestas y el detonador que llevó a la concepción moderna de los derechos de autor.

Mientras tanto, en Venecia se dio otro avance substancial: el 7 de febrero de 1545 se dictó un edicto (que posiblemente es el primero diseñado específicamente para proteger autores) en el que se ordenó que ningún libro podía imprimirse o venderse a menos que el impresor tuviera pruebas *documentales* de haber obtenido la autorización del autor o de sus herederos,⁵³ y que los libros impresos sin autorización serían confiscados y quemados, mientras que los impresores serían sancionados con multa de un ducado y un mes de prisión por cada autor y libro afectado.⁵⁴ Esto es muy relevante, porque dicho edicto antecede por casi doscientos años al Estatuto de la Reina Ana de 1710 (el cual es considerado la primera norma jurídica general que concede derechos exclusivos a los autores), de manera que una relectura de la historia del derecho intelectual, nos llevaría concluir que *la fecha de nacimiento de los modernos derechos de autor fue en 1545 y no en 1710*.

Por su parte, el Parlamento de París seguiría, de vez en cuando, dictando sentencias en las que reconocía ciertas prerrogativas a los autores. Por ejemplo, en 1586 se impugnó un privilegio concedido a Nicolas Nivelles para imprimir los comentarios de Marc-Antoine Muret a la obra de Séneca; Muret ya había fallecido, pero sus amigos atacaron el privilegio de Nivelles bajo el argumento de que un privilegio real no podía prevalecer sobre los deseos del autor, ya que el creador de un libro es su dueño absoluto, y seguiría bajo

⁵¹ Bugbee, Bruce W., *op. cit.*, nota 7, p. 272.

⁵² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 11; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 4; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 30; Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 34; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, pp. 3 y 4.

Sobre la actividad de la *Stationer's Company*, Paul Goldstein nos refiere lo siguiente: "Sin perjuicio de la autoridad suprema de la Corona, en Inglaterra el poder de los dueños de papelerías sobre el sector editorial era absoluto. Ningún miembro de la asociación y a propósito, casi todas las papelerías inglesas eran miembros, podían publicar una obra sin su consentimiento. La asociación tenía el poder de detectar, confiscar y destruir tales obras". Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 75.

⁵³ Probablemente este es el antecedente más remoto del requisito de formalidad escrita de los contratos autorales previsto en el artículo 30 *in fine* de nuestra LFDA.

⁵⁴ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 20 y 21; y Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 218.

su control incluso si el autor se convirtiera en esclavo. El Parlamento de París aceptó ese argumento y anuló el privilegio.⁵⁵

Mientras tanto, en Inglaterra no se presentaban mayores avances. En efecto, en 1642 el Parlamento promulgó un edicto que prohibía la impresión o reimpresión de escritos sin el nombre y autorización del autor. Aunque esto, más que una medida destinada a conceder derechos a los autores, fue consecuencia de la proliferación de libros anónimos y buscaba controlar los libros sediciosos o blasfemos.⁵⁶

John Milton protestó severamente contra el edicto de 1642 en su *Areopagítica*, escrito de gran valor histórico, en el que se encumbra la figura del autor individual, una persona cuya autoridad no se basa en una oficina pública o en una sanción, sino en su experiencia personal, estudio y deliberación. De hecho, el propio Milton se veía a sí mismo como un autor protestando contra una norma que estimaba insultante a la dignidad de los creadores.⁵⁷ Resultan ilustrativas las palabras de Milton:

Cuando un hombre escribe para el mundo, convoca toda su razón y deliberación en su asistencia; investiga, medita, se mete en mil trabajos, y probablemente de ello departe y sobre ello consulta a sus amigos avisados, después de lo cual se tiene por conocedor en lo que escribe, tanto como cualquiera que sobre lo escrito decretara. Si en este su más consumado acto de buena fe y buena razón ni sus años, ni su industria, ni la anterior demostración de sus capacidades pueden granjearle título de madurez –salvo si acarrea todo su trabajo sopesado, sus desveladas de media noche y gasto de aceite del Paladío al vistazo de un licenciador agobiado, tal vez de edad mucho más verde, tal vez harto inferior en el juicio o ignorante de las fatigas de ajustar un libro, (...) no habrá en todo ello sino deshonra y detracción para el autor, para el libro, para el privilegio y dignidad del Saber.⁵⁸

Esto no sólo es un alegato contra la censura gubernamental, sino un argumento a favor de la dignidad de los autores y, en particular, contra la mutilación o modificación a su obra: únicamente el autor tiene el señorío para decir cuál es el contenido y forma de su creación. El contenido de una obra sólo debe responder al criterio de su autor.

⁵⁵ Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, pp. 78 y 79; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 20; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 4.

⁵⁶ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 223; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota , p. 22.

⁵⁷ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 28.

⁵⁸ Milton, John, *Areopagítica*, México, trad. de José Carner, 3a. ed., FCE, Sociedad Interamericana de Prensa, 2000, pp. 56 y 57.

En otro orden de ideas, lo más común en la época de los privilegios era el que los autores vendieran sus manuscritos a los gremios (como la *Stationer's Company*),⁵⁹ pero no se hiciera mención alguna a cualquier prerrogativa para realizar copias de la obra. Por ejemplo, Moliere se quejó de que una copia de su *Précieuses Ridicules* fue robada de su habitación y terminó en manos de un librero que terminó obteniendo el privilegio de publicarlo; por lo que el dramaturgo consideró extraño que alguien pudiera publicar el trabajo de otro en contra de su voluntad.⁶⁰ Empero, poco a poco, eso fue cambiando, al grado que en 1667 se suscribe el primer contrato, del que se tiene conocimiento, en el que se otorgan derechos, tanto sobre el manuscrito, como sobre las copias del libro; se trata del contrato sobre la obra *Paradise Lost* de John Milton.⁶¹

Si bien en esta época los autores vendían sus manuscritos, eso no les representaba mayores ingresos; su verdadera fuente de subsistencia seguía siendo el patrocinio aristocrático o de la realeza.⁶²

En 1662 se dicta en Inglaterra la *Licensing Act*, misma que prohibía la publicación de cualquier cosa sin la licencia de la autoridad correspondiente, lo que evidentemente era una norma de censura. Ya para finales del siglo XVII esa ley era fuertemente atacada por quienes abogaban a favor de la libertad de expresión.⁶³ Uno de los principales opositores a esa ley fue John Locke, cuyo pensamiento ha sido continuamente invocado a favor de los derechos de autor.

Locke no desarrolló una teoría de los derechos de autor (o de la propiedad intelectual en general) en sus obras más representativas, pero su teoría de la propiedad ha sido utilizada para justificar los derechos de autor (e incluso las restricciones a este derecho),⁶⁴ en especial, destaca su idea de que una persona puede apropiarse de algo cuando lo mezcla con sus esfuerzos personales

⁵⁹ Feather, John, "From rights in copies to copyright: the recognition of authors' rights in English law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries", *Cardozo arts and entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992, p. 470; y Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 11.

Situación similar se presentaba en Francia, donde se cedían derechos sobre los manuscritos en tanto cosas materiales. *Cfr.* Dock, Marie-Claude, *op. cit.*, nota 9, p. 80.

⁶⁰ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 218.

⁶¹ *Idem*; Lindebaum, Peter, "Milton's contract", *Cardozo arts and entertainment law journal*, Nueva York, vol. 10, núm. 2, 1991-1992, p. 441; Loewenstein, Joseph, *The author's due: printing and the prehistory of copyright*, EUA, The University of Chicago Press, 2002, p. 204; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 27.

⁶² Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 31.

⁶³ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 31.

⁶⁴ Horowitz, Steven J., "Rethinking lockean copyright and fair use", *Deakin law review*, vol. 10, núm. 1, 2005, p. 210; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26.

o labores,⁶⁵ lo que en materia de derechos de autor sucede cuando alguien toma una idea y la mezcla con su forma particular de expresarse.⁶⁶

Asimismo, Locke se mostró como un importante impulsor de los derechos de autor. Luego de que en 1693 se prorrogó la *Licensing Act* de 1662, Locke inició una campaña contra esa ley y escribió un *Memorandum* para el Parlamento.⁶⁷ En dicho escrito, el célebre filósofo liberal atacó duramente el monopolio que tenía la *Stationer's Company*, así como se mostró partidario de la figura del dominio público y estimó a los autores como titulares originarios de un derecho sobre sus copias (el cual podrían transmitir a los editores y no debiera de durar más de 50 o 70 años después de la muerte del autor).⁶⁸

A mayor abundamiento, en su misiva de 18 de marzo de 1695,⁶⁹ Locke afirma que los impresores no pueden usar el nombre de un autor sin su permiso, así como reiteró que los autores tienen derechos sobre sus copias (“*secure the Authors property in his copy*”),⁷⁰ lo que equivale al actual derecho de reproducción y al derecho moral de paternidad.⁷¹

⁶⁵ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, 2a. reimp., Madrid, Alianza, 2003, pp. 55-75.

⁶⁶ Horowitz, Steven J., *op. cit.*, nota 63, p. 223 y ss.

⁶⁷ Rocha de Souza, Allan, *op. cit.*, nota 23, p. 16; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 32.

⁶⁸ “...for those who purchase copies from authors that now live and write, it may be reasonable to limit their property to a certain number of years after the death of the author, or the first printing of the book, as, suppose, fifty or seventy years”. Locke, John, “Memorandum” en King, Peter, *The life of John Locke, with extracts from his correspondence, journals, and common-place books*, Londres, Henry Colburn y Richard Bentley, 1830, vol. I, pp. 386 y 387.

⁶⁹ Es importante apuntar que esta carta complementa al citado *Memorandum*, y que no puede tenerse una visión completa sobre la ideología de Locke en materia de derechos de autor prescindiendo de tales documentos y aplicando únicamente su teoría de la propiedad.

Es de destacarse que existe una tendencia reciente (en particular de aquellos que no simpatizan con los derechos de autor) de hacer estudios históricos prescindiendo de los referidos documentos, concluyendo que la teoría lockeana de la propiedad es inaplicable a los derechos de autor y que Locke nunca se pronunció sobre estos. *Cfr.* Zemer, Lior, “The making of a new copyright lockean”, *Harvard journal of law and public policy*, vol. 29, núm. 3, 2006, pp. 892, 894 y 895.

⁷⁰ En la carta hizo una propuesta sobre lo que debiera ser el contenido de la ley: “And be it farther enacted that noe printer shall print the name of any person as Author or publisher of any book pamphlet pourtraicture or paper without authority given in writing for soe doeing under the penalty of forfeiting the sum of to the party whose name shall be soe printed as Author or publisher and the further etc”; añadiendo Locke que: “To secure the Authors property in his copy, or his to whom he has transferd it I suppose such a clause as this will doe, subjoind to the clause above written And be it farther enacted that noe booke pamphlet pourtraicture or paper printed with the name of the Author or publisher upon it shall within years after its first edition be reprinted with or without the name of the Author to it without Authority given in writing by the Author or somebody intiuited by him, for soe doeing under the penalty of the forfeiture of all that shall be soe reprinted to the Author his Executors Administrators or Assignes”. *Cfr.* De Beer, E.S. (comp.), *The correspondence of John Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1979, vol. 5, p. 795.

⁷¹ Zemer, Lior, *op. cit.*, nota 68, p. 902.

De igual forma, Daniel Defoe, famoso por su *Robinson Crusoe*, y quien había sido recientemente liberado de prisión por delitos de prensa, comenzó a publicar una serie de trabajos (1704-1709) donde se quejaba del sistema de privilegios y proclamaba que era necesario que el Parlamento inglés dictara una ley concediendo derechos a los autores, una ley *para* los autores.⁷² El ejemplo de Defoe en Inglaterra será seguido por Diderot en Francia y Lessing en Alemania, quienes afirmaron que los escritores deberían vivir de las ganancias de sus obras y no del patrocinio de las elites.⁷³

Según nos refiere Rose, en esa época ya se comenzaba a utilizar la metáfora “padre e hijo / autor y obra” para abogar a favor de los derechos de los autores.⁷⁴ Por la misma época, los agremiados de la *Stationer’s Company* cabildeaban para que se emitiera una nueva ley que les reconociera derechos de propiedad sobre los libros.⁷⁵

Este ambiente va a ser el caldo de cultivo para el nacimiento de los derechos de autor, tal y como hoy los entendemos; tema al que dedicamos el siguiente apartado.

3. *El derecho de autor moderno*

Las presiones que a finales del siglo XVII e inicios del XVIII se hicieron sobre el parlamento inglés, llevaron a que el 10 de abril de 1710 expidiera el *Statute of Anne*, comúnmente concido como el “Estatuto de la Reina Ana”,⁷⁶ aunque su traducción más correcta sería la “Ley de Ana”. Dado que en este ordenamiento se concedían directa y originariamente a los autores los derechos de exclusividad sobre sus obras, se suele considerar como el punto de partida del derecho de autor moderno, aunque ya vimos que Venecia se había adelantado con su edicto de 1545. De cualquier forma, cabe señalar a favor del Estatuto de la Reina Ana que este tuvo más influencia y repercusiones en Europa, pues bajo su ejemplo, poco a poco,

⁷² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 34 a 36; y Loewenstein, Joseph, *op. cit.*, nota 60, pp. 214 y 215.

⁷³ *Cfr.* Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 30, p. 32.

⁷⁴ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 38 y 39.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁶ Albert, Peter G. Jr., *Intellectual property law in cyberspace*, Washington, 2a. reimp., The Bureau of National Affairs, 2000, p. 208; Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 12; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 33; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 225; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 10; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 35, p. 5; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 43; Rocha de Souza, Allan, *op. cit.*, nota 23, p. 16; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 47; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26; Varela, José María, *op. cit.*, nota 39, p. 18.

se fueron dictando, por todo ese continente, leyes que otorgaban derechos directamente a autores.

Dentro de los puntos destacables del Estatuto o Ley de la Reina Ana, podemos mencionar la importancia que se le otorga al autor, al cual se le conceden *originariamente* derechos privados sobre su obra, los cuales podían ser transmitidos a los editores (este derecho autoral se concedía con independencia de la pertenencia o no a la *Stationer's Company*).⁷⁷ Tales transmisiones eran temporales,⁷⁸ pues la primera cesión concluía antes de que se cumplieran 14 años, ya que en ese plazo se revertían los derechos a favor de los autores, para que pudieran renegociar sus derechos por un siguiente período de 14 años,⁷⁹ teniendo, así, los derechos una duración total de 28 años, para luego entrar las obras al dominio público. Asimismo, la protección estaba sujeta a ciertas formalidades, como el registro del título de la obra y el depósito de nueve ejemplares de la misma.⁸⁰

Con esto se descentralizó el poder de diseminar las obras y se les concedió derechos subjetivos privados a los autores, quienes acudirían a tribunales civiles a hacer valer sus derechos (dejando así de depender de medidas de policía).⁸¹ Por consiguiente, el otorgamiento de derechos a los autores fue un importante avance en contra de la censura. Claramente nos indica Rose: “The passage of the statute marked the divorce of copyright from censorship”.⁸²

Empero, el limitado plazo de protección concedido por la Ley de la Reina Ana fue algo que molestó a los impresores y libreros,⁸³ quienes a fi-

⁷⁷ Para Patterson, esta es la mayor aportación de la ley en glosa. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 145.

⁷⁸ Lo que implica el antecedente más remoto de los artículos 30 y 33 de nuestra LFDA, mismos que determinan que toda transmisión de derechos de explotación debe ser temporal y, como regla general, no puede durar más de 15 años.

⁷⁹ Esta idea de la reversión fue tomada directamente de Locke. *Cfr.* Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 47.

⁸⁰ Sobre los principales contenidos de esta ley, véase, Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 208; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 60, pp. 225 y 226; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 31 y 32; Loewenstein, Joseph, *op. cit.*, nota 60, pp. 218 y 219; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 26; Solorio Pérez, Óscar Javier, *Derecho de la propiedad intelectual*, México, Oxford University Press, 2010, pp. 11 y 12.

⁸¹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 225; y Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 158 y 159.

⁸² Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 48.

⁸³ De hecho, como nos comenta Patterson, lo que primordialmente buscaba el Estatuto de la Reina Ana era, más que proteger a los autores, destruir el monopolio de impresores y libreros, para lo cual la figura del autor fue sólo un arma. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 147.

nales de la década de 1720 acudieron al Parlamento a pedir una protección perpetua; y como dicha petición no fue bien recibida, acudieron a los tribunales para tratar de obtener ese derecho perpetuo.⁸⁴

Los impresores y libreros elaboraron una teoría que establecía que, independientemente de lo que dijera la Ley de la Reina Ana (*statutory law*), el *common law* concedía a los autores un derecho de propiedad perpetuo sobre sus obras (al igual que se lo concedía a los granjeros respecto de sus tierras, doctrina ya aceptada en tribunales), y ese derecho podía libremente ser transmitido para que la obra se convirtiera en propiedad del editor.⁸⁵ En los años subsiguientes, invocarían esa teoría repetidamente en los tribunales. Mientras tanto, en 1734 el Parlamento inglés dictó una segunda ley sobre derechos de autor, la *Engraving Copyright Act* para la protección de las obras de grabado,⁸⁶ pues debemos recordar que el Estatuto de la Reina Ana sólo protegía obras literarias.

El país que inmediatamente siguió el ejemplo inglés y fue el segundo en establecer un régimen de derechos de autor, fue Dinamarca, como se desprende de su legislación de 1741.⁸⁷

En España, en 1763, el rey Carlos III dictó una Real Orden (vigente hasta 1834) que establecía que la exclusividad para imprimir se le debía conceder únicamente al autor y se le negaba a toda comunidad secular o regular. En 1764, el mismo rey estableció que los derechos otorgados a los autores no se extinguían con su muerte y pasaban a sus herederos (siempre que no fueran manos muertas).⁸⁸ Esas disposiciones estuvieron vigentes en

⁸⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

Sin embargo, cabe destacar que la primera reclamación judicial con base al Estatuto de la Reina Ana fue hecha directamente para proteger los intereses de un *autor* en 1720: el caso *Burnet vs. Chetwood*. Aunque el autor que más usó el Estatuto para defender sus derechos fue Alexander Pope, cuyo caso más destacado fue *Pope vs. Curll*, en el que se determinó que los derechos de autor sobre una carta pertenecían al autor. *Cfr.* Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 49 y 59.

⁸⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

Con esta estrategia (derecho perpetuo transmitido del autor al editor) quedaba asegurado el monopolio de los editores. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 153.

⁸⁶ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226; y Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2a. ed., Civitas, 1993, p. 160.

⁸⁷ Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 5.

⁸⁸ Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 5; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 32; Ribera Blancas, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 44; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 23; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 930; Delgado Porras, Antonio, "Fundamento y evolución del derecho de autor", en VV.AA., *Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces federales mexicanos*, México, SCJN, SEP, OMPI, 1993, p. 66; Baylos

nuestro territorio, en tanto que en la Nueva España se aplicaba, con carácter subsidiario, el derecho castellano, cuando no existía una disposición especial de derecho indiano (reglas dictadas para aplicarse en las colonias de América y Asia);⁸⁹ y como no hubo normas indianas en materia de protección a los autores, resultaban aplicables las disposiciones en la materia dictadas por Carlos III.

De regreso en Inglaterra, luego de algunos intentos iniciales —en los que no se entró al fondo de la cuestión, como el caso *Tonson vs. Collins*— para lograr un reconocimiento judicial del derecho de propiedad perpetuo concedido por el *common law* a los autores, en 1769 se logra judicialmente tal reconocimiento en el caso *Millar vs. Taylor*, en el que el juez Lord Mansfield desestimó que la Ley de la Reina Ana hubiera reemplazado al *common law* y al derecho perpetuo que este otorgaba. Sin embargo, el juez Joseph Yates opinó lo contrario, argumentando que los autores tienen derecho a una recompensa, pero que esa recompensa no debía de ser infinita. El debate fue intenso en el tribunal, y terminó prevaleciendo la postura de Lord Mansfield, aunque se rompió la racha de 13 años en los que ese tribunal resolvió asuntos por unanimidad de votos.⁹⁰ En cambio, los tribunales escoceses, en el caso *Hinton vs. Donaldson*, resolvieron la misma cuestión en sentido contrario: los autores no tenían un derecho de propiedad, sino un mero privilegio.⁹¹

Sin embargo, en Inglaterra la última palabra fue dicha en el asunto *Donaldson vs. Becket* en 1774, el cual causó mucho interés, al grado de que el tribunal se encontraba abarrotado durante las audiencias. Después de un amplio y polémico debate, el tribunal llegó a la conclusión de que prevalecía el contenido de la Ley de la Reina Ana, y por lo tanto, no había derechos de impresión y edición perpetuos.⁹² Así, quedó determinado que en Inglaterra los derechos de *impresión y edición* tenían una duración limitada.⁹³ A pesar de

Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 163; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 13; Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, nota 29, p. 95; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 16; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 5; Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 15.

⁸⁹ Margadant S., Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18a. ed., México, Esfinge, 2007, pp. 37, 59 y 60; y Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 57.

⁹⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 78-80; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 168-170; Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 67, 78 y 79.

⁹¹ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 67, 68 y 84.

⁹² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 80 y 81; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 97-103.

⁹³ Destaca Patterson que el lenguaje utilizado en este caso fue sumamente cuidadoso, pues nunca se habló de *copyright* o derechos de autor, sino que el caso se limitó a analizar un

que el criterio que sostuvo en *Millar vs. Taylor* no prevaleció, resultan importantes las observaciones finales del juez Lord Mansfield en el caso *Donaldson vs. Becket*, donde afirmó que

...debemos tener el cuidado de evitar los dos extremos que son igualmente perjudiciales: por un lado, que a los hombres de talento que hayan empleado su tiempo al servicio de la comunidad no se los debería privar de sus méritos justos, ni la recompensa a su ingenio y laboriosidad; por otro, que al mundo no se le debe privar de mejoras, ni se debe frenar el avance de las letras.⁹⁴

Esas palabras, dichas en 1774, las encontramos harto vigentes en la actualidad, pues buena parte del debate sobre los derechos de autor se está dando a partir de posturas absolutas o fundamentalistas, o, como dice Geller, entre *ciber-anarquistas* y *ciber-legalistas* (aconsejando tal jurista a los legisladores situarse en una posición intermedia).⁹⁵

Pero continuemos con esta nota histórica. En Francia, luego de varios litigios⁹⁶ (y de algunos tímidos intentos del Consejo de Estado), el rey Luis XVI intervino dictando en 1777 seis decretos reconociendo derechos a los autores (aunque también había prerrogativas para los editores).⁹⁷ Sin embargo, sólo una vez concluida la revolución francesa, se logró legislar plenamente a favor de los autores.

La Alemania del siglo XVIII todavía no estaba unificada, lo que dificultaba aun más el establecimiento de una legislación sobre derechos de autor, la cual se convertía en necesaria ante el aumento en el número de lectores, el crecimiento del comercio de libros y la mayor piratería de literatura.⁹⁸ Por

tipo muy concreto de estos derechos: los derechos de impresión y edición; de manera que los derechos de los autores no se agotarían con esos derechos, y por lo tanto, el Estatuto de la Reina Ana dejaba intocados el resto de los derechos de los autores ubicados en el *common law*. Cfr. Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 173-175.

Bajo esa premisa, Patterson afirma que es posible en los países anglosajones extraer del *common law* derechos que protejan los intereses creativos de los autores, es decir, lo que conocemos como derechos morales. *Ibidem*, pp. 18, 220 y 227.

⁹⁴ Citado por Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 81.

⁹⁵ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 235 y 236.

⁹⁶ Por ejemplo, aquellos donde se dijo que a la muerte de Fontaine y Fénelon, sus derechos correspondían a los respectivos herederos y no a los impresores. Cfr. Cabedo Serna, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 51.

⁹⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 32 y 33; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 43; Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 38; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 159.

⁹⁸ Woodmansee, Martha, "The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'", *Eighteenth-century studies*, EUA, vol. 17, núm. 4, verano 1984, p. 437.

ejemplo, uno de los más grandes escritores germanos de ese siglo, Gotthold Ephraim Lessing, ante la situación que vivían los escritores profesionales, le recomendó a su hermano no ser autor de tiempo completo para evitar morir de hambre, e incluso en su obra, *Live and let die*, se quejó de esta situación y expresó que los autores merecen una justa recompensa por su trabajo.⁹⁹

Ante esta situación, el filósofo, Immanuel Kant, publicó algunas reflexiones sobre lo incorrecto que resulta publicar obras sin autorización del autor.¹⁰⁰ De acuerdo con Kant, los autores hablan a sus lectores a través de sus escritos, por lo que quienes publican los escritos no hablan por sí mismos, sino completamente a nombre de los autores, de manera que sólo son unos meros intermediarios;¹⁰¹ por consiguiente, quien realiza actos a nombre de otra persona, pero sin su permiso, no tiene derecho a obtener ganancia alguna y debe entregar todas las ganancias al autor o a su representante (el editor autorizado por el autor).¹⁰²

Otra idea destacada de Kant, es que concibió el derecho de los autores como un derecho inalienable (*ius personalissimum*) a hablar a través de intermediarios, de manera que nadie puede dar el mismo discurso al público más que en nombre del propio autor. De manera que si uno altera (resume, aumenta o retoca) un libro escrito por otro, es incorrecto hacerlo pasar con el nombre del autor original.¹⁰³

En los EUA comenzó a legislarse en materia de derechos de autor en la segunda mitad del siglo XVIII.¹⁰⁴ Noah Webster, autor del libro *Gram-*

Sobre esta época nos explica la citada autora: “Piracy not only threatened the publishers of the period, then, it also added to the insecurity of serious writers by increasing the difficulties they already had getting their works into print”, lo que ocasionó un serio debate sobre los derechos de autor: “Legitimate publishers ‘resentment of the book pirates and authors’ resentment of both triggered an intense debate in which all manner of questions concerning the ‘Book’ were disputed”. *Ibidem*, pp. 439 y 440.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 431, 436 y 437.

En *Live and let die*, Lessing cuestiona el por qué un escritor no puede obtener el mayor rédito posible al fruto de su imaginación, afirmando que si a los obreros se les paga por su esfuerzo, no comprende por qué no se le debe compensar a los que trabajan con las más nobles de sus facultades. *Cfr.* Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 34.

¹⁰⁰ Pozzo, Riccardo, “Immanuel Kant on intellectual property”, *Trans/Form/Ação – Revista de filosofia*, Brasil, vol. 29, núm. 2, 2006, p. 12.

¹⁰¹ 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, 1798, vol. I, pp. 229 y 230.

¹⁰² *Ibidem*, p. 228.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰⁴ Sobre las primeras leyes de *copyright* en EUA, *cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 183 y ss.

matical institute of the English language (el cual vendió más de 70 millones de ejemplares), temeroso de la posibilidad de que otros vendieran copias no autorizadas de su obra, acudió a cada uno de los 13 estados pidiendo que dictaran una ley general protegiendo a los autores o una ley especial protegiendo su obra en particular, idea que encontró apoyo en personas como Thomas Paine y Joel Barlow. La primera ley fue promulgada en 1783, y para 1786 sólo faltaba Delaware. Dada la cercanía de fechas con la convención constitucional, fueron muchas voces (como la de James Madison) que se pronuncian por una regulación del *copyright* a nivel nacional, y el 5 de septiembre de 1787 (a menos de dos semanas que terminara la convención constitucional) propuso la inclusión en la Constitución de una cláusula que facultara al legislador federal para regular los derechos de autor y las patentes, disposición que fue aprobada por unanimidad y sin ser debatida, lo que Goldstein atribuye a que muchos delegados, como George Washington, habían estado presentes en los debates sobre las leyes locales de *copyright* en los estados.¹⁰⁵ En el texto de esta cláusula constitucional (que es también el que se tomó como base para la cláusula constitucional de propiedad intelectual en México),¹⁰⁶ refleja el debate inglés sobre la necesidad de un derecho no perpetuo, y expresamente establece la temporalidad del *copyright*.

En ejercicio de su facultad constitucional, el 31 de mayo de 1790 el Congreso de EUA dictó la primera ley federal de *copyright* de ese país, protegiendo libros, cartas y mapas¹⁰⁷ por 14 años. Como veremos más adelante, en este país también se llevó a tribunales la cuestión de un derecho perpetuo derivado del *common law* estatal, pues la Constitución sólo limitaba al Congreso federal en cuanto a la legislación, por lo que los primeros juicios sobre derechos de autor fueron, preponderantemente, debates sobre el federalismo.¹⁰⁸

En Francia, una vez concluida la revolución, se dictaron dos leyes en la materia por la Asamblea Nacional el 13 de enero de 1791 y 19 de julio de

¹⁰⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 82.

Coincide con esta impresión Patterson, quien afirma: "It seems safe to assume that all the members of the Constitutional Convention were familiar with at least some of the state acts". Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 194.

¹⁰⁶ Artículo 28, párrafo noveno, de la Constitución vigente.

¹⁰⁷ Esta inclusión de los mapas, nos hace ver que el *copyright* protegería no sólo creaciones artísticas, sino también creaciones con fin utilitario.

¹⁰⁸ De Cock Buning, Madeleine, *op. cit.*, nota 50, p. 49; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 82 y 83; Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 197 y 198.

Como se dijo en el capítulo primero de la presente obra, unos de los principales casos de derechos de autor resueltos por la SCJN fue también sobre un tópico de federalismo: determinar si el Congreso de la Unión estaba facultado para legislar sobre derechos de autor o si, por el contrario, esa facultad pertenecía a las entidades federativas.

1793, mismas que protegían no sólo las obras escritas, sino también las ejecuciones musicales en vivo, y en general, cualquier producción de la mente que perteneciera a las bellas artes.¹⁰⁹ El aspecto más destacado de estas leyes es que, a diferencia de su predecesora inglesa, su propósito primordial no era destruir un poder monopólico, sino *proteger a los autores* como teleología inmediata.¹¹⁰

En 1791, un discípulo de Kant, Johann Gottlieb Fichte, publica su ensayo *Proof of the illegality of reprinting: a rationale and a parable*,¹¹¹ en donde establece que lo que protegen los derechos de autor no son las ideas *per se*, sino la forma única en que el autor elige expresar esas ideas; las ideas pertenecen a todos, su forma de expresión sólo al autor.¹¹² Como se verá más adelante en este subcapítulo (en la letra “E”), la no protección de las ideas se ha convertido en una regla básica en materia de derechos de autor, y ha repercutido directamente en nuestra legislación vigente.¹¹³

Mientras tanto, en Inglaterra seguía avanzándose en la protección a los autores, en este caso escultóricos, con la promulgación en 1798 de la *Sculpture Copyright Act*, y en 1833 dictaría la *Dramatic Copyright Act* para protección de las obras teatrales.¹¹⁴

Por lo que se refiere a las tierras germanas, a inicios del siglo XIX Hegel también estudió la protección jurídica a los autores, enmarcándola en su teoría de la propiedad.¹¹⁵ En este sentido, y siempre respetando su idea de

¹⁰⁹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 160; Cifuentes Vargas, Manuel, *op. cit.*, nota 22, p. 12; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 88, p. 67; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 34; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 11; Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, p. 181; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 43 y 44; Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 57; Varela, José María, *op. cit.*, nota 39, p. 19.

¹¹⁰ Son famosas las palabras del diputado Jean Le Chapelier, quien afirmó: “La más sagrada y personal de todas las propiedades, es el fruto del trabajo del pensamiento de un escritor... así que es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten de los beneficios de su trabajo, es esencial que durante su vida y algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio, sin su autorización”. Texto obtenido en Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 11.

¹¹¹ Consultado en www.case.edu/affil/sce/authorship/syllabus.html, septiembre de 2007, en donde se encuentra una traducción en inglés hecha por Martha Woodmansee.

¹¹² Hesse, Carla, *op. cit.*, nota 29, p. 35. Aunque cabe destacar que la no protección de las ideas ya había sido argumentada por el abogado John Dalrymple en el caso *Donaldson vs. Beckett*. Cfr. Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 4.

¹¹³ Véase, fr. I y II del artículo 14 de la LFDA.

¹¹⁴ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 226.

¹¹⁵ Stengel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía”, trad. de Paola Spada, *La propiedad immaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 94.

la libertad, el filósofo alemán explica cómo se adquieren derechos sobre las creaciones del intelecto:

Aptitudes espirituales, ciencias, artes, hasta algo de lo religioso (prédicas, misas, oraciones, bendiciones a las cosas sacras), invenciones, etcétera, vienen a ser objetos del contrato, equiparados a las cosas reconocidas como tales, del mismo modo que en la compra y en la venta. Se puede reclamar si el artista, el docto, etc. están en la posesión jurídica de su arte, de su ciencia, de su capacidad para decir una plática, leer una misa, etcétera, esto es, si tales objetos son cosas. Se dudaría llamar cosas a tales disposiciones, conocimientos y capacidad; y, ya que, sobre tal posesión por un lado se contrata y se negocia como sobre cosas, y por otro, constituyen algo interno y espiritual, el entendimiento puede quedar en duda sobre la calificación jurídica de lo mismo...

Conocimientos, ciencias, aptitudes, etcétera son propios, ciertamente, del Espíritu libre y algo interior al mismo y no exterior; también, tanto más puede el Espíritu darles con la exteriorización, una existencia extrínseca y enajenarlos, siendo puestos bajo determinación de cosas. Por consiguiente, tales disposiciones no son desde un comienzo cosa inmediata, pero se hacen así sólo por medio del Espíritu que degrada su interioridad a la contigüidad y a la exterioridad.¹¹⁶

De esta forma, para Hegel, una creación intelectual se convierte en objeto de propiedad cuando, libremente, se decide exteriorizarla. Asimismo, el pensador alemán distingue entre la posibilidad de enajenar una copia de la obra, al tiempo que el escritor e inventor pueden decidir conservar la propiedad de la creación.¹¹⁷

A propósito del tema del plagio (el cual deja principalmente en el plano de la honestidad, no en el jurídico), Hegel se cuestiona acerca de las obras derivadas, concluyendo que la transformación de obras preexistentes genera nuevos derechos para quien hace esa aportación original, pero el primer creador puede reclamar derechos sobre la nueva producción en algunos casos, pues si no “el provecho que le prometía su obra o invención queda fácilmente anulado o bien es dañado o arruinado totalmente”.¹¹⁸

Hegel también justificó la temporalidad de los derechos y la figura del dominio público, afirmando que hay una especie de prescripción del derecho de propiedad de las familias de los escritores, en tanto las obras deben pasar a una propiedad universal.¹¹⁹

¹¹⁶ Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del derecho*, trad. de Angélica Mendoza de Montero, 2a. ed., México, Casa Juan Pablos, 2004, p. 70 (apartado 43).

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 87 y 88 (apartado 69).

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 88 y 89 (apartado 69).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 84 (apartado 64).

En el México recién independizado, la Constitución Federal de 1824 estableció en su artículo 50, fr. I, que era facultad del Congreso General promover la ilustración mediante el aseguramiento, por tiempo limitado, de “derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras”.¹²⁰ Así, podemos ver que nuestra primera Constitución ya contemplaba la versión moderna de los derechos de autor, pues, en primer lugar, señalaba claramente que tales prerrogativas se concederían a *los autores* (y no a otras personas, como impresores o inversionistas) sobre sus obras; y, en segundo lugar, que esas prerrogativas consistirían en derechos exclusivos de duración limitada (lo que implicaba el reconocimiento constitucional del dominio público). Desde nuestro punto de vista, consideramos más clara y técnica esa redacción de la Constitución de 1824, que la vigente del párrafo noveno del artículo 28 constitucional, que habla anacrónicamente de “privilegios” y que no menciona expresamente la función de “promover la ilustración”.

En otro orden de ideas, se empezó a dar, principalmente en Europa, un crecimiento de las industrias culturales y de los mercados masivos, cuestión que comenzó a generar ciertos temores en los autores, los cuales fueron apaciguados con el instituto de los llamados “derechos morales”.¹²¹ Los derechos morales tuvieron su origen en la jurisprudencia francesa del siglo XIX,¹²² y el primer caso que se conoce sobre este particular tipo de derechos de autor data de 1814, versando sobre la prohibición de alterar una obra.¹²³ Otro de los primeros casos fue el asunto *Vergne vs. Créanciers Vergne* de 1828, resuelto por un tribunal de Burdeos.¹²⁴ Más adelante mencionaremos otros destacados momentos de la evolución del derecho moral

¹²⁰ Morfin Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 206; Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, nota 29, p. 95; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 38; y Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 17.

Por su parte, Farell Cubillas nos refiere que ninguna otra constitución mexicana del siglo XIX (ni centralista, ni federalista) volvió a mencionar los derechos de los autores. *Cfr.* Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, p. 13.

¹²¹ Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, pp. 228 y 229.

¹²² Halpern, Sheldon W., *The law of defamation, privacy, publicity, and moral right. Cases and materials on protection of personality interests*, 4a. ed., Ohio, JPM Books, 2000, p. 635; Cámara Águila, María del Pilar, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Granada, Comares, 1998, p. 4; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 232.

¹²³ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 4.

¹²⁴ Gunlicks, Michael B., “A balance of interests: the concordance of copyright law and moral rights in the worldwide economy”, *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Nueva York, vol. XI, libro 3, 2001, p. 615; y Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 4.

En 1834, y luego de varios años de litigio, la Suprema Corte de los EUA resolvió el caso *Wheaton vs. Peters*, en el que se controvertió la ley federal de *copyright* con base a un alegado derecho de autor derivado del *common law* estatal. Sin embargo, la Corte determinó que una vez publicada la obra, la ley federal remplazaba a cualquier derecho derivado del *common law*, lo que ha sido interpretado como una victoria del poder federal sobre el estatal.¹²⁵

Un caso muy destacado de la jurisdicción de EUA, pero no muy conocido, es *Emerson vs. Davies* de 1845, en el que se resolvió que los derechos de autor no protegen las ideas, sino sólo la forma de expresión.¹²⁶ Hasta donde tenemos conocimiento, este es el primer caso en que un tribunal se pronuncia sobre la no protección de las ideas.

Una importante regulación autoral surgió en el año 1846 en México: el Decreto sobre Propiedad Literaria. Esta es la primera regulación de los derechos de autor propiamente mexicana, y en ella se concedían, como regla general, derechos a los autores durante toda su vida y a sus sucesores *mortis causa* hasta por 30 años.¹²⁷ Un punto destacado de esta normativa es que otorgaba derechos a traductores y anotadores. Asimismo, se reconoció el derecho de los autores de difundir sus obras en forma anónima, pero conservando derechos sobre sus obras mediante la inclusión de su verdadero nombre en un pliego sellado,¹²⁸ lo que es un importante avance en materia de derechos morales, en particular, respecto al llamado “derecho de paternidad”.

En 1870 nuestro primer Código Civil, bajo la influencia de la legislación portuguesa, reguló las “propiedades literaria, dramática y artística”, asimilándolas a la propiedad común, imponiendo el registro obligatorio, y estableciendo como regla general, una duración perpetua del derecho.¹²⁹

Mientras tanto, en el año de 1872, el jurista francés André Morillot publica su ensayo *De la personnalité du droit de copie*, en donde bautiza con la

¹²⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 83 y 84.

¹²⁶ Samuelson, Pamela, “A turning point in copyright: Baker vs. Selden and its legacy”, *Papers presented in the Center for the Study of Law and Society bag lunch speaker series*, Universidad de California, Berkeley, documento 23, 2004, p. 50.

¹²⁷ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, pp. 13 y 14; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 930 y 931; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, pp. 14 y 15; Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, nota 29, p. 96; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 206.

¹²⁸ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 39 a 41; y Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 932.

¹²⁹ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 933; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 16; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, nota 29, pp. 96 y 97; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 42 y 43; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 17.

expresión *droit moral* a los derechos de autor de contenido no económico.¹³⁰ A la postre, el término “derecho moral” tomará carta de naturalización en el lenguaje jurídico del mundo occidental para referirse a ciertas facultades personalísimas de los autores.

En 1879 la Suprema Corte de EUA, en el caso *Baker vs. Selden* se pronuncia en el sentido de que los derechos de autor no protegen las ideas contenidas en las obras, por lo que dichas ideas son libres de ser usadas y copiadas.¹³¹ Este será uno de los casos que mayor impacto ha tenido en ese país respecto de la dicotomía “ideas/expresión”, tema sobre el que profundizaremos más adelante en el presente subcapítulo.

Un asunto bastante importante para la evolución de los derechos de autor y para delinear el concepto de “originalidad” fue *Burrow-Giles Lithographic Co. vs. Sarony*, resuelto en 1884 por la Suprema Corte de EUA. En este caso se debatió sobre si una fotografía de Oscar Wilde podía considerarse protegida por derechos de autor, a lo que la Corte resolvió que sí, en tanto era una creación original, ya que el fotógrafo, Napoleón Sarony, dispuso la iluminación, ornamentación, accesorios e indicó a Wilde cómo posar, lo que es una manifestación de creatividad.¹³²

De igual forma, en las dos últimas décadas del siglo XIX se fue consolidando la jurisprudencia francesa sobre derechos morales, destacando casos como *Michel Masson vs. Gaudichot*, *Lecocq vs. Dame Cinquin*, y *William Eden vs. Whistler*, entre otros.¹³³

En 1884 se promulga en México un nuevo Código Civil, el cual seguía, en materia de derechos de autor, los lineamientos del código de 1870.¹³⁴

A lo largo del siglo XIX, como consecuencia de la internacionalización de la piratería, diversos países suscriben tratados internacionales de protec-

¹³⁰ Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 511; Cotter, Thomas F., “Pragmatism, economics, and the *droit moral*”, *North Carolina law review*, EUA, vol. 76, núm. 1, 1997, p. 12; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 7.

¹³¹ Samuelson, Pamela, *op. cit.*, nota 125, p. 27.

¹³² Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 86 y 87; y Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, pp. 135 y 136.

¹³³ Suhl, Natalie C., “Moral rights protection in the United States under the Berne Convention: a fictional work?”, *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Nueva York, vol. XII, libro 4, 2002, p. 1210; Rams Albesa, Joaquín, “La génesis de los derechos morales de los creadores”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 24; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 7; Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 232.

¹³⁴ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 933; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 21; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Ortiz Bahena, Miguel Ángel, y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, nota 29, p. 98; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6.

ción recíproca de sus obras,¹³⁵ lo que en Europa lleva a la suscripción del Convenio de Berna en 1886,¹³⁶ el cual nacería como un tratado multilateral de carácter regional.¹³⁷ Esta convención fue fruto de los esfuerzos de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) y de su entonces presidente, Víctor Hugo,¹³⁸ y la postre llegaría a ser (y es hasta la fecha) el tratado más importante en materia de derechos de autor.

Por su parte, los países latinoamericanos generarían en 1889 su primer convenio multilateral en la materia: el Tratado de Montevideo. Esto se debió a la negativa de tales países de incorporarse al Convenio de Berna, entre otras razones, porque este último acuerdo era visto como un tratado europeo que concedería mayores ventajas a los países del viejo continente respecto de los americanos, quienes se encontraban en una diferente situación respecto a la explotación de las obras y quienes apenas estaban con-

¹³⁵ Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 58.

En efecto, como nos comenta Geller, Inglaterra y Francia se convirtieron en potencias literarias, y países como EUA y Bélgica se aprovecharon de la situación de que las obras extranjeras no solían protegerse en las legislaciones autorales nacionales, para crear un mercado internacional de piratería. *Cfr.* Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

Gantz y Rochester nos explican que, por cerca de 100 años, EUA fue el principal país pirata, oponiéndose a un sistema internacional de protección a los derechos de autor y tutelando sólo las obras de sus creadores; esto llevó a que autores ingleses como Walter Scott o Charles Dickens (en 1843, su obra *Un cuento de navidad* se vendía en \$2.50 en Londres, pero la edición pirata de EUA sólo costaba 6 centavos) se quejaran de esa situación ante el Congreso de EUA, institución que tuvo oídos sordos. Sin embargo, la postura de su país también afectó a los autores estadounidenses, Mark Twain o Washington Irving, quienes necesitaban la protección de sus obras en el extranjero (por ejemplo, en 1876 *Las aventuras de Tom Sawyer* se vendía en \$2.75 en EUA, pero a sólo .50 centavos en Canadá). *Cfr.* Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, pp. 36-41.

Sobre los tratados bilaterales, *vid.* Obón León, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales”, en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis, BMA, 1998, p. 4.

¹³⁶ Cornish, William R., “Authors in law”, *The modern law review*, Londres, vol. 58, núm. 1, enero 1995, p. 2; Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 948; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 621; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 7.

¹³⁷ Si bien entre los 10 firmantes originales del Convenio de Berna estaban Haití, Liberia y Túnez, estos países se encontraban bajo influencia europea y servían para fortalecer la posición de Francia. *Cfr.* Uchtenhagen, Ulrich, “Acerca de la historia de las convenciones de derecho de autor latinoamericanas”, en VV.AA., *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 1998, p. 80.

¹³⁸ Aunque cabe destacar que, además de Francia, Inglaterra fue el otro gran motor del Convenio de Berna, pues eran los dos países más afectados por la piratería de EUA y Bélgica. *Cfr.* Geller, Paul Edward, *op. cit.*, nota 3, p. 234.

solidando su independencia en relación con la colonización europea que sufrieron.¹³⁹

En 1903 la Suprema Corte de EUA resuelve otro caso relevante sobre el objeto de los derechos de autor: *Bleistein vs. Donaldson Lithographing Co.* La controversia era entre dos impresores, en donde el actor alegó violación a su *copyright* por parte del demandado al copiar tres carteles que anunciaban un circo. Este fue el primer caso sobre *copyright* en la Suprema Corte de uno de los más destacados y progresistas jueces estadounidenses: Oliver Wendell Holmes Jr., quien, basado en la noción de “personalidad”, señaló que un dibujo, aunque se use en un anuncio, no deja de ser un dibujo y, por consiguiente, no escapa de la protección del *copyright*.¹⁴⁰ En particular, el juez Holmes afirmó lo siguiente:

Sería peligroso si las personas formadas exclusivamente en leyes se convirtieran en los jueces en última instancia del valor de las ilustraciones pictóricas más allá de los límites más obvios y limitados. De un extremo, algunas obras de genios seguramente no serían apreciadas. Su propia novedad las haría repulsivas hasta que el público hubiera aprendido un nuevo lenguaje utilizado por el autor. Por ejemplo, se podría poner en duda si se les hubiera concedido protección a los dibujos de Goya o a las primeras pinturas de Monet cuando se vieron por primera vez.¹⁴¹

Después de casi 100 años sin que ningún texto constitucional mexicano hiciera referencia a los derechos de autor, nuestra Constitución de 1917 (con un lenguaje menos técnico) señaló que no habría monopolios, estancos, prohibiciones de ninguna clase, ni prohibiciones a títulos de protección a la industria, con excepción de los “privilegios” que por cierto tiempo se concedieran a autores y artistas para la reproducción de sus obras.¹⁴²

En mismo año, la Suprema Corte de EUA dicta otra importante resolución a propósito de una reclamación por el uso de música en un ho-

¹³⁹ Uchtenhagen, Ulrich, *op. cit.*, nota 137, pp. 73, 75 y 77.

Cfr. también, Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 5.

¹⁴⁰ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 137; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, pp. 87 y 88.

¹⁴¹ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 88.

Estas ideas las podemos encontrar en el artículo 5o. de nuestra LFDA, que adoptando la teoría francesa de la unidad del arte, señala que las obras se protegen con independencia de su mérito, destino o modo de expresión.

¹⁴² Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 934; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 207; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 45.

tel, y en la que el juez Holmes explicó claramente la noción de “lucro indirecto”:¹⁴³

Las representaciones de los demandados no son gratuitas sino que forman parte de un total por el cual el público paga, y el hecho de que el precio total se atribuya a un concepto en concreto que se espera que los presentes soliciten, no es importante. Es verdad que se podría conseguir más barata en otro establecimiento. El objeto es una comida en un ambiente que constituye un placer de lujo, que no se consigue de una comida en silencio... Si la música no consiguiera beneficios se dejaría de tocar. Si se consiguen beneficios éstos proceden de los bolsillos del público. No importa si se consiguen los beneficios o no, el propósito de utilizarlo es el lucro y con eso basta.¹⁴⁴

Un momento trascendental en la evolución del derecho autoral se dio el 20 de mayo de 1920, cuando en Francia aparece una ley que regula el derecho de reventa sobre obras de arte (*droit de suite*),¹⁴⁵ que a la postre se convertirá en uno de los derechos de remuneración con mayor acogida en las leyes de derechos de autor a lo largo del mundo.

Regresando a México, el Código Civil de 1928 significó un gran avance en materia de derechos de autor, en cuanto rompe con los anteriores códigos civiles dejando de asimilar los derechos de autor al derecho real de propiedad.¹⁴⁶ Asimismo, en 1939 se publica el Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor y Editor, el cual complementó al Código Civil, y reguló por primera vez lo que se llamó “pequeño derecho de autor”¹⁴⁷ y que más tarde evolucionaría en México al derecho de regalías por comunicación pública.

Los derechos morales se internacionalizan en 1928 cuando, en la revisión de Roma, se añade el artículo 6o. bis al Convenio de Berna, dispositivo que contempla las facultades de paternidad e integridad, y las separa claramente de los derechos de explotación.¹⁴⁸

¹⁴³ Esta figura puede encontrarse en el artículo 11 del Reglamento de la LFDA, cuyo segundo párrafo señala: “Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderantemente desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate”.

¹⁴⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 13, p. 93.

¹⁴⁵ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, pp. 181 y 182.

¹⁴⁶ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 934 y 935; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 19; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 6; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, 26a. ed., México, Porrúa, 1995, t. II, p. 175; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 48.

¹⁴⁷ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 49 y 50.

¹⁴⁸ Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 9, y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 641 y 642.

Luego de varios tratados de menor trascendencia,¹⁴⁹ el sistema interamericano de derechos de autor se consolida en 1946 con la Convención de Washington, la cual reúne por primera vez a Argentina, Brasil y México, aunque no logró incorporar a EUA.¹⁵⁰

En 1947 se aprueba en nuestro país la Ley Federal sobre el Derecho de Autor bajo el impulso de Jaime Torres Bodet,¹⁵¹ la cual es nuestra primera ley autónoma sobre la materia, misma que derogó el capítulo de derechos autor del Código Civil de 1928, y estableció la regla de protección automática sin necesidad de registro.¹⁵² No resulta ninguna sorpresa que esta ley se haya originado ante la necesidad de nuestro país de implementar la Convención de Washington.

En 1948 la Asamblea General de ONU produce uno de los instrumentos más importantes en materia de derechos fundamentales: la DUDH, en cuyo artículo 27.2 se establece el derecho de toda persona de ser protegida en sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones de que sea autora. En términos semejantes se pronunció la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, adoptada en el mismo año en Bogotá.¹⁵³ Sobre esto profundizamos en el capítulo tercero.

Ante la necesidad de crear un puente entre los sistemas americano y europeo de protección internacional de los derechos de autor, y además, de incorporar a los EUA al sistema internacional, se suscribe en 1952 la Convención Universal sobre el Derecho de Autor o Convenio de Ginebra, promovido por la UNESCO.¹⁵⁴ Este tratado cumplió su propósito inicial, aunque su importancia fue minando ante la creciente fortaleza que adquirió el Convenio de Berna en la segunda mitad del siglo XX.

Posteriormente, se promulgaría en México la Ley Federal del Derecho de Autor de 1956 (con cambios substanciales en 1963, incluyendo su título,

¹⁴⁹ Se trata de las convenciones de México (1902), de Río de Janeiro (1906), de Buenos Aires (1910), de Caracas (1911) y de La Habana (1928).

¹⁵⁰ Uchtenhagen, Ulrich, *op. cit.*, nota 137, pp. 101 y 102.

¹⁵¹ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 935; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 51; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 31. Cabe destacar que esta ley, aunque aprobada en 1947, se publicó en el *DOF* hasta enero de 1948, por lo que indistintamente se hace referencia a ella como la ley de 1947 o de 1948.

¹⁵² Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 935; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 21; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, pp. 6 y 7; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 18.

¹⁵³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 38; y Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 9.

¹⁵⁴ Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos”, en VV.AA., *XI jornadas J.M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 150.

el cual quedaría como “Ley Federal de Derechos de Autor”).¹⁵⁵ En 1967 nuestro país suscribe el Convenio de Berna, el cual ya contemplaba un alto grado de protección a los autores.

En 1966, siguiendo los lineamientos establecidos en la DUDH, los estados suscriptores del PIDESC se comprometieron, en el artículo 15.1.c de ese tratado, a reconocer el derecho de toda persona de beneficiarse de la protección de los intereses materiales y morales por las producciones de que sea autora.¹⁵⁶ En los mismos términos se pactó el texto del Protocolo de San Salvador en 1988 (artículo 14.1.c).

Durante la década de los 70, 80 y 90 del siglo pasado, diversos países latinoamericanos (e incluso de otras latitudes) se adhieren al Convenio de Berna, convirtiéndolo en un verdadero tratado universal y en el acuerdo más importante de la materia. Después de muchísima resistencia, en 1988 EUA se adhiere a Berna.¹⁵⁷

Igualmente, por esa época, la propiedad intelectual (incluyendo los derechos de autor) se fue introduciendo al debate sobre comercio internacional, primero en la Ronda de Tokio del GATT (a instancias de EUA), y posteriormente, con mas fuerza, en la Ronda de Uruguay (que, como se sabe, desembocaría en la creación de la OMC).¹⁵⁸

Como consecuencia de este fenómeno, en 1994 por virtud del Acuerdo de Marrakech se constituyó la OMC, y contempla como anexo 1 C un tratado conocido como ADPIC (o TRIPS, por sus siglas en inglés), el cual es un convenio sobre cuestiones de propiedad intelectual vinculadas con el comercio y es de observancia obligatoria para todos los miembros de la OMC.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Díaz Alcántara, Mario Arturo, y García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 936 y 937; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, pp. 28 y 38; Morfín Patraca, José María, *op. cit.*, nota 28, p. 209; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 54 y 57; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 19.

¹⁵⁶ Miserachs i Sala, Pau, *Diccionario internacional del derecho de autor*, 2a. ed., Barcelona, Fausí, 1988, p. 21; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 38.

¹⁵⁷ Gantz, John, y Rochester, Jack B., *op. cit.*, nota 26, p. 60.

¹⁵⁸ Correa, Carlos, *Acuerdo TRIPS. Régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 13-20; Marín López, Juan José, “Obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual y espacios para diseños de políticas nacionales en América Latina”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LVI, núm. 246, julio-diciembre 2006, p. 224; Palacios López, Marco Antonio, “Los derechos de propiedad intelectual y las relaciones comerciales internacionales: generalidades sobre los antecedentes del acuerdo sobre los ADPIC y la evolución del mismo después del periodo de transición”, en Antequera Hernández, Ricardo Alberto, y Palacios López, Marco Antonio (coords.), *Propiedad intelectual. Temas relevantes en el escenario internacional*, Guatemala, SIECA, USAID, 2000, p. 43.

¹⁵⁹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 29-33; y Palacios López, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 160, p. 40.

Empero, en materia de derechos de autor, el ADPIC se apoya fuertemente en el Convenio de Berna, primero porque establece una cláusula de salvaguarda por la que el primero no puede ser interpretado en perjuicio de las obligaciones derivadas del segundo,¹⁶⁰ y además, porque el propio ADPIC obliga a sus miembros a cumplir con las disposiciones substantivas del Convenio de Berna.¹⁶¹ Sin embargo, a diferencia de Berna (que no contempla ningún sistema de solución de controversias), cualquier violación al ADPIC (o a la parte sustantiva del Convenio de Berna, a través del ADPIC) puede someterse al sistema de solución de controversias de la OMC.¹⁶²

De igual forma, e inspirado en los trabajos preparatorios del ADPIC,¹⁶³ en 1992 México, EUA y Canadá suscribieron el TLCAN, el cual es el primer tratado de comercio internacional en incluir un capítulo sobre propiedad intelectual. Esto inició una tendencia mundial de incorporar capítulos de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio.

Con el propósito de responder a los nuevos retos planteados por la tecnología desde la última revisión del Convenio de Berna (París, 1971), la OMPI organizó una conferencia diplomática que culminó con la adopción del TODA en diciembre de 1996.¹⁶⁴ Este tratado pretendió resolver la problemática que generaba Internet, por lo que estableció reglas sobre temas como la comunicación al público y las medidas tecnológicas de protección. En el capítulo quinto de este libro se profundiza sobre dicho tratado.

El 24 de diciembre de 1996 se publica en México la LFDA,¹⁶⁵ entrando en vigor el 25 de marzo de 1997. Esta es la legislación que actualmente rige la materia en nuestro país, y será el instrumento legislativo preponderante que utilizaremos para analizar el tema de la presente investigación.

¹⁶⁰ Artículo 2.2 del ADPIC.

¹⁶¹ Artículo 9.1 del ADPIC. Aunque cabe señalar que esta disposición no genera derechos y obligaciones en materia de derechos morales (artículo 6o. bis del Convenio de Berna).

¹⁶² Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 2004, p. 32.

¹⁶³ Explica Goldstein que las negociaciones del TLCAN iniciaron después de las del ADPIC, pero terminaron un año antes, por lo que el primer tratado toma prestado el lenguaje utilizado en el segundo. Véase, Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 48.

Cfr., también Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 161, p. 35.

¹⁶⁴ Esteve González, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Granada, Comares, 2006, p. 30; Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 161, p. 192; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 120; Obón León, J. Ramón, *op. cit.*, nota 135, p. 8.

¹⁶⁵ El principal objetivo de esta ley es, según su exposición de motivos, “la protección de los derechos de los autores de toda obra del espíritu y del ingenio humanos, de modo que se mantenga firme la salvaguarda del acervo cultural de la nación y se estimule la creatividad del pueblo en su conformación y diversidad cultural”.

Poco después, en 1998, el Congreso de los EUA promulga la altamente controvertida *Digital Millenium Copyright Act*, ordenamiento que ha recibido serias críticas (en especial por lo que hace a las medidas tecnológicas de protección) y ha generado un intenso debate sobre los derechos de autor y su lugar en la era de las transmisiones digitales.¹⁶⁶ Mientras que en 2001 la Unión Europea dicta la Directiva de la Sociedad de la Información, la cual incluye cuestiones como las medidas tecnológicas de protección y los derechos aplicables a las transmisiones de obras por Internet.

En 2005, en el seno de la UNESCO, diversos países adoptaron la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que si bien no es un tratado sobre derechos de autor (como tampoco lo es el TLCAN, por ejemplo), tiene un impacto en esta materia. De entrada, en su preámbulo se reconoce “la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural”, además de que su objeto son bienes culturales¹⁶⁷ (muchos de los cuales se tutelan por derechos de autor) respecto de los que hay disposiciones relativas a su protección,¹⁶⁸ así como a su acceso equitativo.¹⁶⁹ En particular, el artículo 7.1.a de este tratado establece que las partes procurarán en su territorio un entorno que incite a las personas a crear (y a nuestro entender, los derechos de autor tienen mucho que ver en la existencia de ese entorno), mientras que el diverso 7.2 se refiere a los reconocimientos que merecen los creadores.¹⁷⁰

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ Incluso, en su artículo 4o.4 se reconoce que, además de su valor comercial, las actividades, bienes y servicios culturales tienen un valor en sí mismos. Con esto se matiza la visión que comenzaba a acentuarse de considerar a los bienes culturales como meras mercaderías; pues si bien se les puede considerar objeto de comercio, eso no los hace perder su dimensión cultural o intelectual.

¹⁶⁸ Por ejemplo, se reconoce que los estados parte pueden tomar como medida para promover y proteger la diversidad de las expresiones culturales, el respaldo y apoyo a los artistas y demás personas que participen en la *creación* de expresiones culturales (artículo 6.2.g).

¹⁶⁹ A guisa de ejemplo, *cf.* su artículo 7.1.b.

¹⁷⁰ El borrador original de este tratado (de julio de 2004) mencionaba expresamente a la llamada propiedad intelectual y a los convenios internacionales sobre esa materia, pero en las reuniones intergubernamentales de septiembre de 2004 y febrero de 2005 se apuntó que esas menciones generaban el riesgo de debilitar los actuales estándares de protección sobre el particular, por lo que en junio de 2005 se decidió suprimir las referencias a la propiedad intelectual, para únicamente incluir una declaración expresa sobre la importancia de tales derechos para la diversidad cultural. *Cfr.* Desurmont, Thierry, “Considerations on the relationship between the Convention on the Protection and Promotion of Diversity of Cul-

En fin, en 2011, bajo una secrecía y opacidad sin precedentes en la negociación de un acuerdo multilateral de este tipo, uno cuantos países firman el ACTA, tratado enfocado, principalmente, a brindar herramientas procesales para la protección de los derechos de autor en Internet. Este convenio es sumamente debatido por su posible afectación a algunos derechos humanos, y es, probablemente, la convención de derecho intelectual que más polémica ha generado entre la sociedad civil. Un estudio de dicho tratado puede encontrarse en el apéndice de actualización de la presente investigación.

Una vez finalizada esta nota histórica, corresponde pasar al estudio de las principales corrientes de regulación que hoy existen sobre la materia, lo que nos clarificará conceptos y evitará que caigamos en errores, tan comunes en el debate actual de derechos de autor. Con esto se demostrará que la ideosincracia del sistema jurídico mexicano es muy diferente a la de EUA, y por eso, hay que ser muy cuidadosos al pretender adoptar ciertas posturas que no encuentran sustento aquí.

II. SISTEMA CONTINENTAL Y SISTEMA DEL *COPYRIGHT*

Hoy por hoy existen dos grandes corrientes jurídicas de protección autor: la corriente anglosajona o sistema del *copyright*, y la corriente europea continental o sistema del *droit d'auteur*.¹⁷¹ Ambos sistemas toman su nombre

tural Expressions and the protection of authors' rights' ”, trad. de Margaret Platt-Hommel, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, octubre-diciembre 2006, pp. 3 y 4.

Este tratado tiene como propósito proteger la diversidad cultural, ante el riesgo de aumento de la hegemonía cultural (principalmente de EUA), derivada de la influencia del liberalismo económico en el comercio internacional. De hecho, este tratado fue fuertemente apoyado por autores y por países de larga tradición autoralista, como Francia. *Cfr. Ibidem*, pp. 1 y 3.

¹⁷¹ Una tercera corriente en la materia fue el hoy —prácticamente— extinto sistema socialista, mismo que fue adoptado en la URSS, en Europa del este y países con esa influencia política. Los intereses de los autores solían ceder frente los intereses de la sociedad en su conjunto en caso de conflicto, y la explotación de las obras se hacía normalmente a través de empresas controladas por el Estado. Terminada su etapa socialista, esos países se han sumado a la corriente de *droit d'auteur*. *Cfr.* Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 34.

El sistema socialista no es considerado por Goldstein como una corriente en la materia, sino sólo como un instrumento para controlar los órganos de publicación y los contratos que celebraban los autores. Aunque este jurista también coincide en que, una vez caída la URSS, los países que seguían esa tendencia adoptaron esquemas similares a los de la Europa occidental. *Cfr.* Goldstein, Paul, op. cit., nota 166, p. 3. En Cuba, a pesar de varias declaraciones políticas que en 1966 y 1967 (algunas de Fidel Castro) insistían en la necesidad de abolir los derechos de autor, se publicó en 1977 la actual Ley de Derecho de Autor. *Cfr.* Soto Granada, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 91 y 92.

de la denominación que se le dio a la materia en sus países de origen: Inglaterra y Francia, respectivamente.

La corriente del *copyright* está integrada por el Reino Unido y los países que fueron colonias inglesas o forman parte de la *Commonwealth* británica, como por ejemplo, EUA, Australia y Canadá. Mientras que a la corriente del *droit d'auteur* pertenecen los países neorromanistas, principalmente de la Europa continental, América Latina, África y Asia, como por ejemplo, Alemania, España, Italia, Francia, Portugal, Austria, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Chile, Perú, y, desde luego, México.¹⁷²

Entre ambas corrientes existen diferencias que han sido la base para distinguirlas. Aunque tales divergencias están desapareciendo o diluyéndose gradualmente como consecuencia de la influencia recíproca entre ambas corrientes y de los procesos de armonización internacional, la verdad es que en la actualidad todavía puede hablarse de dos grandes corrientes a nivel comparativo. A continuación, mencionaremos someramente los puntos de contraste más destacados.

El primer y seminal punto de diferencia entre las corrientes en estudio, son sus premisas. Se suele decir (en forma un tanto simplista) que en los países del *copyright* la protección tiene una *ratio* utilitaria, consistente en estimular la creación de producciones intelectuales para que estas lleguen al público al menor costo posible; mientras que la corriente continental fundamenta la protección en una filosofía de derechos naturales, en la que se reconoce que el autor tiene derecho a estar protegido por cuestiones de justicia.¹⁷³ Si bien hay algo de razón en esas afirmaciones, consideramos que las premisas filosóficas de cada corriente no son exclusivas de cada una de ellas, sino que en realidad están mezcladas,¹⁷⁴ y lo que sucede es que en el siste-

¹⁷² Cfr. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 3; Urtiaga Escobar, Reynaldo, “Los sistemas de derechos de autor y *copyright* en la actualidad ¿contraposición o simbiosis?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LII, núm. 238, 2002, p. 206; Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 209; Delgado Porrás, Antonio, “Contraposición entre los sistemas de protección del derecho de autor y del *copyright*” en Delgado Porrás, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, pp. 353 y 354; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 35.

¹⁷³ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, pp. 3 y 4.

Cfr. también Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 38 (quien, en forma menos simplista, indica que aunque las doctrinas naturalistas que dieron origen al sistema de *droit d'auteur*, ya no sobreviven en las actuales legislaciones —las cuales no son de derecho natural, sino de derecho positivo—, estas leyes siguen siendo de corte humanista al poner al autor en el centro de la protección).

¹⁷⁴ Un claro ejemplo es el de México, en donde nuestras leyes han sido tuitivas del autor, en seguimiento a las premisas humanistas del *droit d'auteur*, pero nuestras cláusulas constitucionales en materia de propiedad intelectual, al estar inspiradas en la correspondien-

ma del *copyright* prevalecen las premisas utilitarias (aunque también están presentes las premisas humanistas), mientras que en el sistema continental acontece lo contrario: sin soslayar los fundamentos utilitarios, prepondera el fundamento de tutela a los autores.

El mismo nombre de cada sistema es muy ilustrativo sobre sus diferencias. En el sistema de “derechos de autor” el foco es el ser humano que creó la obra (el autor), a quien expresamente se le conceden una serie de prerrogativas calificadas expresamente como “derechos”. Mientras que la denominación *copyright* enfatiza los usos de las obras (originalmente, el copiado de las obras), e inclusive, hay leyes como la inglesa, que más que hablar de derechos a favor de alguien, se refieren a “actos limitados por el *copyright*”, es decir, cosas que los consumidores no pueden hacer por existir un *copyright*.¹⁷⁵

Otra diferencia muy importante entre los sistemas contrastados, es que en la corriente continental sólo puede ser considerado autor la persona física que crea una obra, mientras en el *copyright* es muy común que la calidad de autor la tenga una persona moral (lo cual es una ficción jurídica).¹⁷⁶

Una diferencia adicional, la encontramos en el objeto de protección, ya que en la corriente continental los derechos de autor únicamente protegen obras (literarias, musicales, plásticas, audiovisuales, etcétera), es decir, creaciones intelectuales,¹⁷⁷ mientras que en los países del *copyright* el mismo

te de EUA, han tenido (desde inicios del siglo XIX) cierta dosis de utilitarismo (muy marcado en la de 1824, y ya desvanecido en la de 1917).

De igual forma, no puede decirse que en los países del *copyright* sus premisas sean exclusivamente utilitarias, pues en su mayoría son miembros del PIDESC y, sobre todo, votaron la DUDH, instrumentos internacionales que contemplan una visión humanista de la protección a los autores, incluso, consagrando un derecho humano a esa protección (sobre esos instrumentos ahondamos en el capítulo tercero).

En éste sentido, Afori indica: “Many scholars hold the opinion that the theoretical basis of Anglo-American copyright law is dualistic, and that utilitarian and natural rights theories are used in combination”. Cfr. Afori, Orit Fischman, “Human rights and copyright: the introduction of natural law considerations into American Copyright Law”, *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Nueva York, vol. XIV, núm. 2, 2004, p. 505.

Sobre las mezclas e interacción de las premisas filosóficas en los dos sistemas, cfr. Senfleben, Martin, *Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 7-10.

Cfr. también sobre las premisas filosóficas, Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2009, p. 12.

¹⁷⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 39.

¹⁷⁶ Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 5; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 359; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 3; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 42 y 43; Uriaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, p. 219.

¹⁷⁷ Más detalles sobre la noción de “obra”, cfr. *infra* el apartado “A” del presente capítulo.

régimen jurídico aplica para proteger otras prestaciones que no son obras, como las señales de radiodifusión o las grabaciones sonoras (fonogramas),¹⁷⁸ entre otras.¹⁷⁹ De ahí que podamos concluir que el objeto de protección de *copyright* es más amplio que el de los derechos de autor.

Un punto de distinción que es muy importante, radica en que en el sistema del *droit d'auteur* las facultades del derecho de explotación (o derechos patrimoniales, como les suele llamar la LFDA) se plasman en la ley de forma enunciativa, de manera que se protege la obra contra cualquier acto de explotación, incluso contra aquellos no señalados expresamente en el texto legal. En cambio, en los países del *copyright* los derechos de explotación se establecen en la ley en forma limitativa o taxativa, por lo que cada vez que los avances tecnológicos permiten una nueva forma de explotación de las obras, se debate sobre la conveniencia o no de que el legislador extienda la protección de *copyright* a esa nueva forma de explotación.¹⁸⁰

Un rubro que originalmente era clave para distinguir entre *copyright* y *droit d'auteur*, pero que ahora sólo nos da unas pistas en cuanto a la idiosincracia subyacente en ambas corrientes, es el que se refiere a los derechos morales. Surgidos en Francia y adoptados en las leyes autorales del sistema continental, los derechos morales son fruto de la visión humanista de protección al autor que subyace en esta corriente. Poco a poco, estos derechos

¹⁷⁸ En el sistema de *droit d'auteur* este tipo de prestaciones también están protegidas, pero no a través de la figura de los derechos de autor, sino de la institución de los “derechos conexos”, lo cual implica un régimen jurídico diferente, que normalmente se traduce en una menor protección a esas prestaciones (por ejemplo, en materia de derechos conexos los derechos de explotación suelen durar menos que los derechos que protegen obras). Así, mientras en el *copyright* hay un solo régimen de protección para obras y otras prestaciones, en el sistema continental, hay un tratamiento diverso que se traduce en un alcance diferente en la tutela que se le da a las obras y la protección que se le concede a otras prestaciones (de ahí que la diferencia que en este punto presentan el sistema de *copyright* y el continental no sea meramente “simbólica” como afirma Goldstein. *Cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 11).

Los sujetos clásicos de los derechos conexos son los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Nuestra LFDA también otorga protección bajo este régimen a los editores de libros y a los productores de videogramas.

¹⁷⁹ En general, *cf.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 41 y 42; Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, pp. 210 y 211; Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, pp. 46 y 49.

¹⁸⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 17 y 19; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 360; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 50 y 51.

Sobre el particular, apunta Goldstein: “The ideal copyright legislator will test every proposal to extend copyright against the criterion of utility and will vote for the proposed extension only if it is demonstrably necessary to stimulate the creation of new works”. Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 3.

morales se han ido incorporando a las leyes de *copyright* de los países del *common law*,¹⁸¹ como la inglesa (1988), la canadiense (desde 1931) o la australiana (desde 2000), aunque siguen ausentes de la de EUA,¹⁸² país que alega que ese tipo de protección se puede desprender de normas contra la competencia desleal, la regulación de los derechos de la personalidad o incluso por vía contractual.¹⁸³ De ahí que se afirme que en “mayor o menor medida, todos los países protegen las facultades de carácter personal”.¹⁸⁴ Sin embargo, no se puede ocultar la franca animadversión que los EUA sienten por los derechos morales;¹⁸⁵ de hecho, si revisamos la abundante jurisprudencia sobre propiedad intelectual en ese país, veremos que los fallos favorables en materia de derechos personales de los autores son prácticamente inexistentes, salvo algunas contadas excepciones (lo que contrasta con la nutrida jurisprudencia francesa sobre los derechos morales). De igual forma, en los países del *copyright* que protegen los derechos morales, dicha regulación no ha pasado de ser meramente formal, pues a tales derechos se les sigue viendo con cierto escepticismo,¹⁸⁶ e incluso, en esos estados se permite la renuncia de los dere-

¹⁸¹ Bertrand, André, “Droit d’auteur, copyright and neighbouring rights at the crossroads”, Documento de la UNESCO, París, 1992, p. 2; y Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 10 y 11.

¹⁸² Aunque cabe destacar que en ese país la *Visual Artists Rights Act* (1990) contempla las facultades de paternidad e integridad en relación con obras plásticas.

¹⁸³ Un ejemplo paradigmático de esto es la resolución que, en 1976, dictó el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de EUA, en el caso *Gilliam vs. American Broadcasting Company*, en donde dicho tribunal consideró que la mutilación no autorizada de la obra audiovisual *Monty Python’s Flying Circus* era ilícita, pero más que sustentarse en un derecho moral, el fallo estuvo fundado en la *Lanham Act* (ley que regula cuestiones de marcas y competencia desleal).

¹⁸⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 45.

En términos similares, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 284.

¹⁸⁵ Lo que los llevó a rehusarse constantemente a suscribir el Convenio de Berna y a hacerlo tardíamente hasta 1988. Sobre este fenómeno, *cf.* Ginsburg, Jane C., y Kernochan, John M., “One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, pp. 298 y ss.

Asimismo, EUA ha sido el promotor y responsable de disposiciones como la del anexo 1701.3.2 del TLCAN (“No obstante lo dispuesto en el Artículo 1701(2)(b), este Tratado no confiere derechos ni impone obligaciones a Estados Unidos respecto al artículo 6o. bis del Convenio de Berna, o a los derechos derivados de ese artículo”) o la del artículo 9.1 del ADPIC (“No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6o. bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”).

¹⁸⁶ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 6a. ed., Londres, Thomson, Sweet and Maxwell, 2007, p. 487; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 9 y 10; y Drexler, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the

chos morales,¹⁸⁷ lo que implica que no se les trata como derechos personalísimos y se les convierte, en cierta medida, en derechos de papel.¹⁸⁸

Otro punto de contraste que fue muy importante en el pasado, pero que ahora es prácticamente inexistente, es el de las formalidades. Tradicionalmente los países del *copyright* exigían el registro de la obra y algunas otras formalidades (como la llamada “*copyright notice*”), mientras que en los países de tradición continental la tutela deriva del acto creativo, siendo libre de formalidades. Esto ha cambiado, como consecuencia de la adhesión de los países del *common law* al Convenio de Berna (y a la importancia que se le da a ese tratado en instrumentos de última generación como el TODA, el ADPIC, el TLCAN e, incluso, el ACTA), la máxima de protección no subordinada a formalidades es, prácticamente, universal.¹⁸⁹

En el tema de las restricciones al derecho de explotación (de central importancia en la presente investigación), los países del *copyright* se han caracterizado por un sistema de restricciones abierto y flexible, bajo cláusulas amplias como el *fair use*, el *fair dealing* o la protección del interés público; mientras que la corriente continental prevé un sistema cerrado de restricciones, exigiendo que estas se encuentren previstas en forma limitativa en el texto de la ley.¹⁹⁰ Sobre esto profundizamos en el capítulo cuarto.

Un último punto de contraste que vale la pena mencionar es el de los contratos, ya que en la corriente del *droit d'auteur* suelen existir más limitaciones a las cesiones de derechos que en el sistema de *copyright*,¹⁹¹ como

economy” en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 160.

En este sentido, Pimenta explica que, bajo la concepción del *copyright*, los derechos morales están en un segundo plano frente a los derechos económicos. *Cfr.* Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 19.

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 87.2 de la *Copyright, Designs and Patents Act* del Reino Unido; y el artículo 14.1.2 de la *Copyright Act* de Canadá.

¹⁸⁸ Rahmatian afirma lo siguiente respecto de las prácticas relativas a los derechos morales en el Reino Unido: “moral rights have no decisive relevance in a copyright system and can almost be ignored in the context of assignment and licensing rules”. Rahmatian, Andreas, “Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 291.

Situación que, a decir de Eduardo Pimenta, ilustra una diferente “ética autoral” que la del derecho continental. *Cfr.* Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 21.

¹⁸⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 53 y 54; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 44.

¹⁹⁰ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 184, pp. 17-20; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 361; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 51-53.

¹⁹¹ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, pp. 361 y 362; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

consecuencia de la necesidad de proteger a los autores en sus relaciones contractuales y evitar abusos.

Desde luego, tampoco debe minimizarse ni pasarse por alto que los sistemas de *copyright* pertenecen a la familia jurídica del *common law*, y que los sistemas de derechos de autor se integran principalmente en la familia neorromanista, por lo que la estructura e idiosincrasia jurídica de ambos sistemas es también diferente.¹⁹²

Si bien coincidimos en que la brecha que distinguía al *copyright* del *droit d'auteur* se ha ido acortando, y que ambos sistemas cada vez se influyen más en forma recíproca, consideramos que la distinción entre uno y otro todavía es válida,¹⁹³ y no consiste meramente pequeñas diferencias de grado como concluye Goldstein.¹⁹⁴ De hecho, como nos refiere Von Lewinski, cada sistema expresa sus culturas e identidades subyacentes, por lo que las discusiones internacionales son poco tersas, cuando cada país trata de imponer su visión sobre la protección de las obras.¹⁹⁵

Debemos tener en cuenta los diferentes enfoques filosóficos iniciales de cada una de esas corrientes y que todavía las permean en forma importante. En efecto, como nos recuerda Lyman Ray Patterson, el Estatuto de la Reina Ana era básicamente una ley reguladora del comercio, en la que la figura del autor se utilizó como un mero *instrumento* para acabar con un poder monopolístico,¹⁹⁶ y de hecho, durante todo el desarrollo posterior del *copyright* (en especial en EUA) el autor ha sido principalmente una figura instrumental y secundaria, que aparece intermitentemente en los debates. En cambio, en las primeras legislaciones francesas sobre la materia (1791 y 1792), el autor no fue un instrumento, sino el centro y propósito de la legislación; se trató de leyes que se dictaron, principalmente, *para proteger a los autores*. De ahí que la figura del autor sea protagónica en los países de la corriente del *droit d'auteur*.

Sobre este punto, Lipszyc indica que “en los países del sistema latino va tomando cada vez más fuerza el rechazo de la cesión total o parcial de los derechos de autor y la admisión solo de licencias o autorizaciones de uso, o de las impropriamente llamadas ‘cesiones’ parciales, en lugar de ‘concesiones’ de determinados derechos de explotación”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 43.

¹⁹² Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 41.

¹⁹³ En este sentido, véase, Piotraut, Jean-Luc, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Francia, Lavoisier, 2007, pp. 107 y ss.

¹⁹⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

¹⁹⁵ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, pp. 33 y 34 (quien además explica que los rastros de estos choques ideológicos pueden encontrarse en los documentos relativos a las negociaciones del ADPIC, el TODA y el TOIEF).

¹⁹⁶ Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, pp. 13 y 14.

Esta idiosincracia no sólo se refleja en la forma en que los órganos nacionales aplican las normas sobre la materia¹⁹⁷ (lo que de suyo justifica la distinción entre las dos corrientes estudiadas), sino también en los términos en los que se debaten esas normas y las políticas públicas que buscan soportarlas. Esto puede verse con claridad en el capítulo quinto, pues muchas de las propuestas provenientes de juristas de sistemas del *copyright* simplemente ignoran la figura del autor o le dan poca importancia.¹⁹⁸

Por lo tanto, y sin desconocer las aproximaciones que se han dado entre estos dos grandes sistemas, se puede reconocer que el *copyright* siempre ha tenido un *matiz* y una vocación más económica, mientras que el sistema continental más humanista y romántica.¹⁹⁹

Hechas las aclaraciones de carácter general, procederemos en los siguientes apartados a analizar cómo se protegen los derechos de autor en México.

III. OBJETO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En el presente y siguientes apartados abordaremos los puntos esenciales de la regulación jurídica de los derechos de autor, tomando como base la LFDA. Dado que nuestra legislación se inserta en la corriente del *droit d'auteur*, utilizaremos preponderantemente doctrina jurídica generada en países de tal corriente, sin perder el enfoque global del presente trabajo.

¹⁹⁷ Sobre esto, véase, Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 38.

¹⁹⁸ En este tenor, Ginsburg afirma: “In contemporary debates over copyright, the figure of the author is too-often absent”. Ginsburg, Jane C., “The concept of authorship in comparative copyright law”, *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano de 2003, p. 1063.

De igual forma, Vivant señala sin ningún tapujito: “The fact remains —and it is undeniable— that the author is notably absent from copyright”. Vivant, Michel, “Droit d'auteur and copyright: what is the relationship?”, Ponencia en el Coloquio Internacional de Derecho de Internet, París, 19 y 20 de noviembre de 2001, p. 3.

Asimismo, Sundara indica que: “in debates surrounding copyright policy, the absence of individual authors is striking”. Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 229.

¹⁹⁹ Sin tal vocación, no se podrían entender figuras tuitivas del autor que surgieron en el seno de este sistema, como el *droit de suite* o los derechos morales.

Incluso, como se ha reconocido, “la diferencia más importante entre ambos regímenes radica en el énfasis de la protección a la ‘obra’ en el *copyright* y al ‘autor’ en el caso del *droit d'auteur*”. Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, p. 212.

De igual forma, Cornish y Llewelyn estiman que los sistemas de derechos de autor suponen una preferencia por el autor respecto del empresario. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 379.

O como expresa Vivant: en un sistema la preponderancia se da al autor, en el otro se le concede a la inversión. *Cfr.* Vivant, Michel, *op. cit.*, nota 205, p. 1.

Muchos tratadistas (y algunas leyes) abordan el tema de los derechos de autor utilizando la sistemática clásica de la materia, es decir, aquella que divide entre objeto, sujeto y contenido de los derechos de autor. Conforme a tal sistemática, el objeto es la *obra*, el sujeto es el *autor* (y, en su caso, los demás titulares involucrados), y el contenido son cada uno de los *derechos* que se otorgan al autor sobre su obra.²⁰⁰ Consideramos adecuada tal sistemática, por lo que la utilizaremos aquí, dedicando el presente apartado al estudio del objeto de los derechos de autor.

1. *Noción de obra*

Existe consenso acerca de que la obra es el objeto de los derechos de autor,²⁰¹ sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad de dar una definición completa y precisa de lo que es una obra.

Como consecuencia de lo anterior, y sin ser una definición perfecta, consideramos adecuada la proporcionada por Delia Lipszyc, pues la misma nos permitirá avanzar en el estudio del objeto de los derechos de autor.²⁰² Para esta

²⁰⁰ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, pp. 114, 121 y 128; Cedillo Molina, Sabina, *Internet y los derechos de autor*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003, pp. 82, 95 y 102; De la Parra Trujillo, Eduardo, “La obra como objeto de los derechos de autor”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Consejo de la Judicatura Federal, núm. 18, 2004, p. 72; Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, pp. 23, 97 y 205; Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2009, pp. 58 y 59; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 153 y 319; Martínez Reyes, Jessica Inglaterra, *El cosplay ante el derecho intelectual*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, p. 4.

²⁰¹ Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho de inventor*, trad. de Ernesto Volkening, Bogotá, Temis, 1999, p. 13; Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 43; Ancona García-López, *El derecho de autor en la obra audiovisual*, México, Porrúa, Universidad Anáhuac-México Norte, 2012, p. 35; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 207, p. 73; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo de autor. En las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 111; Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 51; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 61; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 61; Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 10” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 54; Saiz García, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 39; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 153; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, Comares, 2000, pp. 1 y ss.

²⁰² Inclusive, esta definición fue adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-276-96, dictada el 20 de junio de 1996.

investigadora, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.²⁰³

Por consiguiente, las obras son bienes inmateriales o intangibles, es decir, *corpus mysticum*²⁰⁴ (como también lo son el resto de los objetos de protección de los derechos intelectuales: las invenciones, las marcas, los diseños industriales, etcétera). Esto trae como consecuencia que, como regla general, la propiedad del soporte material de una obra no traiga aparejada derecho de autor alguno,^{205 206} pues mientras el derecho real de propiedad regula el soporte material (*corpus mechanicum*), los derechos de autor regulan las obras (*corpus mysticum*).²⁰⁷

Finalmente, hay que mencionar que a la expresión “obra” se le suelen acompañar diversos calificativos, tales como “literarias y artísticas”, “del

²⁰³ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 61.

En términos similares, Mario Are nos define la entidad intelectual como “pensiero soggettivo ed individuale fissato in un momento del suo divenire e reso concreto, prima ancora della sua estrinsecazione, dallo stesso soggetto pensante nel suo intimo”. Are, Mario, *L'oggetto del diritto di autore*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 37.

²⁰⁴ Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 23; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 201, p. 44; Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, p. 259; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 77; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 114.

Sobre la distinción entre bienes corpóreos e incorpóreos, *cf.* Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, 9a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 305 y 306.

²⁰⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 1: Introducción a la propiedad intelectual” en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 21; Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE, CERLALC, 2004, p. 29; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 451; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 23; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 114; Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 104 y 105; Sánchez Moyano, Alejandra, “La propiedad y el derecho de autor”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002, p. 17; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 160 y ss.

²⁰⁶ Como regla general, el artículo 38 de la LFDA establece: “El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra”.

²⁰⁷ “Por esas razones no existe actualmente la discusión sobre el derecho de accesión que se planteó en el derecho romano entre los que sostenían que la materia era lo accesorio de la obra artística y quienes opinaban lo contrario, en el caso de un autor que creaba algo con un material ajeno”, de forma que hoy en día “no puede discutirse que el titular de la obra es su creador y no el propietario de los materiales utilizados”. Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 163.

espíritu”, “literarias, artísticas y científicas”, “intelectuales”, etcétera. Empero, tales calificativos son meras fórmulas ornamentales que se siguen utilizando por tradición, pero que en realidad no tienen consecuencias jurídicas, toda vez que el derecho no le da una protección diferente a las obras literarias respecto, por ejemplo, de las artísticas. En realidad, todas esas expresiones se refieren exactamente a lo mismo: al objeto de los derechos de autor, es decir, a las obras. Por lo que somos partidarios de utilizar simple y sencillamente el término “obra”, sin adherirle calificativo alguno.

2. *Tipos de obras*

Dada la dificultad de dar una definición jurídica de “obra” que abarque y delimite claramente el objeto de protección de los derechos de autor, muchas leyes en la materia han tendido a dar un listado ejemplificativo del tipo de producciones protegidas por derechos de autor. Esto es influencia directa del Convenio de Berna, cuyo artículo 2.1 establece:

Artículo 2.1. Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

El hecho de que el citado artículo establezca que se protegen *todas* las expresiones en el campo literario, científico o artístico, y utilice la expresión “tales como” antes de iniciar el catálogo de obras, no deja lugar a dudas que estamos ante un listado no acabado, sino abierto.

Asimismo, hay una coincidencia en que es prácticamente imposible hacer un listado completo, preciso y taxativo que incluya todos los tipos de obras protegidas,²⁰⁸ máxime ante los constantes avances tecnológicos y las amplias posibilidades de la creatividad humana.

²⁰⁸ Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *Brevets, marques, droits d'auteur...: mode d'emploi*, Bélgica, Edipro, 2009, p. 152; y Guerra Zamarro, Manuel, “La obra como objeto de

En esta tónica encontramos nuestra LFDA, cuyo artículo 13 (presumiblemente influenciado por el Convenio de Berna) establece un listado de “ramas” protegidas: literaria; musical con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo; escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo;²⁰⁹ fotográficas; obras de arte aplicado (mencionando que se incluye el diseño gráfico o textil); y de compilación (indicando que se integran por colecciones de obras, como las antologías, las enciclopedias, o las colecciones de obras u otros elementos, como las bases de datos).

La doctrina mexicana está de acuerdo en que el catálogo del artículo 13 de la LFDA es meramente ejemplificativo o enunciativo, más no limitativo o restrictivo,²¹⁰ por lo que nuestra ley protege también las obras no mencionadas expresamente en ese listado, como el caso de la llamada “obra multimedia”²¹¹ o las obras de escenografía,²¹² entre otras.

protección del derecho de autor (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 6, octubre-diciembre 2002, p. 9.

²⁰⁹ Esto en virtud de que, independientemente de su funcionalidad práctica, los programas de computación o *software* no son más que una serie de instrucciones *escritas* en un determinado *lenguaje*, con el fin de que una computadora realice cierta función; por lo que son consideradas obras literarias. En este sentido, tanto el TODA (artículo 4o.), el ADPIC (artículo 2.1), el TLCAN (artículo 1705.I.a), y la LFDA (artículo 102), establecen que los programas de cómputo deben protegerse como obras literarias. Véase, entre otros, Becerra Ramírez, Manuel, “Los programas de computación y su regulación en la legislación mexicana”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 282-286; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 104-111.

²¹⁰ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 9; De la Parra Trujillo, Eduardo, Voz “Derechos de autor”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 223; García Moreno, Víctor Carlos, “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana del derecho de autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 112; Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, p. 43; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, pp. 8 y 9; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 118; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 64.

²¹¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 463; Ovilla Bueno, Rocío, “El laberinto de la multitud. En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia”, en Becerra Ramírez, Manuel, y Ovilla Bueno, Rocío (coords.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 74; Schmidt, Luis, “Multimedia: creación de naturaleza jurídica multifacética”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 24, 2006, pp. 13 y ss.

²¹² *Cf.* la sentencia de 1o. de abril de 2008, dictada por el TFJFA en el expediente del juicio contencioso administrativo 39843/05-17-03-3.

3. *Requisitos de protección*

La amplísima mayoría de estados perteneciente a la corriente o sistema del *droit d'auteur* establece el requisito de *originalidad* como el único a satisfacerse para obtener la protección de los derechos de autor; sin embargo, en el caso de México existe un requisito adicional: la *fijación*. A continuación abordaremos ambos requerimientos.

A. *Originalidad*

El requisito de originalidad es prácticamente universal, reconociéndose tanto en el sistema continental como en el de *copyright*. Sin embargo, es raro encontrar leyes que, además de mencionar tal requisito, lo definan;²¹³ por lo que ha sido labor de los tribunales y de la doctrina ir definiendo lo que se entiende por originalidad.

Desde un punto de vista histórico, Mark Rose encuentra el requisito de originalidad en la jurisprudencia del siglo XVIII, explicándonos que: “The basis of literary property, in other words, was not just labor but ‘personality’, and this revealed itself in ‘originality’”.²¹⁴

La concepción generalmente aceptada de originalidad, nos es explicada por Lipszyc así:

Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: *que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*. La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término *individualidad* en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra tenga algo individual y propio de su autor.²¹⁵

Es decir, basta que la obra sea de *creación independiente*, que no sea una copia de otra obra preexistente. En este sentido, Isabel Espín Alba nos indica

²¹³ Bugallo Montaña, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 595.

²¹⁴ Rose, Mark, *op. cit.*, nota 33, p. 114.

Es destacable el caso *Bleistein vs. Donaldson Lithographing Co.*, en el que la Suprema Corte de EUA retoma la noción de “personalidad” para conceder protección a la publicidad de un circo. En ese asunto, el juez Holmes dijo: “Personality always contains something unique. It expresses its irregularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man’s alone”. *Cfr.* Patterson, Lyman Ray, *op. cit.*, nota 48, p. 218.

²¹⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 65.

que, tradicionalmente, se afirma que la originalidad es un criterio subjetivo en tanto se refiere a un trabajo personal creativo del autor, siendo clásico el ejemplo de los dos pintores que, en forma independiente, plasman el mismo objeto y que, aun así, son autores de sus respectivas obras, en tanto estas no son copias serviles la una de la otra, sino reflejo del trabajo personal de cada pintor individualmente.²¹⁶

El *Glosario de la OMPI* nos proporciona la siguiente definición de originalidad:

En relación con una obra, la originalidad significa que ésta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta a la originalidad de una creación independiente.²¹⁷

En igual sentido encontramos el *ABC del derecho de autor* de la UNESCO:

El derecho de autor es un derecho que se confiere con respecto a una obra o que emana de ésta. No se trata de un derecho basado en el carácter novedoso de las ideas.... Dos personas pueden llegar al mismo resultado independientemente y gozar del derecho de autor sobre su obra, siempre que ésta no se haya copiado de una obra que ya está protegida por el derecho de autor. Por

²¹⁶ Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 79.

Por su parte, Agustín Grijalva indica: “Aunque existen diferencias en la concepción de originalidad, sobre todo entre el derecho de origen romano-germánico y el anglosajón, hoy tiende a prevalecer la concepción de que *originalidad* es el resultado del trabajo intelectual independiente y con cierta creatividad por parte de su autor, lo cual excluye la copia o reproducción evidente o disimulada de obras preexistentes”. Grijalva Jiménez, Agustín, “Introducción a la propiedad intelectual: derechos de autor, derechos conexos y patentes” en VV.AA., *Temas de propiedad intelectual*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 14.

Cfr. también, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, pp. 604 y 605; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, pp. 422-425; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 208, p. 153; Ovilla Bueno, Rocío, *op. cit.*, nota 218, p. 75; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 24; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 205, p. 100; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 27; Rogel Vide, Carlos, *Derecho de autor*, Barcelona, Cálamo, s/f, p. 9; Sáiz García, Concepción, “¿Protección de las ideas por el derecho de autor?”, en Ortega, Jorge (coord.), *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, ASEDA, 2011, p. 18.

²¹⁷ VV.AA., *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 175.

consiguiente, una obra original se define como el producto de un pensamiento independiente y de la labor de un individuo. La originalidad no depende ni de la novedad ni de los méritos artísticos de la obra.²¹⁸

Incluso en los países del *copyright* prevalece esta caracterización subjetiva de la originalidad: “As developed by the courts, originality entails *independent creation* of a work featuring a *modicum of creativity*. Independent creation requires only that the author not have copied the work from other source”.²¹⁹

El jurista francés, Claude Colombet, en su interesante estudio de derecho comparado, llega a las siguientes conclusiones:

La originalidad se aprecia subjetivamente: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de homólogo en el pasado...

Finalmente, se percibe que la constante casi universal es la referencia a la originalidad, noción subjetiva, y no a la novedad, noción objetiva.²²⁰

²¹⁸ VV.AA., *ABC del derecho de autor*, París, UNESCO, 1982, pp. 20 y 21.

²¹⁹ Lemley, Mark A., Menell, Peter S., y Merges, Robert P., *Intellectual property in the new technological age*, 2a. ed., Nueva York, Aspen law & business, 2000, p. 345.

De hecho, la Casa de Representantes del Congreso de los EUA, a propósito del entonces proyecto de ley de *copyright* (hoy ley vigente de ese país desde 1976), afirmó lo siguiente respecto de la originalidad: “This standard does not include requirements of novelty”.

En tal país, para las compilaciones se elaboró la teoría del *sweat of the brow*, según la cual se protegían las obras si eran fruto de un esfuerzo material, lo cual fue muy criticado por tratarse de un criterio ajeno a la creatividad; empero esa teoría fue superada por la Suprema Corte de EUA en el caso *Feist Publications vs. Rural Telephone Service* de 1991, el cual versó, precisamente, sobre bases de datos. *Cfr. Ibidem*, pp. 355 y 356; y Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, pp. 6 y 7.

Por lo que hace a Canadá, originalidad “significa que la obra no debe ser copiada. Un esfuerzo independiente de creación, aun modesto, es suficiente”. Goudreau, Mistrale, “Introducción al derecho de autor canadiense”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 35.

Asimismo, otro jurista canadiense nos refiere: “Novelty is not a requirement of copyright. An original work is not a novel work but a work that originated with the author, a work that has not been copied. Original means not-copied”. Drassinower, Abraham, “A rights-based view of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, p. 12.

Lo mismo aplica para el caso del Reino Unido, *cf.* Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 7.

²²⁰ Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. de Petite Almeida, Madrid, 3a. ed., UNESCO, CINDOC, 1997, pp. 13-15.

Conclusiones que son compartidas por Paul Goldstein: “The normal standard for protection of literary and artistic works, applied across both common law and civil law systems, is that the work distinctively be the product of its author’s efforts and no copied from other work or works”.²²¹ Por su parte, Antequera Parilli, luego de un estudio de la jurisprudencia comparada, concluye que la mayor parte de los tribunales (coincidiendo con la doctrina mayoritaria) acepta el criterio de la individualidad,²²² es decir, la concepción subjetiva de originalidad.

Empero, hay que decir que existe un sector doctrinal minoritario en el mundo (aunque posiblemente mayoritario en España), con intermitente aceptación en la jurisprudencia, que concibe a la originalidad como un criterio de *novedad objetiva*. Uno de los principales exponentes de esta corriente es Rodrigo Bercovitz, quien indica que la ley sólo protege una obra si esta tiene novedad objetiva, pues en esa medida sería fruto del ingenio del autor. La creación independiente (a la que ese profesor denomina “novedad subjetiva”) no la considera como originalidad, pues estima necesario que el autor genere obras objetivamente nuevas (diferentes a las ya existentes). Según su postura, la mera “novedad subjetiva” daría paso a un sistema caótico, pues lo importante en cada caso sería probar que no se copió la obra, independientemente del parecido o igualdad con la preexistente. De esta forma, de acuerdo con Bercovitz, si una obra tiene “novedad subjetiva” habría que eliminar el dolo en los asuntos penales (pero si la obra es objetivamente parecida o idéntica a una preexistente, seguiría siendo una violación a derechos de autor, aunque quien realizó la segunda obra no haya copiado la primera).²²³

Postura similar es adoptada por el jurista italiano, Mario Are, quien se adscribe a la corriente de la originalidad objetiva, afirmando que una obra debe distinguirse de otra por sus características propias e intrínsecas.²²⁴

Por lo que hace a la doctrina mexicana, esta se adhiere a la concepción subjetiva en forma prácticamente mayoritaria,²²⁵ siguiendo así la pos-

²²¹ Goldstein, Paul, *op.cit.*, nota 166, p. 161.

²²² Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 53.

²²³ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentario al artículo 10”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 160-162.

²²⁴ Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 60 y 61.

²²⁵ Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, p. 40; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 3; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Guerra Zamarró, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Herrera Meza, Humberto Javier, *Iniciación al derecho de autor*, México, Li-

tura ortodoxa sobre la originalidad. Los fallos de nuestros tribunales sobre el requisito de originalidad son escasos, aunque el único criterio judicial que conocemos sobre el particular, retoma la postura subjetiva, al señalar, respecto de las obras de arte aplicado, que estas deben satisfacer el requisito de “originalidad, sin confundirse con la novedad de la obra, dado que aquélla es el sello personal que el autor imprime en su obra y la hace única”.²²⁶

En otro orden de ideas, la originalidad no puede apreciarse de la misma forma en cada tipo de obra.²²⁷ Por ejemplo, se suele reconocer que el proceso de creación de una obra literaria pasa por tres etapas: la idea, la composición y la expresión; y como veremos adelante, las ideas no se protegen, por lo que la originalidad puede manifestarse en la composición de la obra (estructura de su desarrollo) y/o en su expresión (su forma, propiamente dicha).²²⁸

Por lo que hace a las obras musicales, estas se integran (al menos en la música occidental) por ritmo, armonía y melodía; pero los derechos de autor sólo protegen la melodía, por lo que la originalidad se manifiesta en tal elemento.²²⁹

Para medir la originalidad en el resto de las obras se suelen utilizar, *mutatis mutandi*, los criterios ya referidos. Aunque hay que indicar, como caso especial, el de las obras de colección o bases de datos, en las que, dado su

musa, 1992, p. 70; Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 42; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 102; Tapia Guzmán, Patricia Marisol, *La protección acumulada en el sistema normativo mexicano ¿beneficio o detrimento en los derechos del titular?*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2007, pp. 16 y 17.

²²⁶ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, “OBRAS EN LA RAMA DENOMINADA COMO ARTE APLICADO. REQUISITOS PARA SU REGISTRO (INTELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 4o. a 6o. y 13, FRACCIÓN XIII, DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1785.

²²⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 66. *Cfr.* también, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 603.

²²⁸ Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 31; y Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 24.

²²⁹ Sobre el particular nos explican Lipszyc y Villalba: “En cambio, no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, es decir, la combinación de sonidos simultáneos, y el número de estos es limitado. Tampoco sobre el ritmo —que es la distribución y acentuación de las notas en el tiempo— porque no sería lógico otorgar derechos exclusivos sobre el tango, el bolero, el vals, la salsa, la cumbia, el merengue, la zamba, la *bossa nova*, etcétera del mismo modo que no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre los géneros literarios”. Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 228, p. 32.

reducido margen para la creatividad, su originalidad se determina conforme a la selección o a la disposición de sus elementos.²³⁰

El requisito de originalidad está plasmado en la LFDA de la siguiente manera:

Artículo 3o. Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación *original* susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio (énfasis añadido).

En fin, hay que decir que tanto la doctrina,²³¹ como la jurisprudencia de algunos países,²³² han establecido que la originalidad se presume, por lo que quien alegue que una obra no es original, debe probarlo.

Una vez explicada la originalidad, pasemos al siguiente apartado para analizar el requisito de fijación.

B. Fijación

Como ya adelantamos, nuestra LFDA no sólo exige que se cumpla el requisito de originalidad para que una obra esté protegida por derechos de autor, sino que también, peculiarmente, exige el de fijación. Veamos en qué consiste.

La fijación es el acto por virtud del cual se incorpora la obra a un soporte material, es decir, no es otra cosa más que la unión del *corpus mysticum* con el *corpus mechanicum*.²³³

²³⁰ En este sentido, encontramos al Convenio de Berna (artículo 2.5), al TODA (artículo 5o.), al ADPIC (artículo 10.2), al TLCAN (artículo 1705.1.b), y a la LFDA (artículos 107 y 13, fr. XIV).

En nuestro país las bases de datos que no cumplan con el requisito de originalidad, a pesar de no estar protegidas por derechos de autor, se protegen por un derecho *sui generis* (artículo 108 de la LFDA). Tal derecho es una desafortunada adopción del, ya de por sí criticable, derecho *sui generis* sobre las bases de datos de la Unión Europea (muy atacado por sus efectos monopolísticos sobre la información y su colisión con ciertos derechos fundamentales). Para más información sobre este derecho en México, así como para su crítica, *cf.* De la Parra Trujillo, Eduardo, “La protección de las bases de datos no originales en la legislación autoral mexicana (comparación con la Directiva de la Unión Europea sobre bases de datos)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LIII, núm. 241, 2003, pp. 211 y ss.

²³¹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 58; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 207, p. 75; Guerra Zamarró, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 170.

²³² Por ejemplo, la resolución número 000111-1999/ODA-INDECOPI en Perú.

²³³ El *Glosario de la OMPI* proporciona la siguiente explicación de lo que es la fijación: “Consiste en captar una obra en algún modo o forma de expresión física duradera, sea ésta

El requisito de fijación es más propio del *copyright*,²³⁴ y no tanto del sistema continental; aunque la legislación francesa en algún momento exigió tal condición, la teoría y la jurisprudencia de esa nación lo fueron desplazando, a tal grado, que dejó ser de requerimiento de tutela, por lo que en la actualidad se suele considerar que el abandono de la exigencia de fijación refleja una visión más moderna de la materia.²³⁵

Como un caso excepcional dentro de la corriente del *droit d'auteur*, México establece la fijación como un requisito de protección adicional a la originalidad,²³⁶ como se desprende del artículo 5.1 de la LFDA:

Artículo 5o. La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido *fijadas* en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión. (Énfasis añadido).

Esto significa que en nuestro país no están protegidas las llamadas obras efímeras, tales como discursos, sermones, alocuciones, explicaciones de cátedra, obras musicales no grabadas o escritas, pantomimas, espectáculos de luz, etcétera.

un escrito, impresión, fotografía, grabación sonora o grabación visual, escultura, grabado, construcción, representación gráfica o cualquier otro método que permita la posterior identificación y reproducción de la creación del autor”, *op. cit.*, nota 225, p. 119.

Nuestra LFDA define la fijación en su artículo 6o.

²³⁴ La Constitución de los EUA, en su cláusula de propiedad intelectual, señala que lo que se protege son los *writings*, de donde se ha desprendido el requisito de fijación, interpretándose que por *writing* se debe entender una representación física, como dijo la Suprema Corte de ese país en el caso *Goldstein vs. California* de 1973. *Cfr.* Leaffer, Marshall, *Understanding copyright law*, Nueva York, 3a. ed., Matthew Bender, 1999, p. 46; y Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 20.

Para el caso del requisito de fijación en el Reino Unido, *cf.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 437.

Sobre la fijación en Canadá, *vid.* Bertrand, Lise, “Copyright law and copyright collectives in Canada”, en LaRoche, Kevin L. (coord.), *Intellectual property and related commercial litigation in Canada*, Canadá, 3a. ed., Border Ladner Gervais, 2008, p. 198.

²³⁵ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 197.

De igual forma, Are indica que, aunque en otros tiempos se pudo haber condicionado la protección jurídica a la fijación de la obra en un ejemplar durable, en la actualidad la doctrina considera como superado ese principio. *Cfr.* Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 218 y 219.

²³⁶ El conocido autoralista mexicano, José Luis Caballero Leal, luego de hacer un análisis comparativo de la legislación latinoamericana, llega a la conclusión de que México es el único país de la región que establece el requisito de fijación. *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4.

A decir de Antonio Delgado, la “legislación mexicana (perteneciente al área del derecho de autor) ofrece un caso de contaminación con el otro sistema —se refiere aquí Delgado al *copyright*— al establecer que la protección se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 176, p. 357.

Desconocemos las razones por las que México incorporó el requisito de fijación en la ley. Algunos especulan que fue por compromiso con los EUA, pero el TLCAN no impone esa obligación. De cualquier forma, el Convenio de Berna faculta a sus estados miembros para imponer el requisito de fijación, si así lo desean, como se desprende de su artículo 2.2.

De hecho, en la práctica no se genera diferencia sustancial entre países que exigen la fijación y los que no, pues, en primer lugar, la mayor parte de las obras que se difunden ya han sido fijadas en algún soporte material (por lo que es muy reducido el número y trascendencia de las obras no fijadas), y, en segundo lugar, en los países que no exigen la fijación, es muy difícil probar en juicio la existencia y características de una obra efímera,²³⁷ por lo que la tutela de este tipo de obras es realmente complicada.

4. *Criterios irrelevantes para conceder protección*

Los *únicos* requisitos válidos para conceder o negar protección, bajo la regulación de los derechos de autor, son la originalidad y la fijación; por lo que cualquier otro criterio resulta absolutamente irrelevante o intrascendente a la luz de la legislación en la materia.

Empero, a fin de tener una visión más completa sobre el objeto de los derechos de autor, resulta conveniente repasar algunos de los criterios irrelevantes para el nacimiento de los derechos de autor.

A. *El registro*

En la actualidad las obras se protegen sin necesidad de registro, y en general, sin que se pueda exigir ninguna formalidad. Esto es uno de los pilares del sistema continental que ha ido permeando en los países del *copyright*.

La *condición del registro* de la obra para el goce del derecho —o registro constitutivo del derecho— fue un resabio de la etapa de los privilegios y continuó manteniéndose en algunos países en mérito de una equivocada asimilación al derecho de propiedad industrial (especialmente derecho de patentes y derecho de marcas). A medida que las diferencias entre el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial se fueron clarificando, las legislaciones abandonaron el registro constitutivo de derechos.²³⁸

²³⁷ Cfr. Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 268.

²³⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68.

De hecho, la protección automática y sin formalidades es una de las obligaciones básicas contempladas por el Convenio de Berna (artículo 5.2), desde su revisión de Berlín en 1908. Esto implicó un gran avance, pues la protección automática facilita la adquisición de derechos de autor, extendiendo la tutela a una amplia gama de obras que hubieran quedado desprotegidas al no cumplirse los trámites burocráticos relativos, y evitándose así situaciones injustas en las que no se podría reclamar protección por culpa de formalismos.

La regla de protección automática está claramente incorporada en nuestro derecho autoral, como se desprende del artículo 5o., segundo párrafo, de la LFDA: “El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna”. Lo cual es reiterado por el segundo párrafo del artículo 162 de la referida ley: “Las obras literarias y artísticas y los derechos conexos quedarán protegidos aun cuando no sean registrados”. Por lo tanto, la protección libre de registro es pacíficamente admitida por la doctrina nacional²³⁹ y extranjera;²⁴⁰ aunque a veces es ignorada por las autoridades mexicanas.²⁴¹

Empero, existe la posibilidad de inscribir las obras en un registro público (el cual es optativo y meramente declarativo, no constitutivo de dere-

²³⁹ Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, p. 41; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Carrillo Toral, Pedro, *El derecho intelectual en México*, México, Plaza y Valdés, UABC, 2002, p. 66; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 217, p. 112; Guerra Zamarro, Manuel, “La obra como objeto de protección del derecho de autor (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 7, enero-marzo 2003, pp. 7 y 8; Herrera Meza, Humberto Javier, *op. cit.*, nota 233, p. 19; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 158; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 159; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 138; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 229.

²⁴⁰ Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 28; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 167; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 678; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 18 y 19; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 436; Dzumukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *Georgian law on author's rights and neighbouring rights*, Tbilisi, UNESCO, 2005, p. 24; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 208, p. 157; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 101 y 102; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 28; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 166.

²⁴¹ Por ejemplo, sentencia definitiva dictada por el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito en el juicio ordinario civil federal 263/2006-III el día 28 de junio de 2007.

De igual forma, el IMPI suele condicionar el otorgamiento de medidas cautelares si no se exhibe un certificado de registro de derechos de autor.

chos), cuya consecuencia será generar un medio de prueba privilegiado²⁴² para acreditar la autoría y titularidad de derechos, generando una presunción para ese fin (artículo 168 LFDA). Aunque desde luego, existen muchas otras formas de acreditar la autoría de una obra, como por ejemplo, la presunción de autoría contenida en el artículo 77 de la LFDA²⁴³ y en el artículo 15.1 del Convenio de Berna.²⁴⁴

B. *El mérito*

La calidad o el mérito de una obra no es un parámetro para conceder o negar derechos de autor sobre la misma, ni para determinar el grado o nivel de protección que le corresponde a cada creación.

La apreciación del arte es subjetiva, por lo que no puede haber un consenso sobre el valor o calidad de ciertas creaciones. Por ejemplo, para muchos Miró fue uno de los grandes pintores del siglo XX, pero para otros su obra genera una opinión desfavorable, considerándola meras manchas en forma de puntos y rayas.

Los jueces son peritos en derecho, no en arte, por lo que es extremadamente peligroso dejar en su poder (o en el de las autoridades administrativas) la decisión sobre la calidad, y consecuente protección, de las obras. Ni siquiera los peritos en arte pueden dar una opinión objetiva sobre el particular, despojada de gustos, adscripciones a corrientes o teorías estéticas, prejuicios y otros subjetivismos.

Así las cosas, el someter la protección de las obras al requisito de tener cierta calidad o mérito, abre la puerta a múltiples arbitrariedades. Por eso, nos advierten Cornish y Llewelyn que en ningún sistema se reservan los derechos de autor sólo para las obras que superan la prueba del mérito estético.²⁴⁵ En este sentido, es generalmente aceptado por la doctrina²⁴⁶ que el

²⁴² Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 159; y Bertrand, Lise, *op. cit.*, nota 234, p. 197.

²⁴³ “La persona cuyo nombre o seudónimo, conocido o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por transgresión a sus derechos”.

²⁴⁴ “Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual”.

²⁴⁵ Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 403.

²⁴⁶ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 60 y 61; Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 11 y 164; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168; Bertrand, Lise,

mérito de la obra no es factor para su tutela.²⁴⁷ Esto lo encontramos claramente plasmado en el artículo 5o. de nuestra LFDA.

De esta manera quedan protegidas, por ejemplo, en el sector literario, desde las grandes novelas como *El señor de los anillos* de Tolkien o *Cien años de soledad* de García Márquez, hasta obras que se suelen calificar de “menores”, como instructivos, cartas,²⁴⁸ diarios, folletos publicitarios, etcétera. A este tipo de “creaciones menores” se le ha llamado *kleine Münze* (morralla o monedas de baja denominación),²⁴⁹ y el derecho autoral no les niega protección, siempre y cuando cumplan con los requisitos de originalidad y fijación (únicos que exige la LFDA, como ya vimos).

C. *El destino*

También resulta irrelevante el destino, finalidad o propósito de las obras.²⁵⁰ Poco importa si la obra fue creada con el fin de estremecer los sentimientos del público, de mantenerse inédita (como un diario íntimo), de difundir cierta información científica o para vender algún producto. Es acertada la afirmación de Delia Lipszyc²⁵¹ en el sentido de que es irrelevante el fin cultural o utilitario que pudiera tener una obra.

op. cit., nota 234, p. 198; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 15; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 6; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 67; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 27; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 113.

²⁴⁷ Claramente nos dice Saiz García que “el concepto de obra es un concepto normativo que excluye cualquier tipo de juicio estético” y que el derecho de autor “protege a cualquier autor —incluso al ‘peor’ meritoriamente hablando— y no sólo a aquéllos que lo son de obras que revelan la calidad de autores consagrados”. Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 113 y 114.

²⁴⁸ Para mayores reflexiones sobre la protección de las cartas por derechos de autor, *cf.* Caballero Leal, José Luis, “Régimen legal de las cartas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año II, núm. 4, abril-junio 2002, p. 33; y Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, pp. 254-259.

²⁴⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 163; y Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, p. 110.

²⁵⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 60; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168 (quien incluso nos recuerda que es irrelevante si la obra fue creada por encargo); Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 16; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 27.

²⁵¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 67.

En este sentido, también es muy clara la LFDA, pues en su citado artículo 5o. se establece que la tutela de las obras es independientemente de su *destino*. Incluso, el catálogo de obras protegidas contenido en el artículo 13 de esa ley, incluye expresamente creaciones de carácter utilitario, como la arquitectura (fr. VIII), los programas de computación (fr. XI), y muy especialmente, las “obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil” (fr. XIII).

Esto significa que, desde el momento mismo de su fijación, están protegidas por derechos de autor las llamadas “obras de arte aplicadas a la industria”,²⁵² y que nuestro país adopta la teoría de la unidad del arte.²⁵³ Según esta teoría, el arte es uno, por lo que no se puede diferenciar entre arte puro y arte aplicada a la industria:

En efecto, la teoría de la unidad del arte se basa, como ya sabemos, en una determinada concepción del arte: el arte es uno, no cabe distinguir entre “arte puro” y “arte industrial” (arte aplicada a la industria o dibujo y/o modelos industriales). Según esta teoría, toda creación de forma en la que se manifieste la personalidad de su autor, sea cual fuere su valor o destino, pertenece al dominio del arte y es protegida por la legislación sobre Propiedad Artística y Literaria.²⁵⁴

La consecuencia de adoptar la teoría de la unidad del arte, es que se presenta dentro de nuestro ordenamiento jurídico el fenómeno conocido

²⁵² Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 17.

La profesora Lipszyc nos explica: “Una creación puede ser una obra artística y, al mismo tiempo, cumplir una función utilitaria o una función ornamental en una cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas en escala industrial”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

²⁵³ Rangel Ortiz, David A., “La protección del arte aplicado en la legislación autoral mexicana”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 138 y 152; y Tapia Guzmán, Patricia Marisol, *op. cit.*, nota 233, pp. 80 y 83.

²⁵⁴ Otero Lastres, José Manuel, *El modelo industrial*, Madrid, Montecorvo, 1977, p. 109.

La teoría de la unidad del arte fue formulada en la Francia del siglo XIX por Eugéne Pouillet. Sobre las ideas de tal jurista, Otero Lastres nos refiere: “El arte no tiene límites; no cabe distinguir entre el arte propiamente dicho y el arte industrial. Por eso, a su modo de ver, debería asimilarse pura y simplemente el dibujo o modelo industrial al dibujo o modelo artístico y conferirles una misma protección”. *Ibidem*, p. 76.

De igual forma, Colombet nos indica que “el principio de la unidad del arte, que implica que mediante el derecho de autor sean protegidas las obras de arte, independientemente de su destino —arte puro o artes aplicadas a la industria— ha sido adoptado en la mayoría de los países del mundo”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 16.

como “protección acumulada”,²⁵⁵ por virtud del cual la LFDA protegerá, inmediatamente desde el momento mismo de su fijación, todo dibujo o creación tridimensional originales; y si a esas obras se les pretende dar determinados usos industriales o comerciales, pueden beneficiarse, además, de la protección que conceda la LPI, ya sea por vía de diseños industriales,²⁵⁶ ya por la vía de las marcas.²⁵⁷ Esto, en principio, puede beneficiar al autor o titular derivado, al tener la posibilidad de una doble protección o protección acumulada; pero también puede ocasionar conflictos, cuando sobre la misma obra alguien es titular de los derechos de autor y otra persona es titular de derechos derivados de la legislación industrial.

D. *La forma de expresión*

Asimismo, no importa la forma en que se expresa la obra.²⁵⁸ Es irrelevante si ella se escribió en papel o en una computadora, si se dibujó en un lienzo o en una servilleta, si se filmó en 35 mm. o en formato digital.

²⁵⁵ “Por el principio de la unidad del arte se ha admitido que las obras de arte aplicadas pueden gozar, a la vez, de las protecciones del derecho de modelos y diseños industriales (*sic*) y del derecho de autor. A este último no le interesa el destino de la obra, es decir, si está destinada exclusivamente a fines artísticos o culturales o si también pueda ser aplicada para satisfacer fines utilitarios”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

Asimismo, véase, Cruz Saldivar, Erwin Carlos, “El diseño y su protección acumulada en la propiedad intelectual”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 5, núm. 8, enero-junio 2009, pp. 229 y ss.

²⁵⁶ Como se desprende del artículo 32 de la LPI, los diseños industriales se clasifican en: dibujos industriales (si son bidimensionales) o modelos industriales (si son tridimensionales). Lo que se protege en estos diseños son sus aspectos estéticos o arbitrarios y no sus aspectos técnicos o funcionales.

Sobre los alcances y la clasificación de los diseños industriales, *cf.* Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 43.

²⁵⁷ Los dibujos o formas tridimensionales que se usan en el mercado para distinguir productos o servicios (marcas innominadas, tridimensionales o mixtas), además de ser obras protegidas por derechos de autor, pueden generar ciertos derechos a un empresario por su uso o, incluso, concederle la exclusividad en su uso para ciertas clases de productos o servicios si son registradas ante el IMPI (véase artículos 87-90 de la LPI).

Sobre la protección acumulada por los estatutos de derechos de autor y de marcas, *cf.* Díaz Oquendo, Rafael A., “Anotaciones sobre la protección acumulada: la obra y la marca en el régimen comunitario andino”, Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado, *www.coladic.org*, septiembre de 2007, pp. 11 y ss.; y Cruz Saldivar, Erwin Carlos, *op. cit.*, nota 255, pp. 233 y ss.

²⁵⁸ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 4; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 224; Fernández-Arias

Esto también se encuentra contemplado en la LFDA, dentro del artículo 5o., el cual señala que la obra se protege independientemente de su forma de expresión. Por tal razón, el advenimiento de la tecnología digital no significó mayor cuestionamiento de fondo sobre si las obras creadas con medios digitales estaban protegidas, pues al ser irrelevante la forma de expresión, es evidente que sí están protegidas.

E. *La no conclusión de la obra*

Otro criterio irrelevante que se destaca por la doctrina es la terminación de la obra.²⁵⁹ Esto en atención a que las obras se protegen desde el momento en que se exteriorizan, y en muchas de ellas su proceso de creación es de tracto sucesivo; sin embargo, desde el momento mismo en que la obra reviste características de originalidad (y se fija en un soporte material) está protegida, no importando si posteriormente se le hacen adiciones, supresiones o cambios a lo ya creado. Es así que se protegen borradores, bosquejos, planos, pruebas, maquetas, tratamientos, bocetos, proyectos, etcétera; por ejemplo, aunque de todo un libro se haya escrito sólo una página, esa página ya está protegida desde el momento de su fijación, y si posteriormente se van escribiendo más páginas, la protección se irá ampliando a esas nuevas partes de la obra, pero no se puede pensar que la protección a la primera página está condicionada a la conclusión de la obra.

Aunque algunas leyes, como la LFDA, no señalan expresamente la irrelevancia de la no conclusión de la obra para efectos de su protección, se llega a ese resultado si tomamos en cuenta que se trata de un criterio ajeno a la originalidad y a la fijación, y por lo tanto, intrascendente para efectos del nacimiento de derechos de autor.

F. *La ilicitud del contenido de la obra*

Dado que la ilicitud es un criterio diverso a la originalidad y a la fijación, las obras contrarias a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres se encuentran protegidas por derechos de autor.

Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, pp. 123 y 124; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 14; Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 215, p. 8; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 68; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, pp. 209-211.

²⁵⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168; Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 162 y 163; Valbuena Gutiérrez, José Antonio, *op. cit.*, nota 208, p. 271.

Esto pudiera sonar chocante a primera vista, pero mejor analizadas las cosas, se aprecia que los derechos de autor no son ajenos al fenómeno de la ilicitud del contenido de las obras; lo que sucede es que la ilicitud no afecta el *nacimiento* de los derechos de autor (que es lo que ahora estamos estudiando), sino su *ejercicio*.

Efectivamente, los derechos de autor nacen desde el momento en que las creaciones son fijadas en un soporte, y siempre cuando tales creaciones revistan carácter original. Sin embargo, si el contenido de la obra es ilícito, los derechos de autor ya nacidos son restringidos o limitados en cuanto a su ejercicio; y esa restricción durará hasta el momento en que el contenido deje de ser contrario a derecho. El jurista venezolano, Ricardo Antequera Parilli, reconoce que la ilicitud no se traduce en ausencia de derechos de autor: “Otra cosa es que disposiciones de orden público restrinjan, en determinadas situaciones, la circulación de los ejemplares o la comunicación pública considerada a la moralidad o al interés general, como un límite al derecho de explotación”.²⁶⁰ De igual forma, Rodrigo Bercovitz afirma:

Es cierto que a veces la difusión de lo inmoral puede estar prohibida e incluso sancionada penalmente. En tal caso, se ha señalado correctamente que la protección de la obra queda reducida, en la medida en la que el autor (o su causahabiente) podrá oponerse a su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, pero en cambio no podrá el mismo realizar semejantes actuaciones total o parcialmente.²⁶¹

Por ejemplo, si en la época de creación de una obra existe un tipo penal que la califica de ilícita, y posteriormente es derogado el tipo, no puede considerarse que los derechos de autor nacieron con el decreto derogatorio; en realidad, el principal efecto de ese decreto es darle licitud a la difusión de la obra y levantar la restricción a la explotación de la obra, más los derechos de autor (aunque limitados en su ejercicio) nacieron desde el momento mismo en que la obra fue fijada.

Con esto terminamos los criterios irrelevantes para la protección de las obras, por lo que ahora tocaremos algunos puntos relativos al alcance de la protección sobre las obras.

²⁶⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *Derecho de autor*, Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, t. I, p. 132.

Cfr. en el mismo sentido, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 692.

²⁶¹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 231, p. 168.

5. La dicotomía “expresión/contenido”: la no protección de las ideas

El ámbito protector de los derechos de autor es limitado, en tanto sólo tutelan ciertos aspectos de las obras, más no su totalidad. El principal elemento que nos va a servir para determinar qué queda excluido de la protección autoral, es la dicotomía “expresión/contenido” de la que deriva el llamado “principio de no protección de las ideas”.²⁶² Explica con claridad Colombet:

El derecho de autor es una construcción jurídica destinada a proteger la creación de formas; una regla universal descansa sobre la distinción entre la forma y el contenido; la propiedad literaria y artística excluye las ideas de su campo de aplicación y sólo toma en cuenta la forma en que éstas se expresan o componen.²⁶³

Es muy común que se suela pensar que los derechos de autor protegen las ideas,²⁶⁴ y por lo mismo, es harto frecuente considerar que el primero que tiene cierta idea o descubre algo adquiere derechos sobre esa información. Sin embargo, ese no es el verdadero alcance de los derechos de autor.²⁶⁵

Una norma elemental en el derecho de autor es aquella que nos dice que los derechos de autor no protegen las ideas, sino únicamente la *forma* en que estas son expresadas (el ropaje que toman, como se suele decir metafóricamente). De tal manera, lo que se protege es la *expresión personal* que un autor hace de una idea, pero no la idea en sí misma, la cual que puede ser tomada por otro autor y ser expresada en forma diferente, cuestión que no implica violación a los derechos autorales del primer creador, pues los mismos no le permiten controlar las ideas.

En dicho sentido, señala Saiz García:

A estos efectos se señala el inusual nivel de consenso que existe en la doctrina y jurisprudencia de todo el mundo sobre la cuestión de que la idea como tal

²⁶² También conocido como dicotomía “idea/expresión” o, en inglés, “*idea/expression divide*”.

²⁶³ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 9 y 10.

²⁶⁴ Por ejemplo, incurre en este error Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, pp. 675, 677 y 678.

²⁶⁵ Esta equivocación es muy común entre quienes hacen análisis económico del derecho. Como muestra, véase la siguiente afirmación de Cooter y Ulen, en cuanto a que hay “leyes que crean derechos de propiedad sobre las ideas”, incluyendo las de *copyright*. Cfr. Cooter, Robert, y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2a. reimp., México, FCE, 2002, p. 169.

no es susceptible de protección. Dicha susceptibilidad de apropiación privativa supondría una paralización del progreso cultural de una civilización.²⁶⁶

De igual forma, Lipszyc nos indica:

Desde los albores de la materia, existe una coincidencia generalizada en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra. Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aún cuando sean novedosas.²⁶⁷

Existe un amplio consenso, tanto en la doctrina extranjera²⁶⁸ como en la nacional,²⁶⁹ respecto a la no protección de las ideas en materia de derechos de autor.

²⁶⁶ Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 208, pp. 147 y 148. De la misma autora, *cf.* Saiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 216, p. 22.

²⁶⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 62.

²⁶⁸ Por ejemplo, Colombet afirma: “La idea como elemento conceptual no es objeto de apropiación del derecho de autor, ya que sería peligroso que una persona se dijese propietaria de sus ideas. En efecto, se sanciona severamente el derecho de autor que crea un monopolio a favor del creador, porque se considera intolerable el hecho de tutelar las ideas; las creaciones podrían verse obstruidas al tener que solicitar la autorización de los pensadores: por ejemplo en el campo de la ciencia, sería difícil al acceso a los avances del progreso si se exigiera la aprobación de los científicos, cuyas ideas hubieran sido la base de los descubrimientos”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 10.

El jurista ecuatoriano, Agustín Grijalva, apunta que “el derecho de autor no protege las ideas sino su forma de expresión. Es decir, protege *la forma original* en como tal o cual poeta, cineasta o pintor ha expresado materialmente esas ideas”, añadiendo que tal “limitación del derecho de autor a la protección de la forma y no de las ideas es perfectamente comprensible. El conocimiento es no sólo un proceso individual, subjetivo, sino, obviamente, también social; la monopolización de las ideas, en el supuesto de ser posible, inhibiría totalmente el desarrollo científico, artístico y cultural”. Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 15.

De igual forma, el catedrático estadounidense, Paul Goldstein, nos dice: “Copyright law, reluctant to permit ‘a monopoly of the ideas expressed’, has developed the rule that copyright cannot be accorded to an idea but only to an expression”, por lo que “(the) use of a creator’s expressions constitutes infringement, while the use of his ideas does not”. Goldstein, Paul, “Copyright and the first amendment”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, p. 439.

Ernesto Rengifo, autoralista colombiano, indica: “El gran límite, en cuanto al alcance de la protección que otorga el derecho de autor, está delimitado por este principio —quizá el más importante—, según el cual lo que se protege es la forma en la cual el trabajo es expresado, más no las ideas o la información contenida en la creación”. Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 94 y 95.

El abogado argentino, Miguel Ángel Émery, establece: “El objeto de la propiedad intelectual no es la idea abstracta, sino la forma original que el autor ha adoptado para expresarla”, indicando que: “Ésta es una premisa fundamental en materia de derechos intelectuales, no

Por ejemplo, existen estudios que demuestran que la mayor parte de los mitos, cuentos de hadas y narrativas semejantes, cuentan con la misma

obstante lo cual, como sucede con muchos aspectos del tema en cuestión, no estaba lo suficientemente difundida. Así, ha habido con frecuencia imprecisas acusaciones de plagio entre autores que desarrollan temas parecidos, o reclamos infundados de protección por parte de quienes depositan en sobre cerrado y con carácter inédito el bosquejo de ideas literarias y científicas, o sistemas de mera aplicación práctica, y luego pretenden su amparo". Emery, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, 2a. reimp., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 12.

Por su parte, Henry Jessen afirma: "El objeto del derecho no es la idea abstracta, que es de dominio común, sino la forma mediante la cual el autor la revela al público". Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 62.

Mario Are indica: "Si afferma in giurisprudenza e da buona parte della dottrina che le 'idee' siano escluse dall'ambito di tutela del diritto di autore". Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, pp. 77 y 78.

Por lo que hace a la doctrina española, Espín Alba dice: "Es lugar común en la doctrina hablar de que se protege únicamente la forma y nunca las ideas. En otras palabras, lo que las normas del derecho de autor buscan amparar es una creación original plasmada en una forma, y no las ideas", de forma que "el principio de la exclusión de las ideas aparece como un punto pacífico del derecho de autor, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia". Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, pp. 94 y 95.

En el mismo tenor, *cf.* Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 215; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 46-49; Barzallo, José Luis, *La propiedad intelectual en Internet*, Quito, Corporación MYL, Universidad Andina Simón Bolívar, s/f, pp. 159 y 160; Bertrand, Lise, *op. cit.*, nota 234, p. 197; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 593; Chico Ortiz, José María, "Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, año LXIV, núm. 584, enero-febrero 1988, p. 108; Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 192, p. 9; Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 219, p. 4; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 28; Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 227, pp. 34 y 35; Pimenta, Eduardo, *op. cit.*, nota 36, p. 69; Posner, Richard A., *op. cit.*, nota 13, pp. 12 y 13; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 23; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, p. 16; y Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 156-159.

²⁶⁹ En nuestra doctrina, ya desde 1966, Arsenio Farell explicaba que, aunque muchos creen que los derechos de autor protegen ideas, eso está alejado de la verdad, pues las ideas "por su propia naturaleza, no son privativas de nadie, sino que tienden a difundirse y propagarse, no siendo, por lo mismo, susceptibles de establecerse sobre ellas un derecho de apropiación, de igual modo que no podemos apropiarnos los elementos comunes que nos brinda la naturaleza. La idea pertenece, pues, a la comunidad, y su autor no hace más que captarla y darle forma sensible". Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 76.

José Luis Caballero Leal afirma que "el derecho de autor no ampara las ideas, sino únicamente las creaciones formales". Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 3.

Por su parte, Ancona indica: "Las creaciones protegidas por derechos de autor, a diferencia de la protección de las invenciones, protegen únicamente la forma de expresión de las ideas y no de las ideas mismas". Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, p. 40.

El profesor Domínguez Martínez, al tratar el tema de la no protección de las ideas por los derechos de autor, indica que "las ideas, por el contrario, no pueden permanecer y de hecho no permanecen en la exclusividad del sujeto creador, pues ello ni es de la naturaleza del género humano que procura exteriorizar sus ideas para hacerlas valer y servir de fuente para otras, ni tampoco permitiría una evolución franca en el progreso científico de la huma-

estructura básica (separación-iniciación-retorno) y tienen en común muchos otros elementos (incluyendo diversas etapas de la trama), lo que ha llevado a hablar de un “monomito”, común en las culturas de este planeta y arraigado en la psique de los individuos.²⁷⁰

De igual forma, un libro de texto sobre derecho constitucional retomará básicamente las mismas ideas contenidas en otros escritos previos, sin que los autores anteriores puedan impedir esto porque no tienen derechos sobre sus ideas. Asimismo, si un científico elabora un teoría y publica un libro explicando sus ideas, sólo tendrá derechos de autor sobre la forma personal en que plasmó esas ideas (su redacción), pero no tendrá derechos sobre su teoría (sobre las ideas contenidas en el libro), por lo que dichas ideas podrán ser utilizadas, criticadas, explicadas, modificadas, etcétera, por otros autores.

Así las cosas, debe considerarse que las ideas forman parte del dominio público.²⁷¹ Además, cabe destacar que no sólo se pueden usar las ideas puras, sino también varios elementos de obras ajenas, como los hechos aislados, los temas, el estilo, el sistema, el método, etcétera.²⁷²

De este modo, se intenta dejar las ideas en el universo del dominio público, accesibles a cualquier usuario, asegurando, por lo tanto, el tráfico de los bie-

alidad”, por lo que “en una actitud de reconocimiento general, motivada por la solidaridad que al efecto debe haber en todos los hombres, las ideas pertenecen a toda una colectividad”. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 211, p. 454.

Cfr. también Herrera Meza, Humberto Javier, *op. cit.*, nota 233, pp. 20, 49 y 57; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, pp. 224 y 225; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 120; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, p. 231.

²⁷⁰ Campell, Joseph, *El héroe de las mil caras. Psicoanálisis del mito*, trad. de Luisa Josefina Hernández, México, 10a. reimp., FCE, 2006, pp. 35 y 40.

En esta obra, Joseph Campell, influenciado por las aportaciones de Jung sobre los arquetipos, halla básicamente la misma historia y rasgos definitorios en diversos mitos, religiones y leyendas, de ahí que encuentre un monomito y que su protagonista sea, en cada caso, el mismo héroe pero con un rostro diverso (un héroe con mil caras), como sería el caso de Prometeo, Jasón, Eneas, Buddha, Moisés, Tezcatlipoca, Huang Ti, Jesús de Nazareth, Mahoma, etcétera. *Cfr. Ibidem*, pp. 11-49.

De hecho, los elementos básicos del monomito están presentes en obras más recientes, como los libros de las series *El Señor de los Anillos* y *Harry Potter*, o las sagas cinematográficas de *La Guerra de las Galaxias* y *Matrix*.

El profesor Goldstein nos indica que las ideas en una obra son, por ejemplo, la trama subyacente, el tema o la concepción. *Cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 279, p. 438.

²⁷¹ Samuelson, Pamela, “Mapping the digital public domain: threats and opportunities”, en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain. Collected papers*, EUA, Center for the Public Domain, 2003, p. 151.

Para más detalles sobre el dominio público, véase *infra* el apartado “D” del presente capítulo.

²⁷² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 63.

nes culturales de carácter general, ya que la libre circulación de ideas es una garantía de progreso cultural a través de la difusión del saber.

Así, aunque la exclusión de las ideas, aparentemente, sea una restricción al derecho de autor..., acaba en realidad siendo un factor de estímulo del mismo, pues fortalece el valor de las obras protegidas. Además, con la posibilidad de acceso de todos a las ideas se fomenta la creatividad.²⁷³

De hecho, la dicotomía expresión/contenido no se limita únicamente a excluir del ámbito de protección de los derechos de autor a las ideas propiamente dichas, sino como regla general, a *todo tipo de información*, sea esta objetiva (datos, hechos y noticias) o subjetiva (opiniones o ideas en estricto sentido).²⁷⁴

Por lo tanto, tampoco están protegidos por derechos de autor los datos en sí mismos, hechos, acontecimientos, noticias y, en general, todo tipo de información objetiva.²⁷⁵⁻²⁷⁶ Por ejemplo, cuando un acontecimiento noticioso es cubierto sólo por un periodista, tal sujeto no adquiere ningún derecho sobre esa información, la cual puede ser retomada por otros periodistas (o cualquier persona) y ser redifundida, sin que el primer periodista se pueda oponer. En realidad, ese informador tendrá derechos de autor sobre su nota, pero únicamente en lo relativo a su redacción, es decir, su personal forma de expresión, pero no en cuanto a la información (datos) que contiene. De manera que sólo habría violación a derechos de autor cuando otro

²⁷³ Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 95.

²⁷⁴ Sobre esta clasificación de la información, *cf.* López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 162 y 163.

²⁷⁵ Bercovitz indica que “las ideas y la información, como tales, son de libre utilización desde el punto de vista del derecho de autor”. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Tema 2: La obra”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 58.

Por su parte, Leaffer explica: “copyright law does not preclude others from using ideas or information revealed in an author’s work... Ideas, discoveries, principles and facts are freely accessible to the public”. Leaffer, Marshall, *op. cit.*, nota 242, p. 78. Igualmente, Murray afirma: “All facts —scientific, historical, biographical, and news of the day— belong to the public domain and are available to every person”. Murray, Michael, “Copyright, originality, and the end of the scènes à faire and merger doctrines for visual works”, Illinois, Research paper 06-09, Illinois public law and legal theory research paper series, 2006, pp. 10 y 11.

²⁷⁶ Lo que no significa que algunas informaciones no puedan estar protegidas contra su difusión no autorizada, lo que puede suceder conforme al régimen jurídico de la intimidad, del secreto empresarial, del secreto financiero, de los datos personales, de la competencia desleal, del secreto profesional (incluyendo el secreto periodístico), de las patentes y modelos de utilidad (en algunos momentos), etcétera, pero no a través de los derechos de autor.

usa la misma forma de expresión que el periodista, pero no cuando lo que se toma es la información y se le da otra forma de expresión.

Asimismo, la no protección de la información implica que tampoco está tutelado el uso o beneficio que le pudiera resultar al usuario de la información, incluyendo su aprovechamiento industrial o comercial.

Esta dicotomía expresión/contenido, que abarca información objetiva y subjetiva, está contemplada expresamente en varias fracciones del artículo 14 de la LFDA:

Artículo 14. No son objeto de la protección como derecho de autor a que se refiere esta Ley:

I. Las ideas en sí mismas, las fórmulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principio, descubrimientos, procesos e invenciones de cualquier tipo;

II. El aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras;

III. Los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios;

[...].

IX. El contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión, y

X. La información de uso común tal como los refranes, dichos, leyendas, hechos, calendarios y escalas métricas.

En cuanto al ámbito internacional, si bien el Convenio de Berna no contempla expresamente la dicotomía expresión-contenido,²⁷⁷ otros tratados más modernos sí lo hacen, como por ejemplo el TODA en su artículo 2o: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Mismo texto puede encontrarse en el artículo 9.2 del ADPIC.

Desde nuestro punto de vista, y a reserva de profundizar sobre este punto en los capítulos posteriores, la dicotomía expresión/contenido es una de las formas (que no la única) para compatibilizar los derechos de autor con el

²⁷⁷ Hay autores, como Antequera Parilli, que afirman que el Convenio de Berna descarta la protección de las ideas, cuando en su artículo 2.1 establece que las obras se protegen “cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, y decir de ese jurista, la referencia a la “forma de expresión” se traduce en una exclusión de protección de las ideas. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 45.

Una interpretación parecida hace Ficsor, quien considera que en el Convenio de Berna la palabra “work” implica que no se protegen las ideas. Véase, Ficsor, Mihály, *The law of copyright and the Internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 457.

derecho a la información,²⁷⁸ ya que al no tutelar la información (objetiva o subjetiva) contenida en las obras, los derechos de autor no pueden servir, en principio, para impedir a otros el uso de esa información.

En términos similares, y en un estudio clásico publicado originalmente en 1970, el profesor Melville B. Nimmer, experto tanto en *copyright* como en libertad de expresión, estima que la dicotomía idea/expresión (como más comúnmente se le denomina en EUA), por virtud de la cual no se protegen las ideas *per se* de un autor, implica un equilibrio entre el *copyright* y las exigencias de la libertad de expresión. En efecto, este autor considera que la no protección de las ideas no ha impedido la creación de obras y que no hay pruebas de que proteger las ideas aumentaría el número de obras creadas, más bien al contrario, si los autores no pudieran construir con base a las ideas de sus predecesores, los procesos creativos se verían sofocados (y no se cumpliría el propósito del *copyright*: promover la producción de obras); por lo tanto, la dicotomía idea/expresión es congruente con los fines del *copyright*. Pero a decir de tal jurista, también lo es con los propósitos de la libertad de expresión, cuyo objetivo primordial es mantener el diálogo democrático, de manera que lo importante es estar expuestos a las ideas y no a sus formas particulares de expresión; por lo que los ciudadanos deben ser libres para diseminar las ideas de tal o cual autor (ya sea para promoverlas o para criticarlas), para lo que no se requiere reproducir sin autorización sus obras; basta que cada quien tome esas ideas y las difunda con expresión propia.²⁷⁹

Como una variación de la dicotomía expresión/contenido encontramos la “doctrina de la fusión”,²⁸⁰ según la cual, si una idea está unida inseparablemente a cierta expresión, se considera que se han fundido la idea y la ex-

²⁷⁸ Por “derecho a la información” no entendemos su concepción restringida al derecho de acceso a la información pública, sino su concepción amplia que abarca el derecho a buscar, recibir y difundir todo tipo de información, que es lo que tradicionalmente se entiende como libertad de expresión. Cfr. López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 162 y 163; e *infra* el apartado “A” del capítulo cuarto.

²⁷⁹ Nimmer, Melville B., “Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?”, en Ginsburg, Jane C., y Merges, Robert P. (comps.), *Foundations of intellectual property*, Nueva York, Foundation Press, 2004, pp. 432 y 433.

Para Nimmer existen otros dos propósitos de la libertad de expresión: ser una válvula de seguridad contra la violencia y ser un instrumento de realización personal (posibilidad de expresarse de las personas). Sobre la relación entre este último propósito y el *copyright*, el citado autor nos dice: “One who pirates the expression of another is not engaging in *self-expression* in any meaningful sense”. *Ibidem*, p. 434.

²⁸⁰ Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 15; y Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 217.

presión, cosa que sucede cuando solo hay una (o pocas) formas de expresar una idea.²⁸¹ En estos casos, no se protegería la forma de expresión, pues eso se traduciría en una monopolización de la idea.²⁸²

Un complemento a la doctrina de la fusión es la doctrina *scènes à faire*.²⁸³ De acuerdo con esta última, cuando estamos ante ciertos temas, historias o géneros, nos encontraremos frente a determinados incidentes, motivos, escenas, clases de personajes o ambientaciones que no pueden dejar de ser usados para tratar esos temas.²⁸⁴ De ahí que *scènes à faire* signifique “escenas que deben realizarse”, es decir, una especie de reservas o herramientas creativas comunes que no se consideran objeto de protección en tanto no son monopolizables.²⁸⁵

De esta forma, se puede apreciar que la dicotomía expresión/contenido y sus derivados (doctrinas de la fusión y de las *scènes à faire*), limitan el objeto de protección los derechos de autor y dejan diversos aspectos de las obras libres para la utilización de todos.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto que la dicotomía expresión/contenido es un primer elemento que ayuda a evitar colisiones entre los derechos de autor y el derecho a la información, hay que señalar que existen otros elementos en la regulación autoral que también sirven a ese fin, como por ejemplo, la duración limitada de los derechos de explotación, el agotamiento de la facultad de distribución (*first sale doctrine*),²⁸⁶ e, incluso, las

²⁸¹ Ocasio, Sandro, “Pruning paracopyright protections: why courts should apply the merger and *scènes à faire* doctrines at the copyrightability stage of the copyright infringement analysis”, *Seton Hall circuit review*, EUA, vol. 3, núm. 1, otoño 2006, p. 307.

Una interesante reflexión sobre el tema, puede encontrarse en Sáiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 216, pp. 27 y 28.

²⁸² Clayton, Lewis R., “The merger doctrine”, *The national law journal*, EUA, 6 de junio de 2005, p. 1; Newman, Jon O., “New lyrics for an old melody: the idea/expression dichotomy in the computer age”, *Cardozo arts and entertainment law journal*, Nueva York, vol. 19, núm. 3, 1999, p. 702.

Sobre el particular, concide también Edward Samuels, quien además explica que dicha doctrina implica que, en los casos en que se invoca esta defensa, aquel que reclama violación a sus derechos de autor debe probar que la idea es susceptible de expresarse de otras formas. *Cfr.* Samuels, Edward, “The idea-expression dichotomy in copyright law”, *Tennessee law review*, EUA, Universidad de Tennessee, núm. 56, 1989, p. 383.

²⁸³ Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 22.

²⁸⁴ *Idem.*

²⁸⁵ Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 309; Murray, Michael, *op. cit.*, nota 287, p. 4; Albert, Peter G. Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 218.

²⁸⁶ Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 405.

La figura del agotamiento de dicha facultad la explicamos *infra* en el apartado “b” del presente capítulo.

restricciones al derecho de explotación (las que analizamos a fondo en el capítulo cuarto).

Empero, la mencionada dicotomía expresión/contenido presenta ciertos defectos que pueden afectar su aplicación práctica, siendo el principal de estos, la dificultad que a veces se presenta para distinguir la expresión del contenido.²⁸⁷ Coincidimos con Clayton en que no hay un *test* exacto para separar las ideas de la expresión y en que es probable que nunca lo exista,²⁸⁸ lo que no es óbice para que existan ciertas metodologías para dilucidar la cuestión.

Por ejemplo, en los EUA es muy aplicada la prueba de las abstracciones o patrones, desarrollada por el juez Learned Hand en el caso *Nichols vs. Universal Pictures Corp.* de 1930.²⁸⁹ Dicho juzgador advierte la dificultad que en ciertos casos existe para distinguir entre ideas y expresión, estableciendo que las obras tienen ciertos niveles progresivos, de manera que el nivel más “concreto” es lo que protege el *copyright*, mientras que el nivel más abstracto es sólo una idea, por lo que no está protegida. Sin embargo, no sólo se tutela la obra en su nivel más concreto, sino también en algunos de los niveles abstractos superiores, pero sin llegar a los niveles más altos de abstracción que es donde se encuentran las ideas.²⁹⁰ Se puede resumir esto señalando que, entre más abstracción exista, hay menos impronta de la personalidad.

El hecho de que, muchas veces, es difícil de distinguir las ideas de la expresión y de que no queda muy claro hasta dónde llega la protección de los derechos de autor,²⁹¹ ha llevado a algunos a considerar que la dicotomía expresión/contenido es inservible (en particular para salvaguardar el derecho a la información).²⁹² Sin embargo, hay que decir que, como reconoció el juez Learned Hand, existen casos fáciles y casos difíciles de distinción entre idea y expresión, lo que nos evidencia que en los casos fáciles es plenamente

²⁸⁷ Are, Mario, *op. cit.*, nota 210, p. 79; y Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 307.

²⁸⁸ Clayton, Lewis R., *op. cit.*, nota 295, p. 2.

²⁸⁹ Albert, Peter G., Jr., *op. cit.*, nota 76, p. 216; Newman, Jon O., *op. cit.*, nota 295, p. 694; Nimmer, Melville B., *op. cit.*, nota 282, p. 432; Ocasio, Sandro, *op. cit.*, nota 294, p. 307.

²⁹⁰ Newman, Jon O., *op. cit.*, nota 295, p. 694; y Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, pp. 325 y 339-342.

Goldstein apunta que la distinción entre ideas y expresión, es sólo de grado. *Cfr.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 279, p. 439.

²⁹¹ Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 61.

²⁹² Sostienen esta postura, por ejemplo, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: the digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, p. 22.

aplicable la dicotomía expresión/contenido,²⁹³ por lo que no se puede considerar que tal dicotomía sea inservible en estos casos.

Por lo que hace a los casos difíciles, cabe decir que si bien la dicotomía expresión/contenido no es del todo precisa, tampoco es menos precisa que otros conceptos generales utilizados en el derecho como “culpa” o “negligencia”, respecto de los cuáles tribunales van realizando construcciones caso por caso.²⁹⁴ El mero hecho de su difícil aplicación, no es justificación suficiente para renunciar a cierta institución jurídica, ni mucho menos para declararla inservible; de lo contrario, instituciones como el principio de igualdad²⁹⁵ “serían inservibles” por el mero hecho de que su aplicación para resolver ciertos casos concretos puede resultar complicada.

²⁹³ Por ejemplo, un asunto que fue muy sonado en los últimos tiempos fue la acusación de plagio sobre la novela *El Código Da Vinci* de Dan Brown (caso *Baigent ans another vs. The Random House Group Ltd.*). Se trata de una obra de ficción cuya trama gira alrededor del concepto de que Jesús y María Magdalena tuvieron una relación amorosa e, incluso, descendencia. Asimismo, existía un libro intitulado *La Santa Sangre y el Santo Grial*, escrito previamente por Michael Baigent, Richard Leigh y Henry Lincoln, en donde se pretendía demostrar históricamente la existencia de tal relación sentimental y tal descendencia.

Los coautores de *La Santa Sangre y el Santo Grial* (con excepción de Lincoln) presentaron una demanda de derechos de autor en el Reino Unido, alegando que Brown había copiado el “tema central” de la obra de los actores. El 7 de abril de 2006, el juez Peter Smith dictó sentencia y desestimó la demanda, señalando que el llamado tema central sería, en todo caso, “meramente la expresión de cierto número de hechos e ideas a un nivel muy general” (la traducción de este extracto de la sentencia es nuestra), y que los hechos históricos no pueden ser objeto de protección por los derechos de autor. Como se aprecia, el juez resolvió el caso con base a la regla de no protección de las ideas.

Ante el fallo adverso, los demandantes presentaron una apelación. El 28 de marzo de 2007, los tres jueces del tribunal de apelación confirmaron la sentencia de primera instancia. El tribunal reconoció que Dan Brown había tomado elementos de la obra *La Santa Sangre y el Santo Grial*, pero que lo que tomó eran proposiciones generalizadas, de un nivel de abstracción tan alto que no calificaban para protección del *copyright*, de manera que “se ubicada en el lado equivocado de la línea que existe entre las ideas y su expresión” (la traducción es nuestra). De nueva cuenta, se observa que la distinción entre ideas y expresión fue el elemento clave para resolver este asunto y, en nuestra opinión, para dejar salvaguardada la libre circulación de información y el derecho humano que la protege.

Las sentencias fueron obtenidas en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/719.html>, y <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/247.html>, respectivamente, diciembre de 2007.

Para mayores comentarios sobre el caso, *cf.* Devi, Uma K., y Sim Min, Amelly Kok, “Da Vinci Code case: storm in a grial?”, *Legal insights. A Skrine newsletter*, Malasia, núm. 2, junio 2006, p. 4; y Schmidt, Luis, “Copyright and the global challenge”, *Worldfocus IP review*, Reino Unido, núm. 5, 2006, pp. 8 y 9.

²⁹⁴ Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 324.

²⁹⁵ Este es un derecho humano previsto en el artículo 1o. de nuestra Constitución y en diversos tratados en la materia. Para una visión completa del principio de igualdad en nuestro

Lo que sí hay que reconocer, es que el alcance de la dicotomía expresión/contenido, no es ilimitado, y que por lo tanto, no nos sirve para resolver todos los casos de tensión entre el derecho a la información y los derechos de autor, sino sólo algunos.²⁹⁶ Sin embargo, para intentar resolver esa tensión existen otras figuras,²⁹⁷ entre ellas, las restricciones a los derechos de autor,²⁹⁸ respecto de las cuáles pretendemos más adelante analizar qué tan satisfactoriamente han cumplido con esa misión y, en su caso, cómo podrían mejorarse para alcanzar ese fin. En todo caso, para más detalles sobre las relaciones entre los derechos de autor y el derecho a la información (y las válvulas de escape que de ellas se derivan), remitimos a la lectura de la letra “D” del numeral 1, del subcapítulo cuarto.

IV. SUJETO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Terminados de exponer los aspectos más relevantes del objeto de los derechos de autor, pasemos ahora a analizar el segundo elemento de la sistemática de estudio de los derechos de autor: su sujeto.

El sujeto de los derechos de autor es el *autor*.²⁹⁹ Con gran acierto, la profesora Jane Ginsburg indica que los autores son el corazón de esta disciplina,³⁰⁰

derecho, *cf.* Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 177 y ss.

²⁹⁶ Indica Masiyakurima: “The idea/expression dichotomy promotes freedom of expression by allowing users to exploit the underlying ideas in copyright works freely. However, the usefulness of this principle is circumscribed by the unmapped boundaries between ideas and their expression. The absence of a clear test for distinguishing ideas from their expression is especially evident in works where ideas and their expression are interstitially linked”. Masiyakurima, Patrick, “Fair dealing and freedom of expression”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression – Intellectual property – Privacy*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004, p. 92.

²⁹⁷ Por ejemplo, Samuels indica que la no monopolización de las ideas se logra más adecuadamente con otras instituciones de los derechos de autor que con la distinción entre ideas y expresión. *Cfr.* Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 295, p. 408.

²⁹⁸ El profesor de la Universidad de Estocolmo, Jan Rosén, reconoce que hay ocasiones en que no basta usar sólo las ideas, de manera que es necesario usar la obra original, lo que se traduce en limitaciones a los derechos exclusivos de los autores. *Cfr.* Rosén, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 2.

²⁹⁹ De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 225; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 53; Michaus, Martín, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 88; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 263.

³⁰⁰ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1064.

es decir, el centro de la protección, como dice Silke Von Lewinski.³⁰¹ En tal tónica, Perrotti también nos refiere que: “El Autor es lo primigenio y sin él no hay obra, y sin obra no hay intérprete ni negocio alguno”.³⁰²

De hecho, la expresión “derechos *de autor*” trae un fuerte énfasis en el sujeto de la materia, lo que nos muestra el papel protagónico que juega el autor en esta disciplina. Por lo mismo, Delgado Porras puntualiza que se habla de “derechos de autor” y no de “derechos sobre las obras”, añadiendo que:

La significación de la rúbrica comentada no es otra que la voluntad del legislador de situar en un primer plano valorativo al autor y a los intereses personales siempre presentes en su obra —proyección de su personalidad y fruto de su trabajo intelectual—. Perspectiva ésta que no sólo se ha concretado en la reglamentación del derecho moral sino que también se plasma en una peculiar organización del sistema de transmisión entre vivos del derecho de explotación..., totalmente alejado del que rige en el tráfico de bienes, y en determinados privilegios ajenos al derecho de crédito de los autores contra los cesionarios (concesionarios) de derechos de utilización económica de sus obras.³⁰³

En los países de la corriente del *droit d'auteur* existe consenso en que sólo pueden ser autores las personas físicas, en tanto la protección jurídica deriva del hecho mismo de la creación, y las personas morales carecen de intelecto para poder crear una obra. Sobre el particular, explica con claridad Lipszyc:

Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos.

[...].

Esta consecuencia natural, prejurídica como dice Dietz, es conteste con el fundamento teórico del derecho de autor que se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesi-

³⁰¹ Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 38.

³⁰² Perrotti, Máximo, *Creación y derechos (la creación de obras musicales, derechos que genera y su administración)*, México, Consejo Panamericano de la CISAC, 1978, p. 23.

³⁰³ Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 26.

Para más información sobre el derecho moral *vid. infra* el apartado “A” del presente capítulo, sobre las peculiaridades del sistema contractual *vid. infra* el apartado “e” también de este capítulo, y sobre los derechos de simple remuneración, véase, *infra* el apartado “C”.

dad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes lo efectúan.³⁰⁴

Esta situación está claramente reflejada en nuestro sistema jurídico, ya que el artículo 12 de la LFDA señala terminantemente: “Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística”.

De hecho, desde la Constitución misma, es el autor quien está definido como el sujeto de protección de los derechos de autor, pues en el noveno párrafo de su artículo 28, se habla de los privilegios que se concedan a los autores. De tal disposición, también se deriva un mandato constitucional de que el autor sea el titular *originario* de los derechos de autor, ya que el citado precepto habla de que tales privilegios se conceden, ni más ni menos, a los autores.

En cambio, en los países del *copyright*, mediante una ficción jurídica, se permite que en algunos casos las personas morales puedan ser consideradas autores.³⁰⁵

En otro orden de ideas, la condición de autor trae aparejada la titularidad originaria de *todos* los derechos de autor.³⁰⁶ Esto significa que los derechos nacen en cabeza del autor, se le otorgan inicialmente a tal persona.

³⁰⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 123.

En el mismo tenor, Caballero Leal indica: “Por ser la obra de creación el resultado de la exteriorización del pensamiento humano, el carácter de autor sólo puede atribuirse a una persona física, dado que es la única capaz de expresar emociones, de plasmarlas en diversas formas, lenguajes y soportes materiales”. Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 1.

Mientras que Martín Michaus afirma: “Se reconoce como autor a la persona física que ha creado una obra literaria y artística, lo que obedece a una vieja tradición autoralista de considerar autor a la persona física y no a personas morales”. Michaus, Martín, *op. cit.*, nota 312, p. 88.

Asimismo, *cf.* Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, p. 29; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 30; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 212, pp. 30 y 31; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, pp. 657 y 658; Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 268, p. 107; García Moreno, Víctor Carlos, *op. cit.*, nota 217, p. 112; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 208, p. 159; Parets Gómez, Jesús, *Teoría y práctica del derecho de autor*, México, Sista, 2012, p. 50; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 23; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 55; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, p. 29.

³⁰⁵ Leafffer, Marshall, *op. cit.*, nota 242, p. 189.

Cfr. también Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 2; y Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 31.

³⁰⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 126.

Cfr., asimismo, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 34; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 72; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 25; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 121.

Respecto del derecho de explotación (y en menor medida en los derechos de remuneración) existe la posibilidad de titulares derivados, es decir, personas que, después del autor, obtengan ciertas prerrogativas sobre la obra. Dado el particular sistema de contratación autoral en México (véase, *infra* el apartado “E”, del numeral 2 del presente subcapítulo), se puede decir que de, conformidad con la LFDA, son titulares derivados del derecho de explotación: 1) los sucesores *mortis causa* del autor, y 2) los cesionarios en exclusiva de tal derecho.

Nuestra ley sigue estrictamente la premisa de que el titular originario del derecho de explotación (o “derecho patrimonial”, como lo llama ese ordenamiento) es únicamente el autor, como se desprende del artículo 26 de la LFDA:

Artículo 26. El autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.

Empero, existe un sector predominante en la doctrina mexicana que considera que nuestra ley prevé casos de excepción a esa disposición, es decir, supuestos en los que se permitiría la titularidad originaria de los derechos de autor a otra persona diversa del autor, indicando que serían los casos de la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral,³⁰⁷ Sin embargo, estimamos errada tal opinión pues las normas que se derivan de los artículos 83 y 84 de la LFDA no generan una excepción, ni derogan la regla general contenida en el artículo 26, toda vez que este último dice que el autor siempre es el titular *originario* de los derechos de explotación y cualquier otra persona será titular *derivado*, mientras que los artículos 83 y 84 sólo establecen presunciones en las que el comitente o patrón se consideran *titulares* del derecho de explotación, pero nunca se dice si esa titularidad es originaria o derivada. Para que las normas de los artículos 83 y 84 derogaran la relativa al 26 se requeriría que los dos primeros numerales dijese

Explica José Luis Caballero: “Corresponde *siempre* al autor la titularidad originaria de todos los derechos que surgen con motivo de la creación de una obra literaria y artística” (énfasis añadido). Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 2.

³⁰⁷ Por ejemplo, Guerra Zamarro, Manuel, “La regulación de la obra por encargo en la Ley Federal del Derecho de Autor” en VV.AA., *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis, 2002, t. II, p. 1920; Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, p. 9; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 131., p. 131; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, pp. 238, 239 y 266 (quien menciona por separado la obra realizada al servicio público).

que el comitente o el patrón, no sólo son titulares del derecho de explotación, sino que son titulares *originarios*; pero al no existir tal determinación, no hay incompatibilidad de normas, siendo plenamente aplicable el artículo 26 a las obras por encargo y a las creadas bajo relación laboral,³⁰⁸ de manera que si se cumplen con los extremos de las normas correspondientes, los comitentes y patrones sí serían titulares del derecho de explotación, pero sólo titulares derivados.³⁰⁹ Además, la postura que ahora se critica, obvia el mandato constitucional de titularidad originaria a favor de los autores (artículo 28 de la Ley Suprema), ignorando los derechos humanos de los autores.³¹⁰

De hecho, en congruencia con nuestro marco constitucional y con la teoría general del derecho de autor, el Pleno de la SCJN (en el caso *Regalías*) ha reconocido esta titularidad originaria del derecho de explotación a favor del autor en todos los casos, al señalar que la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral únicamente establecen una presunción *de transmisión* del derecho de explotación a favor del comitente o patrón.³¹¹

Por último, cabe destacar que Ginsburg ha encontrado algunas directrices básicas respecto de la autoría de obras, de las cuales destacamos las siguientes:

- a) En la autoría prevalece la mente sobre el músculo, por lo que se considera autor a la persona que conceptualiza y dirige el desarrollo de la obra, y no así las personas que sólo ejecutan las instrucciones (“*simples exécutants*”).³¹²
- b) En la autoría prevalece la mente sobre la máquina, pues la utilización de instrumentos tecnológicos para crear (cámaras o computadoras) no le quita al autor su carácter de creador.³¹³

³⁰⁸ De la Parra Trujillo, Eduardo, “Los concursos fotográficos”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año VI, núm. 23, 2006, p. 21.

³⁰⁹ Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 92.

³¹⁰ *Cfr.* el subcapítulo VI, del capítulo tercero de la presente investigación para más detalles sobre el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

³¹¹ Contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 28 y 29.

³¹² Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1072.

Véase, en el mismo sentido, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 32.

Mientras que Sáiz indica: “habrá que admitir que una completa precisión de las instrucciones puede, según el tipo de obra, terminar eliminando el margen de libertad creativa del ejecutor hasta el punto de convertirlo en un mero colaborador o asistente y, por tanto, no susceptible de reclamar su condición de coautor de la obra en cuestión”. Sáiz García, Concepción, *op. cit.*, nota 216, p. 27.

³¹³ Ginsburg, Jane C., *op. cit.*, nota 205, p. 1074.

- c) Originalidad es sinónimo de autoría, pues en la mayor parte de los sistemas jurídicos la originalidad implica un mínimo de creatividad personal.³¹⁴

Con esto terminamos la explicación del sujeto de los derechos de autor, al menos en sus aspectos básicos.

V. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Estudiados ya el objeto y el sujeto de los derechos de autor, pasaremos al tercer elemento de la sistemática que nos fijamos, es decir, el contenido de los derechos de autor. Respecto de este rubro debemos comenzar con la pregunta ¿qué son los derechos de autor?

Podemos responderla diciendo que *son los derechos subjetivos que se tienen sobre una obra*. Al utilizar la palabra “tienen”, y no otras como “conceden” o “reconocen”, excluimos de la definición la fuente u origen del derecho, lo que la hace ideológicamente neutra, pues puede ser usada tanto por quienes afirman que son derechos concedidos por el legislador, como por quienes sostienen que se trata de derechos naturales. Asimismo, tampoco se hace referencia al sujeto de tales derechos, pues en algunos casos esos derechos no son detentados por autores, sino por titulares derivados.

Una vez establecida esa elemental definición, avancemos a otros aspectos de los derechos en estudio. Al abordarse el tema del contenido de los derechos de autor, se suele hacer una clasificación de estos, lo cual facilita su análisis. Por tal razón seguiremos esa metodología.

Normalmente el criterio que más se suele utilizar para clasificar los derechos de autor es aquel que atiende al *contenido* de tales derechos.³¹⁵ Esta clasificación es útil en tanto nos sirve para diferenciar derechos subjetivos claramente diversos; sin embargo, el criterio del contenido es insuficiente, pues no ayuda a localizar y comprender algunos derechos autorales previstos en las leyes y tratados.

En el subcapítulo previo echamos mano de un criterio *estructural* para analizar los derechos humanos; tal criterio, proveniente de la teoría del derecho, puede utilizarse para clasificar los derechos de autor, e inclusive es muy útil para tales efectos, pues nos pone de manifiesto derechos que son oscurecidos ante el criterio que atiende sólo al contenido. Empero, el cri-

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 1078 y 1080.

³¹⁵ *Cf.*, por ejemplo, Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 35; y Rangél Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 128.

terio estructural, a pesar de su utilidad es también insuficiente, en tanto no es apto para comprender a cabalidad los diversos tipos de derechos de autor existentes.

Por tales motivos, nos inclinamos por un criterio *mixto*, es decir, para clasificar a los derechos de autor atenderemos tanto al contenido como a la estructura de tales derechos. Ambos criterios son complementarios y nos darán mucha luz sobre los diversos tipos de derechos subjetivos que se conceden a los autores.

Comencemos primero aplicando el criterio estructural. Desde el punto de vista de su estructura, los derechos de autor pueden clasificarse en *derechos exclusivos* y *derechos no exclusivos*. Los derechos exclusivos son aquellos que permiten a su titular controlar los usos de una obra: decidir, o mejor dicho, excluir a terceros, sobre ciertas utilizaciones de una creación intelectual. En cambio, los derechos no exclusivos no permiten tal control, sino que sólo facultan al titular para recibir ciertas cantidades de dinero, pero sin que el titular pueda excluir a terceros en el uso de la obra.

En cambio, en cuanto a su contenido, los derechos de autor pueden clasificarse en *derechos de contenido económico* y *derechos de contenido no económico*. Los primeros tienen como principal propósito generar ingresos económicos a su titular; los segundos buscan, más bien, proteger los aspectos espirituales o no económicos relacionados con las obras.

Si combinamos los criterios estructural y de contenido, encontraremos que las leyes autorales y los tratados en la materia regulan tres tipos diferentes de derechos subjetivos: derechos morales, derechos de explotación y derechos de remuneración. Veamos.

Se les llama *derechos morales* aquellos que protegen, principalmente, el nombre del autor y la integridad de la obra. Son derechos que tutelan la dignidad del autor y su reflejo en la creación. Estos derechos los podemos encontrar en el artículo 21 de la LFDA y en el artículo 6o. bis del Convenio de Berna. Atendiendo al criterio estructural, los derechos morales serían derechos exclusivos, en tanto permiten controlar los contenidos de las obras, el reconocimiento a su autor e, incluso, el retiro de la obra de la esfera pública, entre otras facultades. En cuanto al criterio del contenido, los derechos morales serían derechos no económicos, pues no se conceden al autor para que con ellos obtenga ganancias, sino más bien para proteger su dignidad intelectual.

El segundo tipo de derechos de autor son los *derechos de explotación*, y son aquellos por virtud de los cuales, sus titulares pueden autorizar o prohibir ciertos usos públicos de las obras, tales como su reproducción, distribución, comunicación pública, etc. Estos derechos los podemos encontrar en el ar-

título 27 de la LFDA y en diversos numerales de la mayoría de tratados que regulan los derechos de autor. Desde el punto de vista del criterio estructural, los derechos de explotación serían derechos exclusivos, pues permiten controlar los usos o actos de explotación de las obras. Desde el punto de vista de su contenido, estamos ante derechos de contenido económico, pues su principal función es que sus titulares obtengan ingresos mediante la concesión de autorizaciones de uso de las obras a terceros.

El último tipo de derechos de autor son los *derechos de remuneración* o de *simple remuneración*. Estos derechos permiten a su titular recibir cierta cantidad de dinero cuando se realicen determinados usos de la obra, pero no le permiten impedir esos usos. Estos derechos de remuneración podemos encontrarlos en los artículos 26 bis y 92 bis de la LFDA, principalmente, así como en diversos artículos de acuerdos internacionales, como por ejemplo, el 14 Ter del Convenio de Berna. Atendiendo a su estructura, los derechos de simple remuneración serían derechos no exclusivos, ya que no permiten controlar los usos de las obras. En cuanto a su contenido, serían derechos de tipo económico, pues su razón de ser es generar ingresos a sus titulares.

Así, los resultados de clasificar los derechos de autor conforme a un criterio mixto, pueden esquematizarse de la siguiente forma:

	Derechos de contenido económico	Derechos de contenido no económico
Derechos exclusivos	Derechos de explotación	Derechos morales
Derechos no exclusivos	Derechos de remuneración	X ³¹⁶

La ventaja de utilizar el criterio mixto salta a la vista, pues, por un lado, el criterio estructural no nos ayuda a distinguir entre los derechos de explotación y los derechos morales. Y por otro lado (y acaso esta es la contribución más importante del criterio mixto), el criterio del contenido impide la aprensión de los derechos de remuneración.

Vale detenernos sobre este punto, pues los derechos de simple remuneración están cobrando cada vez más protagonismo e importancia, como puede constatar el lector en los capítulos cuarto y quinto de la presente investigación. El basarse únicamente en las dos categorías resultantes del criterio del contenido, lleva a que se confundan los derechos de remuneración con los derechos de explotación, en tanto ambos son derechos de tipo

³¹⁶ De la revisión que hemos hecho a los tratados y leyes autorales, no hemos encontrado ningún derecho subjetivo que reúna las características de ser de contenido no económico y no ser un derecho exclusivo.

económico; y esto se traduce en darles, erróneamente, el mismo tratamiento jurídico a ambos derechos, a pesar de ser estructuralmente diferentes.³¹⁷

El criterio mixto de clasificación ha sido adoptado, por ejemplo, en la legislación alemana. En efecto, la *Urheberrechtsgesetz* de 1965 hace la siguiente división en la sección dedicada al contenido del derecho de autor:

1. General –*Allgemeines*– (artículo 11);
2. Derechos de la personalidad del autor –*Urheberpersönlichkeitsrecht*– (artículos 12-14);
3. Derechos de explotación –*Verwertungsrechte*– (artículos 15-24), y
4. Otros derechos del autor –*Sonstige Rechte des Urhebers*– (artículos 25 y 27).³¹⁸

Igualmente, el criterio mixto aparece en el capítulo III (intitulado “Contenido”) del título II, libro I, de la Ley de Propiedad Intelectual de España, el cual se divide en tres secciones, a saber:

1. Derecho moral (artículos 14-16);
2. Derechos de explotación (artículos 17-23), y
3. Otros derechos (artículos 24 y 25).³¹⁹

En términos similares, la legislación autoral de Nicaragua divide el capítulo IV de su título I en tres secciones: “Derechos morales”, “Derechos patrimoniales” y “Otros derechos”.

Una clasificación muy parecida a las anteriores aparece en la Ley 1328 de Paraguay, cuyo título IV se divide en cuatro capítulos, a saber: “Disposiciones generales”, “De los derechos morales”, “De los derechos patrimonia-

³¹⁷ En este error incurrió la Primera Sala de la SCJN en el caso *Cinemas de la Huasteca* (amparo en revisión 45/2005), del cual derivó la tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 26 BIS Y 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LEGALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, p. 436. Este error fue corregido por el Pleno de la SCJN, al dictar jurisprudencia en la contradicción de tesis 25/2005, como se explica a continuación.

³¹⁸ La legislación alemana no utiliza expresamente el término “derechos de remuneración” para referirse a los derechos no exclusivos de contenido económico, dejándolos sin nombre bajo el rubro “otros derechos del autor” (lo que nos da a entender que se trata de derechos diferentes a los morales y a los de explotación).

³¹⁹ Al igual que su correlativa alemana, la legislación española no le da nombre a este tercer tipo de derechos, aunque la doctrina de ese país, mayoritariamente, designa a esos derechos como “de remuneración” o “de simple remuneración”. Cfr., por ejemplo, Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 195.

les” y “De los derechos de remuneración compensatoria”, respectivamente. Como podemos ver, el legislador paraguayo sí se atrevió a bautizar a la tercera clase de derechos.

Por otro lado, el criterio mixto también es utilizado ocasionalmente por la doctrina. Por ejemplo, a propósito de la legislación española, Delgado Porras indica:

Del conjunto de derechos reconocidos al autor en la LPI cabe hacer la siguiente clasificación, que será muy ilustrativa para el estudio de su protección penal: a) *derecho moral*; b) *derecho de explotación* y c) *derechos de remuneración*. Esta clasificación coincide, en gran parte, con la establecida en la propia Ley.³²⁰

Por su parte, Begoña Ribera Blanes también coincide en que de la legislación española se desprenden *tres tipos de derechos*: además del moral y del de explotación, están los derechos que, estima, que han sido calificados acertadamente por la doctrina como “derechos de remuneración”.³²¹ En igual tenor, Rodríguez Tapia nos habla de un *tertium genus* de los derechos de autor, más allá de los derechos morales y de los derechos de explotación.³²²

En el caso de México, clasificaciones de este tipo han sido hechas, entre otros, por Sleman Valdés,³²³ por Meade Hervert³²⁴ y por nosotros.³²⁵ De igual forma, nuestros tribunales distinguen claramente los derechos morales, los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración, como se puede apreciar en la siguiente jurisprudencia del Pleno de la SCJN:

DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO. Existen dos tipos de derechos dentro de la materia autoral: *los morales, que permiten al autor realizar ciertas acciones para conservar el vínculo personal con su obra*, y los de contenido economi-

³²⁰ Delgado Porras, Antonio, op. cit., nota 316, p. 26.

³²¹ Ribera Blanes, Begoña, op. cit., nota 13, p. 195.

³²² Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 90” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, Civitas, 1997, p. 332.

³²³ Sleman Valdés, Ivonne, “La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, vol. 2, núm. 2, enero-junio 2006, pp. 155-158.

³²⁴ Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, México, Patria, 2007, p. 202.

³²⁵ De la Parra Trujillo, Eduardo, op. cit., nota 217, pp. 225 y 226.

co o patrimoniales (lato sensu), que permiten al autor o al titular derivado obtener recompensas económicas por la utilización de la obra por terceros; asimismo, *estos últimos pueden clasificarse en dos subtipos: 1) derechos de explotación o patrimoniales (en estricto sentido), y 2) otros derechos, dentro de los que se encuentran los de simple remuneración*, como el de regalías, previsto en el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, el cual constituye un incentivo económico de carácter irrenunciable, garantizado y previsto por el Estado en favor del autor de la obra o su causahabiente, que está constituido por un determinado porcentaje a cargo de quien comunica o transmite públicamente la obra por cualquier medio, de lo cual deriva que tal derecho sea distinto de las regalías mencionadas en los artículos 8o. y 9o. del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, que se refieren, por ejemplo, a contraprestaciones contractuales que el adquirente del derecho de explotación paga al autor como parte del importe de la transmisión de dicho derecho estipulado en el contrato respectivo (énfasis añadido).³²⁶

Contradicción de tesis 25/2005-PL. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 16 de abril de 2007. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: José Fernando Franco González Salas, Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Paula María García Villegas y Fernando Silva García.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 102/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

De ahí, se observa la plena vigencia (y utilidad) del criterio mixto de clasificación de los derechos de autor.

A continuación expondremos los aspectos más destacados de cada uno de los tres tipos de derechos de autor.

³²⁶ *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

Aunque cabe destacar que este criterio del Pleno tiene su precedente en la Segunda Sala de la SCJN, que fue el primer órgano jurisdiccional en México que reconoció la existencia de derechos de simple remuneración y los diferenció de los derechos de explotación (a los que nuestra LFDA llama “derechos patrimoniales”). En particular destacan las siguientes tesis aisladas de la Segunda Sala: “REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 404; y “REGALÍAS. EL ARTÍCULO 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR AL PREVER SU PAGO A FAVOR DE QUIEN PARTICIPE EN LA REALIZACIÓN DE UNA OBRA MUSICAL EN FORMA REMUNERADA, NO PROPICIA UN DOBLE PAGO Y, POR ENDE, NO CONTRAVIENE LA GARANTÍA DE LEGALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 402.

1. *Derecho moral*

Aunque en un inicio los derechos de autor tenían contenido netamente económico, poco a poco fueron surgiendo y configurándose derechos para regular los aspectos no pecuniarios de la creación, es decir, los aspectos intelectuales. En la actualidad, la práctica totalidad de los países del sistema del *droit d'auteur*, e incluso varios del *copyright*, contemplan los llamados “derechos morales”.

El propósito de los derechos morales es tutelar la dignidad de los autores,³²⁷ de tal forma que protegen la personalidad del autor a través de su obra,³²⁸ pues las obras se consideran manifestaciones de la personalidad del autor.³²⁹ Es decir, como apunta Paul Goldstein,³³⁰ los derechos morales regulan el vínculo que existe entre el autor y su obra.³³¹

A los autores no les basta recibir ingresos por la explotación de sus producciones, sino también les interesa que su pensamiento o concepción creativa no sean desvirtuados, así como que se les reconozca su esfuerzo. De ahí que el derecho moral tenga una serie de características propias, que lo hacen diferente al resto de los derechos de autor.

³²⁷ Coincidimos plenamente con nuestro maestro David Rangel Medina, cuando afirma que “se protege al autor como un reconocimiento a la dignidad humana”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129.

En la misma tónica, el Comité DESC de la ONU indica que la protección a los intereses morales de los autores deriva de la dignidad y de la valía inherentes a toda persona. *Cfr.* la observación general núm. 17 de ese comité, intitulada “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto)”, adoptada el 21 de noviembre de 2005, publicada el 12 de enero de 2006 como documento oficial de la ONU (E/C.12/GC/17). En el capítulo tercero de la presente investigación, el lector encontrará un análisis de dicha observación general.

³²⁸ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 265; Cornish, William R., *op. cit.*, nota 136, p. 8; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 682; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 10; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 208, p. 162; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 154; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 207; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 29; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 510.

Jessen afirma que el derecho moral es el arma que el ordenamiento jurídico proporciona al autor para hacerse respetar a sí mismo y a su obra. *Cfr.* Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 48.

³²⁹ Chico Ortiz, José María, *op. cit.*, nota 268, p. 109; Herrera Meza, Humberto, Javier, *op. cit.*, nota 233, p. 37; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129.

³³⁰ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 283.

³³¹ En el mismo sentido, Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 509.

El término “derecho moral” alude al carácter *personal* de las facultades más características de la creación intelectual,³³² de ahí que el calificativo “moral” se use con el fin de acentuar el contenido no económico de esta clase de derechos.³³³ Aunque la denominación de este derecho ha generado críticas,³³⁴ la expresión se utiliza sin mayor problema, pues “ha logrado adquirir arraigo dentro de la teoría general de los derechos de autor”,³³⁵ de ahí que la doctrina, leyes y jurisprudencia comparada utilicen comúnmente ese término, generando aceptación.³³⁶

³³² Espín Cánovas, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991, p. 54.

³³³ Con ese mismo propósito se suele utilizar el adjetivo “moral” para referirse al daño no económico (daño moral), o al conjunto de derechos y bienes de contenido no económico (patrimonio moral).

Los hermanos Mazeaud fueron los precursores de la teoría del patrimonio moral, apuntando que “hay que afirmar que el patrimonio es el continente de todos los derechos pecuniarios o no pecuniarios, que van a fundirse en él”, por lo que los derechos de la personalidad como “todos los derechos, forman parte del patrimonio; pero componen más especialmente el patrimonio moral”. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León, y Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, primera parte, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, vol. II, pp. 259 y 264.

Asimismo, ya en el ámbito de nuestra legislación, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, en su artículo 7o., fr. VI, nos da la siguiente definición: “Patrimonio Moral: Es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma por los derechos de personalidad”. Por su parte, el artículo 24 de esa ley establece: “El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma”. *Cfr.*, de igual forma, las definiciones de patrimonio moral previstas en los artículos 43 del Código Civil del Estado de Jalisco y 2.4 del Código Civil del Estado de México, entre otros.

³³⁴ *Cfr.* Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 129; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, pp. 40 y 41.

Hay quienes, como el jurista portugués, José de Oliveira Ascensão, prefieren hablar de “derechos personales” que de “derechos morales”, por considerarlo más técnico. *Cfr.* De Oliveira Ascensão, José, “O futuro do ‘direito moral’”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 249.

³³⁵ Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *El derecho moral*, México, s/c, 1945, p. 6.

³³⁶ Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, t. II, p. 5; y Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 30.

Toda vez que el derecho moral protege la dignidad del autor, se caracteriza por ser intransmisible e irrenunciable,³³⁷ y por consiguiente, inembargable, inejecutable e imprescriptible.³³⁸ Es también considerado un derecho *esencial*, pues se estima como un mínimo exigible de protección al autor,³³⁹ aunque no es un derecho *innato* ya que no surge del mero hecho de ser persona, sino que se requiere un acto de creación intelectual para poder adquirir derechos morales de autor.³⁴⁰ También se suele decir que es un derecho perpetuo y unido a la persona del autor,³⁴¹ lo que plantea ciertos problemas teóricos acerca de la posibilidad de existencia de un derecho subjetivo que es perpetuo, pero que no puede extinguirse ni transmitirse por estar unido a su autor (lo que ha llevado a especular sobre la posibilidad de un derecho sin titular una vez muerto el autor).³⁴² Las anteriores características se encuentran claramente plasmadas en los artículos 18 y 19 de la LFDA.

³³⁷ Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 164; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 682; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 10 y 11; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 45; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 56-58; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 8; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 233, p. 44; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, pp. 39 y 40; Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 38, p. 182; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 126 y 127; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 59.

³³⁸ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, pp. 39 y 40; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 59.

³³⁹ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 30.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 31; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 156; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 122.

³⁴¹ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 60; Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *op. cit.*, nota 349, p. 18; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 157; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 8; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 40; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 125; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 67.

Cabe destacar que el Convenio de Berna no exige que los derechos morales sean perpetuos, pero sí que, como mínimo, tengan la misma duración que los derechos de explotación (artículo 6o. bis.2); y si tomamos en cuenta que ese tratado establece una duración mínima obligatoria de los derechos de explotación de toda la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte, se colige que el Convenio de Berna impone una duración mínima a los derechos morales de toda la vida del autor más 50 años *post mortem auctoris*.

³⁴² No es este el lugar para discutir y profundizar sobre esos problemas teóricos, bástenos decir que nos adherimos a la postura de Cámara Águila, quien explica que, en realidad, el derecho moral se extingue con la muerte del autor, y lo que surge después son ciertas situaciones de poder muy parecidas a lo que era el derecho moral (en muchos casos es un derecho subjetivo *ex novo* a favor de ciertas personas, en otros casos es un deber jurídico de protección a cargo de determinadas personas). *Cfr.* Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, pp. 110-118.

Una vez indicadas las generalidades más destacadas del derecho moral de autor, corresponde hacer mención de cada una de las facultades que integran ese derecho.

A. *Facultades del derecho moral*

Se discute si a cada autor se le conceden sobre su obra varios derechos morales (es decir, una pluralidad de derechos subjetivos) o un solo derecho moral integrado por varias facultades.³⁴³ No entraremos aquí a esa polémica, por lo que en el resto del trabajo utilizaremos indistintamente las expresiones “derecho de” o “facultad de”.

a. *Facultad de divulgación*

La facultad o derecho de divulgación, también llamado por algunos “facultad de decidir la divulgación”,³⁴⁴ sólo puede ser comprendido a partir de los conceptos básicos: “obra inédita” y “divulgación”, los cuales tienen un significado muy preciso en materia de derechos de autor. Expliquemos cada concepto.

Obra *inédita* es aquella que todavía no ha sido hecha del conocimiento público, sino que sólo es conocida por el autor y, acaso, por su círculo privado (sus familiares y amigos cercanos).³⁴⁵ El concepto contrario a este es el de obra *divulgada*, la cual es aquella que ya se hizo del conocimiento público,

Es ese el sentido en el que debemos de entender la característica de “perpetuidad” que las leyes le atribuyen a los derechos morales, es decir, se debe concebir como una fórmula legislativa poco precisa para dar a entender que una vez muerto el autor, existe una protección muy similar a la que en vida proporcionaba el derecho moral.

³⁴³ Por ejemplo, Mouchet y Radaelli consideran que el derecho moral está integrado por un haz de facultades. *Cfr.* Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 5.

Asimismo, *vid.* Lacruz Berdejo, José Luis, “Comentario al artículo 2o.”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, p. 34; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, pp. 40 y 41.

³⁴⁴ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 69 y 70; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 127; Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de autor. La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993, p. 93.

³⁴⁵ Siguiendo a Pastrana, “obra inédita es la que no ha sido divulgada”. *Cfr.* Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 124.

De igual forma Lipszyc y Villalba afirman: “Una obra sólo puede considerarse divulgada cuando, con el consentimiento del autor, se ha hecho conocer al público, es decir, a un número indeterminado de personas, de modo que permita entender que la obra ha salido del círculo privado del autor en forma legítima. Por ello la comunicación a terceros de una obra inédita, en forma privada a familiares o amistades, e incluso a posibles utilizadores con el

por cualquier forma o medio. Esta distinción está plasmada en las dos primeras fracciones del apartado B, del artículo 4o., de la LFDA:

Artículo 4o. Las obras objeto de protección pueden ser:

[...].

B. Según su comunicación:

I. Divulgadas: Las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, bien en su totalidad, bien en parte, bien en lo esencial de su contenido o, incluso, mediante una descripción de la misma;

II. Inéditas: Las no divulgadas, y

III. Publicadas.³⁴⁶

Por su parte, *divulgación* es el acto por virtud del cual una obra se hace del conocimiento público por *primera vez*, con lo cual pierde para siempre su calidad de inédita.³⁴⁷ Así, y aunque normalmente se usen como sinónimos, “divulgación” no es sinónimo de “difusión”, pues las obras sólo se pueden divulgar una vez, pero se pueden difundir en infinidad de ocasiones.

La divulgación se encuentra conceptualizada en el artículo 16, fr. I, de la LFDA, en los siguientes términos: “Divulgación: El acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita”.

Una vez dicho lo anterior, la facultad moral de divulgación puede ser definida como aquella por virtud de la cual el autor puede decidir si divulga su obra (y en su caso, la forma y momento de la divulgación) o si la mantiene inédita.³⁴⁸ Es así que nos explica Delia Lipszyc:

propósito de contratar la explotación no puede considerarse divulgación”. Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, pp. 91 y 92.

³⁴⁶ Esta tercera fracción sale sobrando y no tiene cabida en esta clasificación, pues una obra, o es inédita (no divulgada) o es divulgada (no es inédita), por lo que se aprecia que el legislador incurrió en un error lógico que contraviene el principio de tercero excluido.

³⁴⁷ Pérez de Castro explica la divulgación como la “acción que permite que el público pueda acceder por primera vez a una obra”. Pérez de Castro, Nazareth, “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras musicales, publicidad y derechos de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado de películas en blanco y negro”, en Rogel Vide, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, p. 45.

³⁴⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 83 y 84; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 683; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, pp. 346 a 349; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 47; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 226; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 40; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 67; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 289; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p.

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada a la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de esta.

Se trata de una facultad potestativa del autor porque solo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra está terminada y desea que el público la conozca. Antes de su divulgación, solo depende del autor el modificar su obra como y cuantas veces quiera, o destruirla.³⁴⁹

Por lo tanto, entre la creación de la obra y su primer acto de disposición al público (divulgación), debe mediar una decisión personalísima (en principio) del autor;³⁵⁰ decisión que se tutela a través de la facultad moral que ahora se estudia. De hecho, se ha llegado a reconocer que la facultad de divulgación está íntimamente ligada con la llamada libertad de expresión,³⁵¹ pues ese derecho humano faculta a su titular para decidir si expresa o no un pensamiento;³⁵² por lo que no es descabellado decir que la facultad de divulgación es una de las formas en que el legislador ordinario ha configurado³⁵³ el derecho a la información previsto en los artículos 6o. y 7o. de nuestra Constitución.

Nuestra LFDA regula la facultad de divulgación en los siguientes términos:

Artículo 21. Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita.

17; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 18; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 304, p. 54; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 127 y 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 55; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130; Sattanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 526.

³⁴⁹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 159 y 160.

³⁵⁰ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 69.

³⁵¹ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 346.

³⁵² En este sentido, Sergio López-Ayllón, basándose en la teoría de Robert Alexy, indica que el derecho a la información (entendido este como la reformulación moderna de la libertad de expresión) “consiste en que cualquier individuo puede, en relación con el Estado, buscar, recibir o *difundir*—o no buscar, no recibir, ni difundir— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal individuo tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o *difundir*—o no lo obligue a buscar, recibir o *difundir*— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio” (énfasis añadido). López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 291, pp. 164 y 165.

³⁵³ Para más información sobre la figura de la configuración, *vid.* el apartado “C” del capítulo primero de la presente investigación.

Como se aprecia, la facultad de divulgación puede ser ejercitada en forma positiva o negativa: positiva, cuando el autor decida que la obra sea divulgada, y negativa, cuando el autor estima que su creación debe seguir siendo inédita.

En los casos en que esta facultad se ejerce en su aspecto positivo, es decir, cuando el autor decide divulgar la obra, y esta es efectivamente divulgada, se extingue la facultad de divulgación,³⁵⁴ pues una vez hecha del conocimiento público la obra, esta nunca más podrá ser inédita; lo que se traduce en que el autor pierde, fácticamente, la posibilidad de mantener la obra reservada en su esfera privada. Podrá suceder que en el futuro la obra salga del mercado, pero eso no le quita que, por lo menos, por una *primera vez* la obra ya fue accesible al público, y por lo tanto, se convirtió irremediabilmente en una obra divulgada.

Esta extinción de la facultad de divulgación ha sido muy bien comprendida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuando señala lo siguiente a propósito del llamado “derecho de divulgación”:

En ese sentido, la comunicación pública de la obra, por primera vez, es un acto único e irrepetible, lo que significa que una vez ejercido ese derecho, se extingue, por lo que no existen segundas o terceras divulgaciones de una misma obra, sino actos de comunicación pública (segundas o terceras ediciones),³⁵⁵ en razón de que la divulgación es un hecho público e irreversible, por lo que sólo cabe una en sentido técnico, que es cuando la obra se presenta al público, por vez primera, cumpliendo la forma o condiciones determinadas por el autor; por tanto, a partir de la divulgación, podrá existir una infracción de derechos patrimoniales, si el beneficiario de un derecho de

³⁵⁴ Sobre el agotamiento de la facultad de divulgación, Cámara Águila nos dice que “esto significa que en las sucesivas ocasiones en que la obra llegue al público ya no estará en juego el derecho de divulgación”. Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 364.

Por su parte Martínez Espín, indica que únicamente “cabe hablar de divulgación para la comunicación primera, por lo que, con posterioridad a su ejercicio, este derecho moral se habrá agotado”. Martínez Espín, Pascual, *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 66.

En términos similares, *cf.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 18; Pérez de Castro, Nazareth, *op. cit.*, nota 362, p. 45; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, p. 41.

³⁵⁵ Cabe criticar aquí que el tribunal utilizó en forma errónea la expresión “comunicación pública”, pues la está equiparando a todo acto de “difusión”, cuando su alcance es más restringido en realidad. Sobre la comunicación pública, *cf.* *infra* el apartado “c” del presente capítulo.

explotación, procede a la edición de la obra sin autorización del autor, pero nunca infracción del derecho moral de divulgación, porque éste se extinguió con la comunicación pública de la obra, por vez primera, en cualquiera de sus modalidades.³⁵⁶

Por su parte, cuando la facultad de divulgación se ejerce en forma negativa, es decir, mediante el mantenimiento de la obra como inédita, se le suele llamar “derecho al inédito” o “derecho de inédito”,³⁵⁷ que no es en realidad un derecho nuevo, sino más bien una forma ejercer la facultad de divulgación.³⁵⁸

Finalmente, cabe decir que el artículo 21 *in fine* de la LFDA, permite a los sucesores *mortis causa* del autor ejercer la facultad de divulgación cuando el autor no la ejerció en su aspecto positivo en vida, es decir, permite la divulgación de obras inéditas después de la muerte del autor.

La facultad de divulgación es bastante relevante, pues como se ha puesto de manifiesto, de su ejercicio positivo se deriva la introducción de la obra en el comercio;³⁵⁹ además de que —y esto nos interesa bastante para efectos de la presente investigación— sólo las obras divulgadas pueden ser libremente utilizables al amparo de una restricción al derecho de explotación,³⁶⁰ según expone la teoría tradicional de las restricciones. Además, el de las obras inéditas es uno de los casos en que el Registro Público del Derecho de Autor se encuentra impedido para expedir copias de obras que se hayan inscrito.³⁶¹

³⁵⁶ “DAÑO MORAL. LA DIVULGACIÓN DE UNA OBRA LITERARIA POR PRIMERA VEZ, QUE CUMPLE CON LAS CONDICIONES DETERMINADAS POR EL AUTOR. NO CONSTITUYE EL.”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, p. 2081.

³⁵⁷ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 351; Della Costa, Héctor, *op. cit.*, nota 20, p. 81; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 118; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 48; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 131; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 526.

Sobre este punto, afirma Martínez Espín: “El ‘derecho de inédito’ expresa el señorío absoluto que tiene el autor sobre su obra, durante el período anterior a la divulgación”. Martínez Espín, Pascual, *op. cit.*, nota 369, p. 70.

³⁵⁸ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 352.

³⁵⁹ Afirma Espín Canovas que “la divulgación produce, entre otros efectos, el de introducir la obra en el comercio”. Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 68.

³⁶⁰ *Cfr.* el primer párrafo del artículo 148 de la LFDA.

El Convenio de Berna, por su parte, no establece esto directamente, al no regular la facultad de divulgación; sin embargo, sus artículos 10 y 10 bis circunscriben las restricciones a los derechos de explotación sólo a las obras “publicadas”.

En la doctrina, *cf.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 289; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 92; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 27.

³⁶¹ *Cfr.* artículo 164, fr. II, de la LFDA.

b. Facultad de paternidad

Esta facultad, junto con la de integridad, conforma el núcleo duro o columna vertebral del derecho moral; tan es así, que son las dos facultades morales de protección obligatoria según el Convenio de Berna.

La facultad de paternidad es aquella por virtud de la cual el autor puede exigir la mención de su nombre (u otro signo que lo identifique) en relación con su obra o, por el contrario, decidir que la difusión de la obra se haga en forma anónima.³⁶² Como se aprecia, esto deriva del especial vínculo que hay entre autor y obra, pues simplemente da efectos normativos a algo que sucede en el mundo de los hechos: la creación de una obra. Cuando un escritor crea una novela, es una cuestión fáctica que tal obra es fruto de su esfuerzo intelectual, que es “suya”, pues no hubiera existido sin el esfuerzo de tal autor. Ese hecho de filiación intelectual deja marcada a la obra, por así decirlo, y el derecho otorga al autor la posibilidad de elegir si desea ser vinculado con su creación o si desea que el público desconozca su autoría.

A esta facultad también se le suele llamar “derecho de respeto al nombre” o “derecho al crédito”, pero es la expresión “derecho de paternidad” la más usual en la doctrina,³⁶³ e incluso la que se derivaría de los tratados, pues el Convenio de Berna habla del “derecho a reivindicar la paternidad de la obra” (artículo 6o. bis), mientras que la Convención de Washington se refiere a la “facultad de reclamar la paternidad de la obra” (artículo 11).

Nuestra LFDA (artículo 21, fr. II) faculta al titular del derecho moral para, en todo tiempo: “Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima”.

³⁶² Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 85; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, pp. 165 y 166; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 685; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 11; Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 323; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 49; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 39; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 76 y ss.; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 285; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 45; Kaesmacher, Dominique, y Stamos, Théodora, *op. cit.*, nota 208, p. 163; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 89; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 35; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 215 y 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 62; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 529.

³⁶³ Al respecto, Colombet indica que la expresión “derecho de paternidad” pretende “destacar la vinculación de parentesco y filiación existente entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 49

Esta facultad de paternidad impone un deber jurídico a todo aquel que difunda la obra, consistente en siempre mencionar el nombre del autor de esa obra. Aunque existe la posibilidad de que sea el propio autor quien se niegue a que en la obra aparezca su nombre,³⁶⁴ debiéndose cumplir, entonces, con lo que disponga la voluntad del autor.

En este sentido, el autor puede elegir que no se le vincule a su obra, y por lo tanto, que esta se difunda en forma anónima,³⁶⁵ es decir, omitiendo el nombre del autor. En este caso, la omisión es lícita porque así lo escogió el autor. A esto se le suele llamar “derecho al anónimo”.

De igual forma, el autor puede elegir el ocultar su identidad, pero mediante la omisión de su nombre, sino mediante la utilización de un nombre falso o pseudónimo propiamente dicho.³⁶⁶ Nos encontramos aquí frente a lo que se suele conocer como “derecho al pseudónimo”.

Los derechos al anónimo y al pseudónimo no son otro tipo de facultades del derecho moral sino, como bien nos indica Caballero Leal, formas de ejercer la facultad de paternidad,³⁶⁷ es decir, las expresiones “derecho al anónimo” y “derecho al pseudónimo” son “integrantes ambas del derecho moral de paternidad”.³⁶⁸

Desde luego, en cualquier momento el autor puede disponer que su obra se deje de difundir en forma anónima o pseudónima, sino a través de su verdadero nombre, el cual saldría a la luz en relación con la obra.³⁶⁹ A esto se le llama “derecho de revelación”,³⁷⁰ mismo que es, en realidad, una de las formas de ejercer la facultad de paternidad.

Asimismo, la facultad de paternidad también le permite al autor exigir que se le vincule con su obra, ya sea a través de su verdadero nombre o de

³⁶⁴ Como bien afirma Colombet, la mención del nombre del autor es un derecho de este, no una obligación. *Cfr. Ibidem*, p. 50.

³⁶⁵ El *Glosario de la OMPI* nos da la siguiente definición de obra anónima: “Se entiende generalmente que es una obra divulgada sin indicar el nombre o pseudónimo de su autor. En realidad, es el autor quien permanece anónimo”. *Op. cit.*, nota 225, p. 7.

³⁶⁶ Los pseudónimos se clasifican en: 1) pseudónimo transparente, y 2) pseudónimo propiamente dicho. El primero no oculta la identidad del autor (pues se sabe quién está detrás de ese falso nombre), mientras que el segundo si oculta esa identidad, por lo que su tratamiento es similar al de las obras anónimas.

³⁶⁷ Caballero Leal, José Luis, Voz “Derecho al anónimo y al pseudónimo”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, México, Porrúa / UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 162.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 160.

En el mismo sentido, véase Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

³⁶⁹ Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 45; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 39.

³⁷⁰ Cámara Águila, María del Pilar, *op. cit.*, nota 121, p. 325.

una forma especial de utilizar ese nombre, ya mediante un apodo, pseudónimo transparente o cualquier otro signo que nos permita identificar al autor.³⁷¹

En este orden de ideas, los casos más comunes de contravención a la facultad de paternidad son cuando se omite el nombre del autor al difundir la obra, o cuando tal actividad se hace atribuyéndole la obra a otra persona (lo que entraría bajo la figura del plagio).³⁷²

c. Facultad de integridad

Esta es la segunda facultad básica del derecho moral, a la cual a veces se le llama “derecho al respeto” o “derecho de la inviolabilidad de la obra”.

Por virtud de la facultad de integridad, el autor puede oponerse a toda alteración, modificación o mutilación a su obra, así como impedir cualquier atentado contra esta que afecte su honor.³⁷³ Como nos refiere Lipszyc, el fundamento de este derecho se encuentra en el respeto a la personalidad del autor que se manifiesta en la obra, teniendo un interés en que su pensamiento no sea desnaturalizado o modificado.³⁷⁴ En sus obras los autores plasman su visión del mundo, su forma de entender o sentir ciertos temas, de manera que en las obras depositan sus ideas, convicciones, concepciones estéticas, gustos, etc. Cuestiones desde la mera redacción y ortografía, la selección y tratamiento de temas, la ejecución técnica, entre otros aspectos, ponen de manifiesto tanto las virtudes como los defectos de su creador. De ahí el legítimo interés de los autores en que sus creaciones no se alteren sin su autorización.

Además, como consecuencia del hecho de que las obras casi siempre se difunden con el nombre de su autor, el público generalmente atribuirá exclusivamente al autor lo bueno y lo malo de la obra. Si el consumidor accede a una obra mutilada por un editor o productor, pensará que la obra quedó así por determinación del autor (cuyo nombre es al que se vincula), y no porque un intermediario la alteró. No está de más recordar aquí las ideas de Kant, en el sentido de que los autores hablan a su público a través

³⁷¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 166.

³⁷² Espinosa, José Diego, y Fernández del Castillo, Germán, *op. cit.*, nota 349, p. 7; y Sztanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 531.

³⁷³ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 87; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 12; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 51-53; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 124; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 41; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 168; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 90; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 224; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 56; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

³⁷⁴ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 168.

de sus obras, por lo que los intermediarios (como los editores, por ejemplo) que publican o difunden las obras no hablan por sí mismos, sino completamente a nombre de los autores.³⁷⁵ Por consiguiente, los intermediarios no tienen derecho a alterar un discurso que no es propio, sino de otra persona, máxime cuando las consecuencias de esa alteración se imputarán al *autor* y no al *intermediario*.

Estas ideas son expresadas con bastante claridad por la maestra Nazareth Pérez de Castro:

Si la obra de un autor “X” llega a ser tal, lo es porque tal sujeto “X” supo exteriorizar sus ideas de forma distinta a otra persona “Y”, lo cual significa que no sólo le interesa al autor que su actividad creativa sea conocida tal y como por él fue presentada, sino que también a los extraños les resulta de utilidad poder conocerla tal como fue concebida. De otra forma, la información que percibirán sobre determinado autor y su obra será distorsionada.³⁷⁶

Por otra parte, cabe apuntar que existen dos concepciones acerca de la facultad de integridad: la objetiva y la subjetiva. En la *objetiva* se exige que las alteraciones de la obra sean objetivamente comprobables o que causen perjuicio a la reputación del autor. En la concepción *subjetiva* no hay condicionamientos, se prohíbe toda alteración no autorizada por el autor.³⁷⁷

Nuestro país retoma las dos concepciones, pero para dos facetas diferentes de la facultad de integridad, lo que no entraña contradicción alguna. Veamos el contenido de la fracción III del artículo 21 de la LFDA:

Artículo 21. Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:
[...].

III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor.

Como se observa, el contenido normativo de este artículo está dirigido a dos cuestiones:

- a) La oposición a “cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella” (la obra);

³⁷⁵ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 98, pp. 229 y 230.

³⁷⁶ Pérez de Castro, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Madrid, Reus, AISGE, 2001, p. 82.

³⁷⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 169.

Cfr. también Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 87 y 88; y Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 287.

- b) Y, además, la oposición a “toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor”.

El elemento indicado como *a)*, es la *integridad intrínseca* de la obra, es decir, la prohibición de modificación a la obra en sí misma; por ejemplo, mediante supresiones, añadidos, destrucción, etcétera. En cambio, el elemento *b)* es la *integridad extrínseca*, en donde no se altera la obra propiamente dicha, pero su difusión se hace en contextos o formas que no permiten apreciarla a cabalidad; por ejemplo, si una pintura se exhibe en un lugar casi a oscuras, o si una película se comunica en una proporción equivalente a una vigésima parte del tamaño de la pantalla donde se proyecta;³⁷⁸ en ambos casos la obra está intocada en sí misma, pero factores externos inciden en una difícil apreciación de la obra en su integridad.

Pues bien, la LFDA acepta la concepción subjetiva respecto a la integridad intrínseca de la obra, pues prohíbe “cualquier” alteración a la misma,³⁷⁹ y la palabra “cualquier” es en cualificador de carácter universal (es decir, abarca una totalidad), de donde se desprende que en esta hipótesis no hay condicionantes.³⁸⁰

Cosa diferente sucede con la integridad extrínseca, pues la segunda parte de la fr. III del artículo 21 de la LFDA, claramente impone la condición de que se “cause demérito de ella —la obra— o perjuicio a la reputación de su autor”. De donde se aprecia que nuestro legislador aplica la concepción objetiva para los casos de atentados a la integridad extrínseca de la obra.

En otro orden de ideas, cabe mencionar que este deber jurídico de respetar la integridad de la obra ha de ser cumplido por los usuarios de las obras, ya sea como consecuencia de una autorización contractual o como consecuencia de un uso hecho al amparo de una restricción al derecho de explotación.³⁸¹

³⁷⁸ En este sentido, Antequera Parilli indica: “La expresión ‘cualquier atentado’ comprende también los ‘ataques indirectos’ a la integridad, por ejemplo, si a pesar de no realizarse mutilaciones o transformaciones (*sic*) a la producción intelectual en sí misma, se utiliza en un contexto distinto a aquel para el cual fue concebida y dicho uso fuera de ese contexto afecta el decoro de la obra o la reputación del autor”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 88.

³⁷⁹ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

³⁸⁰ En contra de esta interpretación del artículo 21 de la LFDA, véase Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 159.

³⁸¹ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 170.

En este sentido, Martínez Espín nos explica que la situación exigida es la misma en todo caso: “la actitud pasiva de parte del cesionario de derechos de explotación o del propietario del soporte material de la obra”. Martínez Espín, Pascual, *op. cit.*, nota 369, p. 102.

Ahora bien, la regulación legislativa de la integridad de la obra no se termina con la fr. III del artículo 21 de la LFDA, pues la fr. IV del mismo artículo contempla el llamado “derecho de modificación” o “derecho a modificar la obra”:³⁸²

Artículo 21. Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:
[...].
IV. Modificar su obra.

Podría decirse que, en estricto sentido, el “derecho de modificación” no es una facultad independiente o diferente a la de integridad,³⁸³ sino que sólo es una forma de ejercerla (pues estamos ante una facultad que se puede ejercer negativamente —no modificando— o positivamente —modificando—), por lo que, técnicamente, el legislador no debió dividir la facultad de integridad en dos fracciones (III y IV). Empero, existe una justificación práctica en la LFDA para esa división, misma que adquiere relevancia con lo prescrito en el último párrafo del artículo 21: “Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo”.

Así, se delimita claramente la protección *post mortem* de la integridad de las obras, pues los sucesores *mortis causa* no podrán modificar la obra ni autorizar esa actividad a terceros, sino que sólo podrán impedir la alteración de la obra, es decir, su posición es meramente defensiva. Como bien dice Rangel Medina,³⁸⁴ el derecho a modificar la obra sólo le corresponde al autor.

d. Facultad de retracto, arrepentimiento o retirada del comercio o circulación

Esta es una de las facultades morales que nos parecen más interesantes; pues además de romper con muchos de los cánones en materia civil y mercantil, nos demuestra la importancia que para el derecho tiene la figura del autor.

David Rangel Medina nos explica se le concede al autor la facultad de interrumpir la circulación de la obra, pues en esta se exteriorizan los puntos

³⁸² Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 97; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 170; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 132.

³⁸³ Sostiene esta postura, por ejemplo, Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 686.

³⁸⁴ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 130.

de vista del creador sobre alguna faceta determinada de la realidad, y a veces acontece que, con el paso del tiempo, se genera un cambio en el criterio del autor, de manera que sus convicciones de hoy ya no correspondan con las de ayer.³⁸⁵

Sobre el fundamento del derecho de retirada de la circulación, resultan esclarecedoras las palabras de la profesora Delia Lipszyc:

El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye un complemento natural del derecho del autor a decidir la divulgación de su obra. Al igual que este último derecho, se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la consiguiente posibilidad de cambiar de opinión.³⁸⁶

Las legislaciones que regulan esta facultad moral se dividen al adoptar un criterio liberal o un criterio restringido. Las que toman el *criterio liberal*, no supeditan el ejercicio de esta facultad a que el autor se haya arrepentido del contenido de su obra o a alguna otra causa en particular, basta con que el autor, por cualquier motivo, decida sacar su obra de la circulación (facultad discrecional del creador). Por el contrario, las leyes que incorporan el *criterio restringido*, señalan ciertos motivos específicos que permiten al autor decidir la retirada de la obra.³⁸⁷

De la regulación que hace nuestra LFDA de la facultad de retirada de circulación, se concluye que adoptó el criterio liberal, como se puede apreciar en la fr. V de su artículo 21:

Artículo 21. Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:
[...].
V. Retirar su obra del comercio, y

Sobre el particular, Ricardo Antequera Parilli nos dice que, a no ser que la legislación determine expresamente ese requisito, no es necesario que el autor exprese o justifique cuáles fueron las razones que lo llevaron a tomar

³⁸⁵ *Idem*.

En este sentido explican los juristas argentinos, Mouchet y Radaelli que “en un momento dado el autor advierte que las ideas expuestas en su libro ya no concuerdan con su pensamiento, y por lo tanto, la permanencia de la obra en librerías permite divulgar una versión que perjudica su fama, sus ideas, su propio nombre”. Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 42.

Cfr. también Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, pp. 63 y 64.

³⁸⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 172.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 173.

esa determinación.³⁸⁸ De ahí que podamos concluir que nuestra LFDA se adhiere al criterio liberal.

En la mayoría de los casos, la circulación de la obra es consecuencia de la celebración de un contrato, en el que el autor u otra persona en control de alguna modalidad del derecho de explotación, autorizan la difusión de la obra. Sin embargo, al ejercerse la facultad moral de retirada del comercio se deja de observar el contenido obligacional del contrato, de forma que lo autorizado por la vía del derecho de explotación, se desautoriza unilateralmente por la vía del derecho moral.

La doctrina ha visto en esta situación una excepción a la máxima del *pacta sunt servanda* e, incluso, a la prohibición de dar unilateralmente por terminados los contratos.³⁸⁹ Desde luego, el actuar del autor es plenamente *licito*, pues está ejerciendo un derecho y está amparado por una norma de orden público que le *permite* expresamente actuar de esa manera.³⁹⁰

Normalmente, los ordenamientos que contemplan la facultad de retirada de la circulación buscan un equilibrio entre los derechos del autor y los de sus contratantes, por lo que establecen la obligación del autor de resarcir al afectado las mermas económicas y los perjuicios que se ocasionen con la retirada de la obra.³⁹¹ Sin embargo, nuestra LFDA, ni en su artículo 21, ni

³⁸⁸ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90.

Este reconocido autoralista, nos explica de la siguiente forma los fundamentos del criterio liberal, al afirmar que el retracto o repudio intelectual es “un elemento subjetivo de difícil apreciación y, por ello, numerosos ordenamientos consagran este derecho sin requerir para su ejercicio la prueba del cambio de la opinión personal o la concurrencia de serias motivaciones de orden moral”. *Idem*.

³⁸⁹ Claude Colombet explica la facultad de retirada de circulación como “un derecho exorbitante del derecho común, al permitir una resolución unilateral de las condiciones del contrato, incluso hasta la supresión del convenio mismo”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 57.

En el mismo tenor, Lipszyc refiere: “Se trata de una facultad excepcional, francamente opuesta al principio de la fuerza obligatoria de los contratos, aun en mayor medida que la posibilidad que el autor tiene de no entregar la obra por encargo en ejercicio del derecho moral de divulgación”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 173.

Antequera afirma que hay una “facultad de revocar la cesión”, lo que trae como consecuencia “la prohibición para el titular derivado del derecho patrimonial —o del respectivo licenciatario—, de continuar la explotación de la obra”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90.

³⁹⁰ En este sentido, afirman Mouchet y Radaelli, que se “plantea, pues, un conflicto entre los intereses morales del autor y los intereses materiales del editor. La solución debe inclinarse a favor del primero”. Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 42.

³⁹¹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 689; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 109; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 172; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 290; Grijalva Jiménez,

en ningún otro, establece tal obligación del autor,³⁹² lo que plantea el problema de cómo fundamentar jurídicamente un reclamo por las afectaciones económicas que genera el ejercicio de la facultad moral en estudio.

Finalmente, cabe destacar que la retirada de circulación de la obra sólo afecta a los intermediarios, pero no a los consumidores que ya adquirieron ejemplares de las obras, quienes conservarán tales ejemplares.³⁹³

e. Otras facultades

En este apartado nos referiremos sucintamente a dos cuestiones diversas: los derechos morales que no están plasmados expresamente en la LFDA y los derechos subjetivos que, sin ser derechos morales, la LFDA les da ese tratamiento.

Por lo que hace a la primera cuestión, cabe señalar que nuestra LFDA se refiere expresamente a los derechos morales más comunes; sin embargo, en la legislación y jurisprudencia comparada se manejan algunas otras facultades del derecho moral. Dados los propósitos de la presente investigación nos limitaremos solamente a mencionar las facultades morales no contempladas, al menos expresamente, en nuestra LFDA: el derecho de crear,³⁹⁴ el derecho de terminar la obra,³⁹⁵ el derecho a que se mencionen los títulos o distinciones del autor (y no sólo su nombre),³⁹⁶ el derecho a elegir los intérpretes de la obra,³⁹⁷ el derecho a que no se cambie el título de la obra,³⁹⁸ el derecho de acceder al ejemplar único o raro de la obra,³⁹⁹ por destacar los más sonados.

Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 47; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 172; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 64.

³⁹² Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 11.

³⁹³ Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, p. 110.

Cfr. también, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 90; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 47; y Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 144 y 145.

³⁹⁴ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 121; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 12; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 518.

³⁹⁵ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 121; y Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 15.

³⁹⁶ Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 135.

³⁹⁷ Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 119, p. 122; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 91; Mouchet, Carlos, y Radaelli, Sigfrido A., *op. cit.*, nota 350, p. 41.

³⁹⁸ Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, pp. 558 y 559.

³⁹⁹ Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 170; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 689; Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 27; Espín Cánovas, Diego, *op. cit.*, nota 346, pp. 116 y ss.; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Loredó Hill, Adolfo, *op.*

En lo referente a la segunda cuestión a abordarse en el presente apartado, hay que mencionar que el artículo 21 de la LFDA (el cual contiene las facultades del derecho moral de autor) regula un derecho que no es en realidad un derecho de autor. Veamos:

Artículo 21. Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo: [...].

VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

A esta potestad se le ha llamado “derecho anti-autor”⁴⁰⁰ o “derecho de repudio”,⁴⁰¹ y no constituye en realidad un derecho de autor, en tanto no es un derecho que tenga un autor sobre una obra de su creación. Estamos frente a un derecho cuyo objeto son siempre obras de autoría ajena. Por tal motivo, un destacado sector de nuestra doctrina critica la inclusión de este derecho no autoral en las disposiciones reguladoras del derecho moral de autor.⁴⁰²

En realidad, este derecho a oponerse a la atribución de obras de creación ajena, puede considerarse como una manifestación del derecho al honor, que es un derecho de la personalidad que corresponde a toda persona, y no sólo a autores.⁴⁰³

cit., nota 22, p. 91; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 211; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 65; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 135.

⁴⁰⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 275, p. 702.

⁴⁰¹ Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 46; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 224; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 70.

⁴⁰² Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, “Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor” en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, pp. III y IV; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 275, p. 702; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 304, p. 93.

⁴⁰³ Indica Lipszyc: “El derecho a defender su nombre o seudónimo cuando ha sido usurpado haciéndolo figurar en obras que no le pertenecen (supuesto de falsa atribución de paternidad de una obra) tiene mucha conexión con el derecho de paternidad, pero no integra propiamente el derecho moral del autor sino que forma parte del derecho de la personalidad general”. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 167.

En este sentido, opina Serrano Migallón que el derecho en estudio: “Es un derecho humano que la ley reconoce a cualquier persona para que se oponga a que se le atribuyera una obra que no es de su creación. En general, esta norma protege el prestigio de las personas, como parte inmaterial de su patrimonio, no se limita únicamente a los autores, ya que por su naturaleza corresponde a los derechos del individuo sobre su propio honor y prestigio”. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 70 y 71.

En los mismos términos, véase Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 217.

2. *Derecho de explotación*

El derecho de explotación es el núcleo histórico de los derechos de autor, aunque no es el único de estos derechos, como se ha podido observar. Sin embargo, la regulación que hacen los países del *copyright* se centra, casi exclusivamente, en derechos de este tipo.

A esta clase de prerrogativas se les ha dado diferentes denominaciones: “derechos patrimoniales”, “derechos de explotación”, “derechos pecuniarios”, “derechos de utilización económica”, “monopolios de explotación”, etcétera. Sin embargo, consideramos que la expresión “derechos de explotación” es la más adecuada, por ser la más clara en cuanto a su estructura y contenido (otras como “derechos patrimoniales” o “pecuniarios” pueden llevar a confusión con los derechos de remuneración e, incluso, la primera sería inaceptable a la luz de la teoría del patrimonio moral). Por lo tanto, utilizaremos preferentemente la expresión “derecho de explotación”.

Por lo que hace a la LFDA, tal ley denomina “derechos patrimoniales”⁴⁰⁴ a esta clase de prerrogativas (otras leyes de nuestro país utilizan la expresión “derechos de explotación”,⁴⁰⁵ lo cual es más correcto). De hecho, al definir los “derechos patrimoniales” el artículo 24 de la LFDA los caracteriza como derechos de explotación, cuando establece: “En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el *derecho de explotar* de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación” (énfasis añadido). Así, podemos ver que normalmente la LFDA utiliza la expresión “derechos patrimoniales” como sinónimo de “derechos de explotación”, y no tanto para referirse a los “derechos de contenido económico” (“derechos patrimoniales *lato sensu*” según la nomenclatura de la SCJN).

En cuanto a su definición, tomaremos como punto de partida la proporcionada por Delgado Porras: “Por el derecho de explotación se le reconoce al autor el monopolio o exclusiva de utilización de su obra en la producción de cualesquiera bienes o servicios”.⁴⁰⁶

Por su parte, Serrano Migallón nos aporta la siguiente definición: “Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas de los autores de obras artísticas o intelectuales para usar o explotar sus obras”.⁴⁰⁷

El propósito de los derechos de explotación es concederle al autor el control de las utilidades públicas de su obra, lo que se traducirá en la

⁴⁰⁴ Por ejemplo, sus artículos 11, 24, 25, 27, 30, 83, 97, etcétera.

⁴⁰⁵ Cfr. el artículo 9o. de la Ley Federal de Cinematografía.

⁴⁰⁶ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30.

⁴⁰⁷ Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 71.

posibilidad de obtener ingresos económicos, derivados de la celebración de contratos onerosos.

Si bien, como su nombre lo indica, estos derechos permiten controlar la explotación económica de la obra, no sólo se aplican a supuestos donde exista finalidad lucrativa o ganancias económicas,⁴⁰⁸ sino en general a todo acto de utilización pública de la obra (aquella que trasciende el círculo privado del usuario).⁴⁰⁹

Toda vez que los derechos de explotación buscan generarle ingresos económicos a los autores, la ley establece un régimen jurídico tuitivo particular a estos derechos, ya que, como explica Lipszyc, al tener una *función alimentaria* el ejercicio de estos derechos, se les suele equiparar a los salarios.⁴¹⁰ De ahí que el artículo 41 de nuestra LFDA claramente determine

⁴⁰⁸ A propósito del alcance del derecho de explotación, Delgado Porras nos indica que: “Es inoperante la finalidad lucrativa o gratuita que se persiga con dicha producción”. Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30.

Por su parte, Bugallo afirma: “La explotación de la obra no significa necesariamente la obtención de ganancia, ánimo de lucro u obtención de resultado lucrativo concreto. Cualquier género de aprovechamiento de las utilidades de una obra implica explotación en sentido legal y, por lo tanto, requerirá la autorización del autor”. Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691.

Ribera nos proporciona el ejemplo de “cuando un autor de una obra de arte permite a unos estudiantes de Bellas Artes que hagan una reproducción de su cuadro. Pero el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de decidir quién, cómo y en qué condiciones se va a llevar a cabo esa reproducción”. Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 199.

⁴⁰⁹ De conformidad con el artículo 27 de la LFDA, el derecho de explotación faculta para autorizar o prohibir una serie de actos (reproducción, comunicación pública, etcétera), pero nunca se condiciona a que tales actos tengan finalidad lucrativa. De hecho, el propio artículo 27 en su fr. IV regula casos en donde no hay esa intención lucrativa, como es la hipótesis del comodato de copias (usualmente llamado “derecho de préstamo gratuito”) o la de la donación de ejemplares de la obra.

⁴¹⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 178.

En el mismo sentido, el ministro de la SCJN, Genaro David Góngora Pimentel, en su intervención durante la sesión del 16 de abril de 2007 del Pleno de la SCJN (contradicción de tesis 25/2005), equiparó los derechos de autor a los salarios y los vinculó a la idea del mínimo vital, afirmando que el transmitir cierta clase de derechos: “le quitaría todo sentido su consagración en la norma pues no se lograría la concreción de los intereses subyacentes en ese derecho, nota distintiva de los derechos irrenunciables como alimentos, salarios, usufructos en algunos casos, etcétera; que es el disfrute permanente de los autores de un modesto ingreso producto de su trabajo creativo”. *Cfr.* la versión taquigráfica de dicha sesión pública ordinaria, p. 16. Aunque cabe destacar que tal aseveración se hizo en el contexto de derechos de simple remuneración, no de derechos de explotación.

Mismas consideraciones pueden encontrarse en el voto de minoría que sobre el mismo asunto, suscribieron los ministros Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza, p. 12.

que los derechos de explotación son inembargables y no pueden ser objeto de prenda. Inclusive, como veremos en el apartado “e” de este capítulo al tratar el tema de los contratos, los derechos de explotación son, en México (como en algunos otros países), derechos inalienables en vida del autor.

A. Alcance: *ius prohibendi*

Este es un tema en el que queremos hacer hincapié, pues sólo comprendiendo el alcance de los derechos de explotación podremos percatarnos de los problemas que, en algunos casos, pudieran plantearle estos derechos a otros como el de acceso a la cultura o el relativo a la información, y así, darnos cuenta de la importancia que reviste el instituto jurídico de las restricciones al derecho de explotación (que estudiamos en el capítulo cuarto, y proponemos perfeccionar en el capítulo quinto).

Los derechos de explotación son *derechos exclusivos* o de *exclusiva*, es decir, permiten a su titular gozar de un bien (en este caso, inmaterial: la obra), con exclusión de cualquier tercero. De ahí que se les suele llamar monopolios legales, pues, en principio, excluyen a otros de la explotación de la obra. De hecho, hay consenso en la doctrina extranjera⁴¹¹ y nacional⁴¹² en caracterizar a los derechos de explotación como derechos exclusivos.

En igual tónica, y sin perjuicio de profundizar al respecto en el siguiente capítulo, el Comité DESC, vincula el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de la creación de obras, con los derechos humanos a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido, a percibir una remuneración adecuada y a un nivel de vida adecuado (artículos 6o., 7o. y 11 del PIDESC). *Cfr.* la observación general núm. 17 de ese comité, *op. cit.*, nota 341, p. 4.

⁴¹¹ Allfeld, Philipp, *op. cit.*, nota 208, p. 31; Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 96; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 181; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30; Goudreau, Mistrale, *op. cit.*, nota 227, p. 39; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 176 y 177; Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 204, p. 67; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 196, 201 y 202; Satanowsky, Isidro, *op. cit.*, nota 130, p. 321.

⁴¹² Arteaga Alvarado, María del Carmen, “Papel de las sociedades de gestión colectiva en el derecho de autor”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, p. 6; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 92; Sánchez Ambia, León Felipe, *Los derechos patrimoniales del autor frente a las tecnologías digitales y la necesidad de adecuar sus limitaciones a los usos y costumbres de la actualidad*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2010, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 71; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 155-157.

Pero esto no sólo es una cuestión doctrinal, pues la LFDA expresamente les atribuye carácter exclusivo a los derechos de explotación, como se observa en sus artículos 11 y 24:

Artículo 11. El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios *exclusivos* de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y *los segundos, el patrimonial.* (Énfasis añadido).

Artículo 24. En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar *de manera exclusiva* sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma (énfasis añadido).

Lo cual se corrobora con el primer párrafo del artículo 27 de la LFDA, mismo que indica que “Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:”.

Dado este carácter exclusivo de los derechos de explotación, se desprende que su alcance es el de un *ius prohibendi*. En efecto, por virtud del contenido de los artículos 24 y 27 de la LFDA, existe una *prohibición* de usar la obra para todo aquel que no sea el autor. Como bien se ha destacado en la doctrina,⁴¹³ los derechos de explotación son oponibles *erga omnes*, lo que implica que, en principio, esa prohibición de uso de la obra la tiene todo aquel que no sea el autor (o en su caso, no sea el titular derivado de alguna facultad o modalidad del derecho de explotación).

Esto significa que, *prima facie*, la posición jurídica de los usuarios frente a las obras es una prohibición, es decir, la norma jurídica ordena una abstención: no usar las obras.

Sin embargo, la posición de un usuario en específico o de los usuarios en general, puede cambiar, pasar de una prohibición a una *permisión*. En efecto, esto puede suceder cuando se celebra un contrato por virtud del cual el autor (o el titular derivado) otorga su autorización para realizar ciertos usos públicos de las obras; desde luego, siempre y cuando el contrato satisfaga los requisitos que establece la LFDA. Existe una figura similar llamada “licencia obligatoria”, en donde el Estado otorga la autorización de uso a cierta persona (subrogándose la autoridad, por así decirlo, en la posición del

⁴¹³ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 691; Emery, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 279, p. 65; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 94; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 202.

titular del derecho de explotación), aunque la contraprestación sí debe ser cubierta al autor o titular derivado.

La otra forma en que surge una permisión de uso, es a través de una restricción al derecho de explotación, lo que comúnmente se llama “límite o limitación al derecho patrimonial”, que es la figura central de la presente investigación, y que será analizada a profundidad en el capítulo cuarto.

De esta forma, por virtud de los derechos de explotación quedan prohibidas las utilidades públicas de una obra, a no ser que se cuente con una autorización formal o se esté en algún caso de restricción al derecho de explotación. Si no se está en alguna de estas hipótesis, el uso de la obra será ilícito, por contravención a la norma derivada de los artículos 24 y 27 de la LFDA.

Desde luego, cuando ya no existan derechos de explotación sobre una obra, esta puede ser usada sin autorización, por haber ingresado al dominio público.⁴¹⁴

Una vez revisadas las generalidades del derecho de explotación, procederemos a explicar las facultades que integran este derecho.

B. *Facultades del derecho de explotación*

Al igual que sucede con el derecho moral, respecto del derecho de explotación también se discute si se trata de un solo derecho compuesto de varias facultades, o si por el contrario, son varios derechos.⁴¹⁵ Y así como hicimos al abordar el tema del derecho moral, utilizaremos ahora, en forma indistinta, las expresiones “derecho de” o “facultad de”.

En otro orden de ideas, es importante iniciar el estudio de estas facultades del derecho de explotación, afirmando que tal derecho cubre todo acto de explotación o utilización pública de las obras, de manera que las facultades señaladas en las leyes no están sometidas a *numerus clausus*, sino que, más bien, recogen las formas más comunes de explotación, pero no quedan descartadas otras maneras de explotación no mencionadas.⁴¹⁶ Como bien

⁴¹⁴ Sobre el plazo de vigencia de los derechos de explotación y la figura del dominio público, véase *infra* el apartado “d” del presente capítulo.

⁴¹⁵ *Cfr.* Lacruz Berdejo, José Luis, *op. cit.*, nota 343, p. 34; Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 17”, en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 92; Rivero Hernández, Francisco, “Comentario al artículo 17”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 299 y 300; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, p. 49.

⁴¹⁶ Explica Lipszyc que los derechos de explotación son tantos como formas de utilización que sean posibles, aunque con fines didácticos y para facilitar su interpretación, las leyes

explica Ribera Blanes, con esta fórmula se busca “evitar los problemas que podría plantear la aparición de nuevas formas de utilización de las obras intelectuales que no estuvieran enumeradas en el precepto”.⁴¹⁷

De hecho nuestra LFDA, primero establece el derecho general de explotación (artículo 24), el cual se aplica a “cualquier forma” de explotación, y luego establece las formas más comunes de explotación (artículo 27). Esto nos demuestra que, en nuestro sistema jurídico, las facultades del derecho de explotación no están sujetas a *numerus clausus* e, incluso, abarcan formas de explotación a descubrirse en el futuro; cosa. Cosa diferente sucede en los países del *copyright*, donde los derechos de explotación sí se señalan con carácter limitativo y, por tanto, no están cubiertas las formas futuras de explotación.

Cabe decir que las cuatro formas más usuales de explotación de una obra son: la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación. A esas cuatro formas de explotación corresponden las cuatro facultades o derechos de explotación.⁴¹⁸

Por consiguiente, se puede decir que existen cuatro facultades o derechos de explotación: la facultad de reproducción, la facultad de distribución, la facultad de comunicación pública y la facultad de transformación.⁴¹⁹

Esta es una forma conceptualmente adecuada de sistematizar las diversas facultades del derecho de explotación, dado que se engloban y clasifican los actos de explotación conforme a rasgos comunes y definitorios, que a su vez los excluyen de las otras categorías o formas de explotación.⁴²⁰ Esto

autorales suelen detallar los distintos derechos de explotación. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 175.

En el mismo sentido, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 96; Bugallo Montañón, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 690; Caballero Leal, José Luis, y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 402, p. IV; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 30; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, pp. 197 y 198; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 418, p. 7; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 72.

⁴¹⁷ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 198.

⁴¹⁸ Véase Hugenholtz, Bernt, “Fierce creatures. Copyright exemptions: towards extinction?”, Ponencia presentada en la conferencia IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30 y 31 de octubre de 1997, p. 6.

⁴¹⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 99 a 105; Arteaga Alvarado, María del Carmen, *op. cit.*, nota 412, p. 7; Bugallo Montañón, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 690; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 31; Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 198; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 61; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, pp. 51 a 54; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 412, p. 8; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 16.

⁴²⁰ Un defecto de la doctrina anglosajona (y de buena parte de la continental), es no apoyarse en esas cuatro categorías conceptuales al analizar los actos de explotación y los derechos que los controlan.

quedará más claro al analizar cada una de esas facultades o derechos de explotación.

Así como en la aritmética hay cuatro operaciones básicas, en materia de explotación de obras hay cuatro conceptos o formas de explotación básicas.⁴²¹

En este sentido, lo recomendable es que las leyes, al regular el derecho de explotación, lo hicieran en forma sistemática y se apoyaran en las referidas categorías conceptuales; hay legisladores que sí lo hacen, pero también hay muchos que no. En el caso del legislador mexicano, podríamos decir que, al regular las facultades del derecho de explotación, no es totalmente sistemático; esto en virtud de que, aunque el punto de partida del artículo 27 de la LFDA son las cuatro facultades de explotación (otorgándole, en principio, una fracción a cada facultad), en algunos casos, determinada facultad es dividida en dos fracciones. Así, tenemos que el artículo 27 contempla las cuatro facultades del derecho de explotación: la de reproducción (fr. I), la relativa a la comunicación pública (fr. II y III), la de distribución (fr. IV y V), y la de transformación (fr. VI). La fr. VII es una pequeña cláusula general que deja abierta la posibilidad de controlar cualquier acto de explotación diferente a los previamente señalados; lo que nos demuestra el carácter abierto y no restringido del derecho de explotación, y refuerza lo determinado en el artículo 24 respecto a la aplicabilidad del derecho subjetivo a toda forma de explotación.

Pasemos ahora al análisis concreto de cada facultad del derecho de explotación.

a. Facultad de reproducción

Comúnmente llamada “derecho de reproducción”, es la facultad clásica del derecho de explotación y la primera en aparecer históricamente dentro

⁴²¹ Desde luego, pueden presentarse otras formas de clasificar los actos de explotación, y a reserva de su utilidad en otros contextos, no son las más adecuadas para comprender a cabalidad las conductas reguladas por cada facultad de explotación, y para captar lo que hace diferente a cada una de estas facultades.

Por ejemplo, y siguiendo la exposición de Delgado Porras, los actos de explotación pueden también clasificarse en: explotaciones a través de bienes (a través de su producción y circulación) y explotaciones a través de servicios (mediante su prestación). De acuerdo con el autor citado en la primera clase se incluiría la reproducción, la distribución y la transformación; mientras que en la segunda estaría la comunicación pública. Otra clasificación atiende a la explotación primaria o inicial y a la explotación secundaria (se organiza y desarrolla tomando como punto de partida una anterior explotación inicial). *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, “Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual” en VV.AA., *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera / Ignacio Zuloaga de derechos de autor de los creadores visuales*, Madrid, Trama, Fundación Arte y Derecho, 2006, pp. 31 y 32.

de la etapa del derecho de autor moderno. Incluso, muchas leyes (como la mexicana) suelen mencionar esta facultad en primer lugar.

Para una primera aproximación, hay que decir que la facultad de reproducción es aquella por virtud de la cual se pueden autorizar o prohibir los actos de reproducción de una obra. Si bien esta afirmación no es del todo satisfactoria, nos permite avanzar en tanto sirve para distinguir, por un lado, el acto de reproducción, y, por el otro lado, la potestad jurídica que permite controlar ese acto (facultad de reproducción). De esta manera, el siguiente paso para comprender la “facultad de reproducción” es determinar qué se entiende por “reproducción”. La LFDA, en la fr. VI de su artículo 16, nos proporciona una definición de reproducción:

Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

[...].

VI. Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trata de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.⁴²²

Esta definición nos deja ver la esencia del acto de reproducción: la realización de *copias* de una obra. De ahí que, como consecuencia de la imprenta, el derecho de autor se configuró como la posibilidad de autorizar o prohibir la realización de copias. Desde luego, esta noción en la actualidad no se aplica sólo a copias en forma de libro, sino a todo tipo de copias en general, incluyendo las copias electrónicas (tanto las externas a las computadoras, como por ejemplo CDs o USBs, hasta las reproducciones que se suscitan al interior de estas máquinas.⁴²³

Sin embargo, la noción contemporánea de reproducción va más allá que la mera multiplicación de ejemplares, sino que también abarca los actos de fijación, es decir, la incorporación de una obra a un soporte material. Es por eso que, como afirma Ribera Blanes, “una definición íntegra del derecho de reproducción debe abarcar tanto la fijación material como la

⁴²² Se puede discutir si este último aspecto (realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa) es en realidad una transformación más que una reproducción; pero la LFDA zanja esa polémica al determinar que, para efectos jurídicos, esa actividad debe considerarse una reproducción.

⁴²³ Sobre el alcance de la facultad de reproducción en el ámbito digital, profundizamos y problematizamos en el capítulo quinto de la presente investigación.

obtención de copias”.⁴²⁴ En atención a lo anterior, consideramos adecuada la definición de facultad de reproducción que proporciona Delia Lipszyc: “El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o parte de ella”.⁴²⁵

Por cuanto hace a nuestra LFDA, esta ley también se sujeta a la noción moderna de la facultad de reproducción, pues al determinar su alcance hace referencia, no sólo a la obtención de copias, sino también a la fijación, como se aprecia en la primera fracción de su artículo 27:

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.

Se observa que nuestro legislador adopta el criterio de neutralidad tecnológica, pues le resulta indiferente el medio o técnica a través del cual se realice la reproducción, e incluso, deja abierta la posibilidad a medios de reproducción inexistentes en la actualidad, pero que aparezcan en el futuro.

b. Facultad de distribución

El llamado “derecho de distribución” o “derecho de circulación” era el complemento tradicional a la facultad de reproducción, en tanto se refiere a la circulación de los ejemplares de las obras. Hoy por hoy, continúa siendo una facultad muy importante, en tanto buena parte de la utilización de obras se sigue realizando a través de ejemplares.

Al igual que hicimos con la facultad de reproducción, procederemos primero a definir el acto de distribución, para luego referirnos a la regulación de la facultad de distribución.

Dado que la facultad de distribución se relaciona con la circulación de ejemplares de las obras (soportes físicos), involucra actos transaccionales

⁴²⁴ Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, nota 13, p. 174.

⁴²⁵ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 179.

En términos similares, *cf.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 101; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 693; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 14; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 64; Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 31; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 250; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 17; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 94.

sobre esas copias o ejemplares. La noción amplia de distribución (que es la más común en la doctrina y la que usa nuestra LFDA) abarca la posibilidad de realizar cualquier acto de disposición de la propiedad (compraventa, donación, permuta, etcétera) o del uso (arrendamiento, comodato, etcétera) sobre un ejemplar particular de la obra.

La LFDA da una definición (no muy precisa, aunque aceptable) del acto de distribución en su artículo 16, fr. V: “Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma”. Un aspecto relevante de esa definición, es que retoma la noción de “puesta a disposición” para efectos de la distribución, de manera que, para que exista un acto de ese tipo, no se requiere la celebración efectiva de una compraventa o un arrendamiento, ya que sólo basta que el ejemplar esté a disposición del público para poder celebrar un acto relativo al dominio o uso del ejemplar.⁴²⁶

Por lo que hace a la facultad de distribución, esta puede ser definida como la “facultad independiente de la reproducción..., propia de los ordenamientos germánicos, consistente en reservar al autor (o derechohabiente) la introducción en el tráfico económico-jurídico y ulterior comercialización de la obra o sus ejemplares”.⁴²⁷ Es decir, es la facultad que permite autorizar o prohibir todo acto de disposición de ejemplares de una obra, mediante cualquier forma traslativa de la propiedad o del uso de dichos soportes materiales.

Nuestra LFDA contempla esa noción amplia de la facultad de distribución. Dicha facultad está prevista en las fr. IV y V del artículo 27. Comenzaremos con la fr. IV, que es la que regula la facultad de distribución en general (en tanto la fr. V regula sólo una de sus modalidades):

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

⁴²⁶ Rivero Hernández, Francisco, “Comentario al artículo 19”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 343 y 344; y Pérez de Castro, Nazareth, *op. cit.*, nota 376, pp. 117 y 118.

⁴²⁷ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 426, p. 340.

De igual forma, entre nosotros, Loredo Hill señala el siguiente contenido del derecho de distribución: “Poner a disposición del público su original, copias o ejemplares, por venta, arrendamiento, comodato o cualquier otra medio legal, con el permiso del autor o del titular de la facultad patrimonial”. Loredo Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 94.

Sobre estas definiciones que retoman la noción amplia de la facultad de distribución, Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 201, pp. 103 y 104; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 213, pp. 702 y 703; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota , p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 303, p. 31; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 162, p. 128; Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, nota 200, p. 61; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

[...].

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión del uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley.

Como se aprecia, nuestra LFDA contempla la facultad de distribución en sus más amplios términos,⁴²⁸ incluyendo tanto las modalidades onerosas de disposición de la propiedad o el uso de las copias (compraventa, arrendamiento o alquiler, permuta, *leasing*, mutuo, etcétera), como las gratuitas⁴²⁹ (donación, comodato o préstamo gratuito, etcétera).

El contenido de la fr. IV del artículo 27 de la LFDA abarca todas las modalidades de la facultad de distribución, por lo que no era necesario adicionarle a ese artículo alguna fracción relativa a alguna de las modalidades de la distribución en concreto. Empero, eso es lo que hizo el legislador nacional con la fr. V del referido numeral, al señalar que se puede autorizar o prohibir: “La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización”.

La importación de copias ilegales es una modalidad incluida en la facultad de distribución,⁴³⁰ en tanto se trata de la circulación de ejemplares materiales de la obra. Consideramos que la existencia de la fracción en comentario, se debe a que esa fue la forma en que nuestro legislador implementó el artículo 1705.2.a del TLCAN; aunque no era necesario que lo hiciera así, pues aunque no se refiriera expresamente a la importación de ejemplares, este tipo de actos ya están cubiertos por la noción amplia de distribución de la fr. IV del artículo 27 de la LFDA, por lo que con dicha fracción

⁴²⁸ Sobre este amplio alcance, afirma Serrano Migallón: “El derecho de distribución, en cuanto a (sic) potestad del titular del derecho patrimonial de autor, no distingue entre los diversos actos por los que una persona puede apropiarse o poseer una obra, como tampoco lo hace entre los diversos soportes materiales en que puede constar la reproducción. Sus normas son extensivas a todos los actos y a todos los medios”. Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

⁴²⁹ Sobre los actos de distribución gratuita de obras (que constituyen actos de puesta a disposición del público, dado su carácter colectivo o abierto al público), *cf.* Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 426, pp. 348 y 349.

⁴³⁰ *Cf.*, por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “Prólogo a la tercera edición” en Obón León, J. Ramón, *Derecho de los artistas intérpretes. Actores, cantantes y músicos ejecutantes*, 3a. ed., México, Trillas, 1996, p. 6; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 440, pp. 40 y 41; Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.*, nota 249, p. 52; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 128; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 78.

era suficiente para considerar implementada la norma internacional y por cumplida la obligación derivada del mencionado tratado.

En otro orden de ideas, es importante señalar que en los tratados internacionales la noción de “distribución” no se utiliza en los mismos términos que en la LFDA y en la doctrina mayoritaria, sino de una forma más restringida, comprendiendo sólo la modalidad de compraventa de ejemplares (y por extensión, otros actos traslativos de su propiedad).⁴³¹

Tal es la razón por la que, para referirse a las otras modalidades de la circulación de ejemplares, los tratados hablan de un “derecho de alquiler” y de un “derecho de préstamo”. De hecho, esto puede observarse en la obra de Caballero Leal, quien al analizar los derechos de explotación en la legislación latinoamericana, usa los criterios internacionales y nos habla de los derechos de alquiler y préstamo, como otros diferentes al de distribución.⁴³²

Dichos criterios internacionales fueron usados por el Pleno de la SCJN en el caso *Regalías* (contradicción de tesis 25/2005) al analizar el contenido del derecho de explotación, indicando que además de los derechos de reproducción, transformación y comunicación pública, está el derecho de distribución, el de alquiler y el de préstamo.⁴³³

En cambio, buena parte de la doctrina (y muchas leyes, como la mexicana), toman como base la idea de “circulación de ejemplares” para aglutinar cuestiones como la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, etcétera, y enmarcarlas bajo un concepto amplio de “distribución”, integrando así una de las cuatro categorías conceptuales a las que ya nos referimos en el apartado “b” del presente capítulo. Así, en realidad, el alquiler y el préstamo son modalidades de la distribución,⁴³⁴ o como dice Ficsor, “subderechos” del derecho general de distribución.⁴³⁵ Esto lo consideramos acertado, pues es

⁴³¹ El artículo 6.1 del TODA contempla esta noción restringida de distribución, al señalar: “Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad”.

Mientras que el artículo 7o. de ese tratado contempla como un derecho diferente el “derecho de alquiler comercial”, aunque sólo para programas de computación, obras cinematográficas y “obras incorporadas en fonogramas”.

Sobre el particular, *cf.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, pp. 153-55; Marín López, Juan José, *op. cit.*, nota 160, p. 248; y Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 451.

⁴³² Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 17 y 18.

⁴³³ Sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 32 y 33.

⁴³⁴ Correa, Carlos, *op. cit.*, nota 160, p. 65; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 440, p. 41; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 254; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17.

⁴³⁵ Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, p. 493.

También sobre el derecho general de distribución, *cf.* Dzamukashvili, David, Jorbenadze, Sandro, y Shengelia, Roman, *op. cit.* nota 249, p. 51.

más sistemático y facilita el estudio y análisis de las formas de explotación de las obras.

Un último punto muy importante respecto de la facultad de distribución, es el relativo a la figura conocida como *agotamiento del derecho*.

Conocida en el mundo del *copyright* como la “doctrina de la primera venta”,⁴³⁶ el agotamiento de la facultad de distribución consiste en que, una vez verificada la primera venta de un ejemplar concreto de una obra,⁴³⁷ se agota o extingue la facultad de distribución (o alguna de sus modalidades) respecto de ese ejemplar, y sin perjuicio de la subsistencia del resto de las facultades del derecho de explotación. De esta forma se “libera”, por así decirlo, la circulación de ese soporte material, perdiendo el autor la posibilidad de seguir controlando esa copia (aunque conservando sus derechos sobre la obra contenida en la copia). En este sentido, Erdozain nos explica que:

...en líneas generales la teoría del agotamiento del derecho de distribución significa que el titular de derechos ve disminuida su capacidad prohibitiva respecto de los actos de enajenación realizados por el usuario con posterioridad al momento en que la obra o prestación fue comercializada por primera vez. En otras palabras, el titular de derechos, una vez puesta la obra o prestación en el tráfico, por sí, o por tercero con su consentimiento, ve derogado su *ius prohibendi* respecto del original o copias distribuidas.⁴³⁸

El propósito de este agotamiento de la facultad de distribución es limitar los alcances del derecho de explotación, y facilitar la circulación y comercialización de ejemplares materiales de la obra.⁴³⁹

La LFDA establece expresamente el agotamiento de la facultad de distribución, como se desprende de la parte final de la fr. IV del artículo 27, al determinar: “Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este

⁴³⁶ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 255.

⁴³⁷ Como bien indica Delgado, la primera venta debe ser una venta al público, no a distribuidores u otros comerciantes (mayoristas o minoristas). *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 32.

⁴³⁸ Erdozain, José Carlos, “Tema 3.3: Derecho de distribución”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 86.

Cfr. también, Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 32; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 255; Grijalva Jiménez, Agustín, *op. cit.*, nota 224, p. 18; Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17.

⁴³⁹ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 703 (quien afirma que el agotamiento responde al principio de libre circulación de mercaderías y a la libertad de la cultura); Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 236; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, p. 131.

derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley”.⁴⁴⁰

Sin embargo, la formulación del legislador no fue del todo afortunada, pues no estableció claramente los alcances y consecuencias de ese agotamiento. En efecto, no hay duda de que una vez realizada la primera venta del ejemplar, se agota el derecho y no se pueden controlar las ventas sucesivas, pero ¿también se pierde la posibilidad de controlar, por ejemplo, las rentas o comodatos sucesivos de ese ejemplar? Es decir, se plantea la pregunta de si el agotamiento sólo afecta la modalidad de venta, o si también se extiende a las otras modalidades de la distribución, como los arrendamientos o préstamos.

En primera instancia, la fr. IV del artículo 27 de la LFDA da a entender que la primera venta extingue la facultad de distribución *in toto* sobre el respectivo ejemplar (abarcando la totalidad de sus modalidades), dada la frase: “este derecho de oposición —se refiere el legislador al de distribución— se entenderá agotado efectuada la primera venta”. Y esto parece corroborarse con el artículo 104 de la LFDA, que al establecer una excepción al agotamiento de la facultad de distribución, indica que, a pesar de la primera venta de un ejemplar de un programa de cómputo o de una base de datos, se puede seguir controlando los arrendamientos de tal ejemplar. O sea, si

⁴⁴⁰ Por su parte, el referido artículo 104 establece: “Como excepción a lo previsto en el artículo 27, fracción IV, el titular de los derechos de autor sobre un programa de computación o sobre una base de datos conservará, aun después de la venta de ejemplares de los mismos, el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento de dichos ejemplares. Este precepto no se aplicará cuando el ejemplar del programa de computación no constituya en sí mismo un objeto esencial de la licencia de uso”.

Esta excepción tiene su fundamento en que diversos tratados internacionales contienen disposiciones que se entienden en el sentido de no permitir el agotamiento del “derecho de alquiler”. Por ejemplo, el artículo 7o. del TODA establece un derecho de alquiler (para programas de computación, obras cinematográficas y “obras incorporadas en fonogramas”) sin hacer mención a su agotamiento; mientras que su artículo 6.2 establece que queda intocada la facultad de los estados para regular el agotamiento del derecho de controlar la puesta a disposición “mediante venta u otra transferencia de propiedad” (distribución en estricto sentido, que no comprende el alquiler). De igual forma, el artículo 11 del ADPIC contempla un “derecho de arrendamiento comercial al público”, pero sólo respecto a obras cinematográficas y programas de cómputo; aunque tal artículo no señala nada sobre su agotamiento. Mientras que el artículo 1705.2.d del TLCAN contempla un derecho de renta sobre los programas de cómputo, que no se agota con la introducción del ejemplar al mercado; lo mismo sucede en relación con los fonogramas en el artículo 1706.1.d de ese convenio.

En este sentido, Carlos Correa (*op. cit.*, nota 158, p. 65) nos explica que los derechos de arrendamiento son una excepción a la doctrina de la primera venta. En igual tenor, *cf.* Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 257; y Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 238.

como excepción, el agotamiento no afecta la modalidad de renta o alquiler de estos dos tipos de obras, se puede desprender que, como regla general, el agotamiento sí afecta la modalidad de arrendamiento en el resto de las obras e, incluso, las demás modalidades que no sean arrendamiento en los propios programas de cómputo y bases de datos (como por ejemplo, el comodato) también desaparecen por virtud del agotamiento.

Así, de una interpretación armónica de los artículos 27 y 104 de la LFDA, se puede concluir que el agotamiento de la facultad de distribución impacta todas las modalidades de la distribución y no sólo las ventas subsecuentes,⁴⁴¹ de forma que el propietario de un ejemplar adquirido lícitamente mediante su primera compraventa, podrá libremente revender ese ejemplar sin tener que pedir autorización, pero también podrá prestarlo, rentarlo, etcétera. Evidentemente, los términos tan amplios en que está contemplada la figura del agotamiento en nuestro país, favorecen y facilitan en gran medida la circulación de los ejemplares de las obras, y limita la facultad de distribución.

c. Facultad de comunicación pública

La comunicación pública es un acto de explotación conceptualmente opuesto a la distribución, en tanto esta última se refiere a la posibilidad de adquirir la propiedad o el uso de ejemplares de la obra, mientras que en la comunicación pública no hay esa posibilidad de adquirir dominio o uso de soportes materiales. La LFDA define la comunicación pública en la fr. III de su artículo 16: “Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se

⁴⁴¹ Coincide en esta apreciación, Schmidt, Luis, *op. cit.*, nota 218, p. 17.

No está demás destacar que la fr. I del artículo 424 bis del Código Penal Federal sanciona penalmente: “A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o *arriende* copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos” (énfasis añadido). La referencia que hace esa disposición al arrendamiento de ejemplares, ha llevado a que existan voces que consideran que el agotamiento de la facultad de distribución no abarca la modalidad de arrendamiento. Sin embargo, no coincidimos con tal postura, debido a que la norma penal claramente remite a la LFDA, tanto para determinar si la copia de la obra está protegida por la ley, como para determinar si el arrendamiento requería autorización del titular; y si la LFDA establece el agotamiento de la facultad de distribución, es esa propia ley la que extingue la protección autoral a esa copia y libera su arrendamiento de la necesidad de pedir autorización. Por lo que se concluye que sólo comete el referido delito quien renta una copia de una obra, respecto del cual todavía no se ha verificado el agotamiento, es decir, de ejemplares que no se han vendido por primera vez al público.

pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares”.

En pocas palabras, la comunicación pública es la difusión de la obra sin circulación de copias destinadas a ser apropiadas o usadas por el público. Por ejemplo, son actos de comunicación pública la exhibición de obras plásticas (pintura, escultura, etcétera) o de obras audiovisuales en salas cinematográficas, la ejecución de obras musicales por una orquesta o banda, la transmisión de obras musicales por radio o de audiovisuales por televisión, etcétera.⁴⁴²

Un requisito indispensable es que la comunicación se haga a una pluralidad de personas calificable como “público”. Por lo general se considera como “público” a las personas ajenas al círculo familiar o privado de aquel que realiza el acto de comunicación de la obra.⁴⁴³⁻⁴⁴⁴ Esto es muy importante recalcarlo, pues los derechos de autor sólo sirven para controlar actos de comunicación *pública*, mientras que los actos de comunicación *privada* quedan excluidos de su alcance (como el ver una película con familiares, interpretar una canción a un ser querido o escuchar música con amigos).

Asimismo, para que el acto sea considerado una comunicación pública no se requiere que el público acceda a la obra simultáneamente, ni en el mismo lugar. Si bien la simultaneidad es muy común en actos de comunicación pública como recitales musicales o exhibición de películas en salas cinematográficas, hay casos de comunicación pública donde no sucede esto, como en las comunicaciones por Internet, en donde la obra se *pone a dis-*

⁴⁴² Antequera Parilli nos da el siguiente listado ejemplificativo de algunos de los actos de comunicación pública más usuales, tales como “las que se efectúan en conciertos, festivales, salas de cine, bares, restaurantes, salas de fiestas, clubes deportivos y sociales, albergues infantiles, cárceles, hospitales, condominios, bancos, supermercados, medios de transporte, cabinas personales en ‘sex-shops’ y tiendas musicales”. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 106 y 107.

⁴⁴³ Por ejemplo, véase, Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 262; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 183.

⁴⁴⁴ El concepto de “público” se encuentra establecido en nuestra LFDA en el artículo 16, fr. IV, cuando al definir la ejecución o representación pública, establece que las obras se presentan a oyentes o espectadores “sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar”. Aquí, el legislador cometió algunos errores técnicos: en primer lugar, la ejecución y la representación públicas son sólo dos modalidades o especies del género “comunicación pública”, por lo que no es muy adecuado definir estas modalidades en forma independiente al género al que pertenecen; en segundo lugar, la definición que ofrece la ley de la ejecución y la representación públicas es tan amplia que en realidad está dando *otra* definición de comunicación pública. Por consiguiente, la noción de “público” proporcionada por el artículo 16, fr. IV, de la LFDA, en sede de ejecución y la representación públicas, es aplicable a cualquier acto de comunicación pública.

posición del público, y cada destinatario accede a la obra en un momento y lugar diferente.

Esto ha quedado claro en la definición de comunicación pública de la fr. III del artículo 16 de la LFDA, que indica que “la obra se pone al alcance general”, sin requerir simultaneidad temporal o física en cuanto al acceso a la misma. Con esto, nuestra ley retoma la noción de “puesta a disposición” del artículo 8o. del TODA, referida al “derecho de comunicación al público”.⁴⁴⁵

Una vez establecidos los perfiles del acto de explotación “comunicación pública”, procederemos a definir el “derecho patrimonial de comunicación pública” o “facultad de comunicación pública”, y que no debe confundirse con el “derecho de regalías por comunicación pública” (véase *infra* letras “aa” de la letra “A”, número 3, subcapítulo V, del presente capítulo), en tanto el primero es una facultad del derecho de explotación, mientras que el segundo es un derecho de remuneración.

José Luis Caballero Leal nos proporciona la siguiente definición de la facultad en estudio: “El derecho de comunicación pública, mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras”.⁴⁴⁶

Antonio Delgado Porras, profundo conocedor del tema de la comunicación pública, nos enuncia las siguientes modalidades que integran la facultad o derecho de comunicación pública, clasificándolos con base a la presencia o no del público en el lugar de origen de la comunicación:

Derecho exclusivo de comunicación pública:

- a. Dirigida a un público presente en el lugar de origen de la comunicación:
 - a.1. Derecho exclusivo de exposición pública;
 - a.2. Derecho exclusivo de proyección o exhibición pública;
 - a.3. Derechos exclusivos de representación, recitación o ejecución pública por todos los medios o procedimientos;
 - a.4. Derecho exclusivo de transmisión pública de obras radiodifundidas.
- b. Dirigida a un público no presente en el lugar de origen de la comunicación:
 - b.1. Derecho exclusivo de radiodifusión:
 - b.1.1. Primaria o derecho exclusivo de emisión;

⁴⁴⁵ Para mayores detalles sobre este “derecho de comunicación al público”, *cf.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, pp. 493 y ss.; Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, pp. 268 y 269; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 164, pp. 138 a 140; así como la explicación del TODA en el capítulo quinto de la presente investigación.

⁴⁴⁶ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 15.

- b.1.2. Secundaria o
 - b.1.2.1. Derecho exclusivo de retransmisión por hilo;
 - b.1.2.2. Derecho exclusivo de retransmisión sin hilo;
- b.2. Derecho exclusivo transmisión por cable unidireccional:
 - b.2.1. Primaria o derecho exclusivo de transmisión inicial por cable;
 - b.2.2. Secundaria o derecho exclusivo de retransmisión por cable de una transmisión inicial por cable;
- b.3. Derecho exclusivo de puesta a disposición (alámbrica o inalámbrica) bidireccional o “a la carta”.⁴⁴⁷

Ahora bien, dicho lo anterior, es pertinente referirnos a las fr. II y III del artículo 27 de la LFDA, pues son en las que se regula la facultad de comunicación pública:

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...].

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;
- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.

Como se observa, nuestro legislador dividió la facultad de comunicación pública en dos fracciones: la primera dedicada a las modalidades de representación, recitación, ejecución y exhibición públicas, así como el acceso público por telecomunicaciones; y la segunda dedicada a la transmisión pública y la radiodifusión. Esto es muy criticable, pues no hay razón alguna para dividir en dos fracciones las diversas modalidades de la comunicación pública, dando la errónea impresión de que además del “derecho de comunicación pública” (fr. II) hay un derecho independiente de “trans-

⁴⁴⁷ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 303, pp. 34 y 35.

misión pública o radiodifusión”,⁴⁴⁸ cuando en realidad la radiodifusión y la transmisión pública son únicamente modalidades de la comunicación pública.⁴⁴⁹ Un sector importante de la doctrina mexicana ha advertido este error y ha aclarado que los actos señalados en la fr. III del artículo 27 de la LFDA son actos de comunicación pública,⁴⁵⁰ encuadrados perfectamente en la definición del artículo 16, fr. III, ya citada.

d. Facultad de transformación

De todas las facultades que integran el derecho de explotación, la de transformación es la que recibe un tratamiento más deficiente en la LFDA. De entrada, el artículo 16 no da una definición del acto de transformación, como sí lo hace con los de reproducción, comunicación pública y distribución.

A pesar de lo complejo que puede ser el tema de la transformación, podemos definir este acto como la creación de una obra derivada.⁴⁵¹ Consideramos que tal caracterización es acorde con su regulación en la LFDA y con la teoría general del derecho de autor.

Una vez dicho lo anterior, estamos en aptitud de entrar al estudio de la facultad de transformación, para lo cual hay que revisar algunas definiciones doctrinales. La profesora Lipszyc, siguiendo las pautas generales de la

⁴⁴⁸ Caen en esta trampa Ancona García-López, *op. cit.*, nota 201, pp. 60 y 61; Carrillo Toral, Pedro, *op. cit.*, nota 248, p. 30; Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 233, pp. 50 y 51; Pastana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 227; Urtiaga Escobar, Reynaldo, *op. cit.*, nota 176, pp. 212 y 213.

⁴⁴⁹ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, p. 106; Bercovitz, Germán, “Tema 3: Los derechos de explotación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 91 y 92; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 187-210; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, pp. 170 y 171.

⁴⁵⁰ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 16; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 22, pp. 94 y 95; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 76 (quien indica que el “derecho de transmisión pública o radiodifusión, corresponde a una especie particular de la comunicación pública”); Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, p. 156.

⁴⁵¹ En este punto es importante distinguir entre obra primigenia (u originaria) y obra derivada. La obra primigenia es aquella que se crea sin estar basada en alguna obra previa. Por el contrario, la obra derivada sí se basa en una obra preexistente; la obra derivada es una obra original en la que su autor transforma la obra previa de otro autor, y crea una obra nueva. Los tipos más comunes de obras derivadas son las traducciones, colecciones, arreglos, adaptaciones o paráfrasis.

La distinción entre obra originaria y obra derivada es recogida en el apartado “C” del artículo 4o. de la LFDA.

legislación comparada, nos da una definición amplia de esta facultad: “El derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etcétera”.⁴⁵²

Se observa que en esta definición, como en muchas otras,⁴⁵³ la facultad de transformación es tan amplia que se puede utilizar, incluso, para impedir *la creación* de obras derivadas. Esto es así porque en varias legislaciones se le atribuye ese alcance a la facultad en estudio.

Sin embargo, en países como México el alcance de la facultad de transformación es más restringido, pues no permite controlar la *creación* de obras derivadas, sino sólo autorizar o prohibir la *difusión* de ese tipo de obras. Como se verá a continuación, conforme a la LFDA, no es necesario obtener autorización para crear una obra derivada; pero la cosa sería diferente si, una vez creada, se pretende hacer llegar al público esa obra derivada, para lo cual sí se requerirá autorización de aquel que detente la facultad de transformación sobre la obra primigenia.

Es por eso que, con referencia a nuestra legislación, Guerra Zamarro indica que la obra derivada “sólo podrá ser comercializada con el consentimiento previo, expreso, temporal y oneroso de su autor primigenio, aunque sí podrá ser realizada y registrada ante la autoridad sin necesidad de cumplir con requisito o consentimiento alguno”.⁴⁵⁴ Por consiguiente, y con base al texto de la LFDA, podría definirse la facultad de transformación como aquella que permite autorizar o prohibir la difusión o explotación de obras derivadas.

Una primera disposición de donde se desprende la facultad de transformación, es la fr. VI del artículo 27 de la LFDA, misma que establece:

Artículo 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

[...].

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y⁴⁵⁵

⁴⁵² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 211 y 212.

⁴⁵³ Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 38; Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, nota 208, p. 289; Rengifo García, Ernesto, *op. cit.*, nota 212, p. 172.

⁴⁵⁴ Guerra Zamarro, Manuel, *op. cit.*, nota 248, p. 9.

⁴⁵⁵ En forma equivocada, Serrano Migallón indica que esta fracción forma parte de la facultad de distribución, y nunca habla ni toma en cuenta a la de transformación. *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 78.

Llama la atención el uso de la expresión “divulgación”, pues como ya vimos, en lenguaje técnico-autoral significa el acto por cual la obra se pone por primera vez a disposición del público con lo que deja de ser inédita. Empero, consideramos que el legislador empleó erróneamente esa palabra y, dado el contexto, la utilizó como sinónimo de “difusión” (es decir, en su acepción en el lenguaje ordinario).

Esto se ve corroborado por la referencia que hace el artículo 78 de la LFDA a la facultad de transformación, en la que claramente se dice que la autorización es requerida para la *explotación* (lo que nos demuestra que no sólo se puede controlar la primera puesta a disposición de la obra derivada, sino cualquier acto de explotación o difusión de ella):

Artículo 78. Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la Ley.

Cuando las obras derivadas sean del dominio público, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero tal protección no comprenderá el derecho al uso exclusivo de la obra primigenia, ni dará derecho a impedir que se hagan otras versiones de la misma.

En otro orden de ideas, el artículo inmediatamente citado, si bien califica claramente a la facultad de transformación como un “derecho patrimonial”,⁴⁵⁶ también supedita la explotación de la obra derivada a una autorización del titular de la facultad moral de integridad. Esto último fue una adición hecha en 2003, y plantea el muy complejo problema de la relación entre la facultad de transformación y la de integridad.

Desde luego, en los casos en que el autor no ha comprometido en exclusiva su facultad de transformación (y por ende puede ejercer simultáneamente esta y su facultad de integridad), no se plantea mayor problema. Lo complicado surge cuando el ejercicio de la facultad de transformación corresponde a alguien, pero el de la facultad de integridad pertenece a

⁴⁵⁶ La tendencia legislativa contemporánea es concebir a la facultad de transformación como una facultad o derecho de explotación (lo que queda claro con la ubicación de la fr. VI del artículo 27 de la LFDA). En este sentido, afirma acertadamente Bondía Román: “La transformación es una forma de explotación de las obras”. Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 21” en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 120.

una persona diferente, lo que nos lleva a una hipótesis de una doble autorización.

Una lectura apresurada del artículo 78 nos podría llevar a la conclusión de que en los casos en que el ejercicio de la facultad de explotación corresponda a alguien que no sea el autor de la obra primigenia, *siempre* se requerirá una doble autorización (una por el derecho moral y otra por el derecho de explotación). Sin embargo, consideramos que esto no es así, pues la integridad y la transformación de una obra son, en principio, cuestiones diferentes. Esto en virtud de que mientras que el acto de transformación implica la creación de una obra nueva (obra derivada), en el caso relativo a la integridad de la obra, es la obra primigenia la que sufre una alteración o modificación en sí misma. Sobre el particular, nos explica Lipszyc:

El derecho moral al respeto de la integridad de la obra es diferente al derecho de transformación —adaptación, compendio, etcétera— que forma parte del derecho patrimonial y constituye uno de los modos normales de explotar una obra... Las transformaciones dejan la obra original inalterada en su individualidad primigenia y coexisten con esta y entre sí, pues el derecho al respeto protege la integridad de la obra en su expresión originaria que solo el autor puede modificar.⁴⁵⁷

El problema —nada menor— en muchos casos, es la dificultad de distinguir entre un acto de alteración y un acto de transformación, es decir, si realmente se creó una nueva obra a la que se pueda calificar como derivada o si no hay tal obra nueva, sino sólo una obra alterada.

Pero lo anterior no significa que pueda haber casos en que exista transformación, pero no se afecte la integridad de la obra primigenia. Por ejemplo, cuando un escritor crea una novela en donde el único elemento creativo que toma de otra obra es sólo un personaje; en este caso la novela primigenia no se ve alterada, mientras que en la obra derivada sólo aparece un personaje de la primigenia.

Aunque también es cierto que hay casos en que un acto puede, al mismo tiempo, alterar una obra primigenia y además crear una obra derivada, en donde concurrirían las facultades de integridad y transformación.⁴⁵⁸ Por ejemplo, sería el caso en que alguien hiciera una compilación de artículos (creación de una obra derivada), pero además modificara el contenido de los artículos (alteración de la obra primigenia). Otro ejemplo se presenta cuando se hace una adaptación cinematográfica de una obra literaria, pero

⁴⁵⁷ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 159.

⁴⁵⁸ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 253.

se altera de tal modo la trama, la esencia de los personajes o el desenlace, que se desvirtúa totalmente la obra primigenia.

De cualquier forma, lo que nos debe de quedar claro es que, si bien hay veces en que se traslapan las facultades de integridad y transformación, no siempre que haya un acto de transformación habrá un acto de alteración, ni viceversa.

Esto se desprende del mencionado artículo 78 cuando exige el “previo consentimiento del titular del derecho moral, *en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la Ley*” (énfasis añadido). Es decir, esa autorización se requiere únicamente en casos de deformación, mutilación o modificación de la obra (que son los casos previstos en la fr. III del artículo 21 de la LFDA), no en cualquier caso. Se reitera, sólo en el supuesto de que la transformación traiga aparejada una alteración a la obra primigenia, se requerirá permiso del titular de los derechos morales, en los demás casos no.

En este sentido, Bondía Román afirma que hay un acto de transformación cuando se apropian elementos singulares de la obra ajena, de manera que “resulta secundario el que dicha apropiación vaya acompañada o no de una modificación efectiva de los elementos de la creación apropiada”.⁴⁵⁹

C. Duración

Los derechos de explotación tienen una duración limitada. Esto es así porque se busca compatibilizar los derechos exclusivos de los creadores con el interés de la sociedad de acceder a la cultura, entre otros.

Nuestra Constitución prevé expresamente el carácter temporal de los derechos de explotación, cuando en el párrafo noveno de su artículo 28 habla “los privilegios que *por determinado tiempo* se concedan a los autores y artistas” (énfasis añadido). De donde se puede desprender una prohibición para que el legislador atribuya carácter perpetuo a los derechos de explotación. Sin embargo, esto no siempre fue así. De hecho, dada la asimilación que se llegó a hacer de los derechos de autor al derecho real de propiedad, varias leyes del siglo XIX consagraron la perpetuidad de los derechos de explotación, tal y como sucedió en México con nuestros códigos civiles de 1870 y 1884.

Por lo que se refiere a nuestra LFDA, en su texto inicial de 1996, la regla general era que los derechos de explotación duraban toda la vida del autor y 75 años posteriores a su muerte. Sin embargo, en 2003 fue reformado el artículo 29 de la LFDA para aumentar la duración de los derechos de

⁴⁵⁹ Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, nota 481, p. 21.

explotación, estableciéndose ahora, como regla general, un plazo de toda la vida del autor y 100 años *post mortem auctoris*, lo que convirtió a México, hasta donde sabemos, en el país del mundo donde más duran los derechos de explotación.

D. *Dominio Público*

El dominio público es una importante institución que ha recibido poca atención legislativa (nuestra ley sólo le dedica dos escuetos artículos) y escasa atención doctrinal.

El dominio público se presenta cuando las obras pueden ser usadas por cualquier persona,⁴⁶⁰ es decir, se trata de elementos que no pueden ser privatizados, y por lo tanto, pueden ser libremente utilizados por cualquier miembro del público.⁴⁶¹ En pocas palabras, podríamos decir que el dominio público está integrado por cuestiones que no entran bajo el *ius prohibendi* del derecho de explotación. En tal tónica está redactado el artículo 152 de la LFDA: “Las obras del dominio público pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona, con la sola restricción de respetar los derechos morales de los respectivos autores”.

Siguiendo a Edward Samuels⁴⁶² podríamos señalar como algunos de los elementos que integran el dominio público los siguientes: las obras respecto de las cuales el plazo de duración del derecho de explotación ya expiró,⁴⁶³ las creaciones expresamente excluidas de protección,⁴⁶⁴ aspectos de una obra que no protegen los derechos de autor,⁴⁶⁵ etcétera.

⁴⁶⁰ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 265.

⁴⁶¹ Litman, Jessica, “The public domain”, *Emory law journal*, EUA, núm. 965, otoño 1990, www.law.duke.edu/pd/papers/litman_background.pdf, p. 9, enero 2008.

⁴⁶² Samuels, Edward, “The public domain in copyright law”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, EUA, vol. 41, 1993, p. 152.

⁴⁶³ Esta es la causal más común para considerar algo dentro del dominio público. El texto original del último párrafo del artículo 29 de la LFDA, determina: “Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público”.

Empero dados los errores de publicación del ejemplar de 23 de julio de 2003 del DOF, muchos consideran que el citado párrafo ya no está vigente. No compartimos esa opinión, ya que tal párrafo fue publicado en el DOF el 24 de diciembre de 1996, y el Congreso de la Unión no lo derogó en las reformas de 2003, por lo que ninguna interpretación de la publicación de 23 de julio de 2003 puede quitarle vigencia a una norma sancionada por el legislativo, que no ha sido derogada por ese órgano y que está publicada desde 1996.

⁴⁶⁴ Por ejemplo, la fr. VIII del artículo 14 de la LFDA excluye de protección autoral a los textos legislativos, reglamentarios, administrativos y judiciales.

⁴⁶⁵ Como ejemplo, podemos citar las ideas y la información en general, como se desprende de las fr. I, II, III, IX y X del artículo 14 de la LFDA.

Inclusive, el dominio público es una exigencia constitucional, pues el artículo 28 de nuestra Ley Suprema determina que los privilegios a los autores deben ser concedidos “por determinado tiempo”. Desafortunadamente, nuestra doctrina constitucional no ha hecho mayor análisis de la figura del dominio público, la cual suele ser pasada por alto por los comentaristas del artículo 28 de la Constitución.

En otro orden de ideas, como explica Lipszyc,⁴⁶⁶ existen diversas visiones de lo que es el dominio público, pues mientras para unos es la situación normal del uso de las obras (respecto de la cual los derechos de autor son sólo una excepción temporal),⁴⁶⁷ para otros es una restricción legislativa al derecho de los autores.⁴⁶⁸

En fin, hay que hacer referencia a la figura del llamado dominio público pagante, oneroso o remunerado, por virtud del cual el uso de obras del dominio público no requiere autorización (en tanto ya se extinguieron los derechos de explotación sobre ellas) pero está sujeto a la realización de un pago.⁴⁶⁹ Esta figura surgió en los países socialistas,⁴⁷⁰ aunque luego tuvo acogida en países latinoamericanos como Argentina, Uruguay y México.⁴⁷¹ En la actualidad el dominio público oneroso ya no existe en México.

E. Régimen contractual

Haciendo un ejercicio de comparación legislativa, podremos percatarnos que en materia de contratos sobre derechos de explotación existen dos grandes tendencias: por un lado, la que permite la transmisión entre vivos de los derechos de explotación y, por otro lado, la que proclama la inalienabilidad de esos derechos.

⁴⁶⁶ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 265.

⁴⁶⁷ Cfr. Boyle, James, “The second enclosure movement and the construction of the public domain”, en Boyle, James (coord.), *Duke conference on the public domain. Collected papers*, EUA, Center for the Public Domain, 2003, p. 60.

⁴⁶⁸ Por ejemplo, para Samuels el dominio público es simplemente lo que queda desprotegido después de tomar en cuenta todos los alcances de la protección que brindan los derechos de autor. Cfr. Samuels, Edward, *op. cit.*, nota 488, p. 140.

⁴⁶⁹ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 755; Harvey, Edwin R., *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 40; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, pp. 79 y 80; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 265-267.

⁴⁷⁰ Apareció en 1919 en la URSS y se extendió a Bulgaria, Rumania, Yugoslavia y Alemania Oriental. Cfr. Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 8, p. 80.

⁴⁷¹ En México, hasta las reformas de 1993, se debía pagar a la SEP el 2% del total generado por la explotación de una obra del dominio público. Cfr. Carrillo Toral, Pedro, *op. cit.*, nota 248, p. 59.

Las legislaciones que pertenecen a la primera tendencia, regulan dos negocios jurídicos diferentes: *a)* la cesión o transmisión, y *b)* la concesión o licencia.⁴⁷² Las cesiones o transmisiones serán, en estos casos, actos jurídicos por medio de los cuales se transfiere la titularidad del derecho de explotación. En cambio, la naturaleza jurídica de la licencia o concesión es diversa, pues el autor (o en su caso el titular derivado) no se desprende de la titularidad del derecho de explotación, sino que únicamente concede autorizaciones temporales a favor de terceros, de manera que el derecho de explotación no abandona el patrimonio de su titular, ni entra en el patrimonio del licenciatario.⁴⁷³

Por lo que hace a la segunda tendencia, las legislaciones no regulan dos figuras contractuales en materia de derechos de explotación, sino que, bajo la doctrina germánica del *Einräumung von Nutzungsrechten*, sólo contemplan una única figura contractual, consistente en una autorización que no implica una enajenación de la titularidad del derecho de explotación, el cual únicamente podrá transferirse por causa de muerte. Ese negocio jurídico único ha tomado en la doctrina diversos nombres: “autorización”, “transferencia del derecho de uso”, “cesión”, “licencia”, etcétera, y como nos afirma Goldstein,⁴⁷⁴ la naturaleza jurídica de ese negocio jurídico es muy similar a una licencia.⁴⁷⁵

⁴⁷² Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 128.

⁴⁷³ Dentro de esta tendencia encontramos a los países del sistema del *copyright*, quienes contemplan las figuras de la *assignment* (cesión) y la *license* (licencia); por ejemplo, los EUA, Canadá y el Reino Unido. Pero como parte de esta tendencia, también podemos encontrar a algunos países del sistema de *droit d'auteur* como Francia e Italia, los cuales contemplan la dicotomía cesión/concesión.

⁴⁷⁴ Goldstein, Paul, *op. cit.*, nota 166, p. 219.

En terminos similares, *cf.* Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 84, p. 606 (quien nos dice que en estos casos no hay desposesión de la titularidad del derecho de autor, sino que es un negocio muy análogo a la licencia de patentes).

Cuestión también explicada por Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, “Positive copyright and open licences: how to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations”, *International journal of communications law & policy*, núm. 12, invierno 2008, p. 256.

El ABC del Derecho de Autor de la UNESCO indica que en algunos países “los derechos no pueden transferirse ni en todo ni en parte, como en el caso de los derechos sobre bienes inmuebles. Únicamente pueden ser objeto de licencias de explotación”. *op. cit.*, nota 226, p. 51.

De igual forma, en el documento *Basic notions of copyright and related rights* de la OMPI, se señala: “In some countries, an assignment of copyright is not legally possible, and only licensing is allowed. Licensing means that the owner of the copyright remains the owner but authorizes someone else to carry out certain acts covered by his economic rights, generally for a specific period of time and for a specific purpose”.

⁴⁷⁵ Como ejemplo de las legislaciones agrupadas dentro de esta segunda tendencia podemos mencionar la alemana (considerada como la máxima exponente de esta corriente), la austriaca (que fue la que originó esta corriente con su ley de 1936), la española y la mexicana.

Con orígenes en la llamada teoría “monista” de los derechos de autor, esta prohibición de enajenación del derecho de explotación, fue una solución al problema de que los autores se desprendían fácil e irremediamente de sus derechos, dadas las condiciones de desigualdad en las negociaciones y a las presiones que no podían resistir.⁴⁷⁶ Esta segunda tendencia (*Einräumung von Nutzungsrechten*) cobra cada vez más adeptos, pues como afirma Delia Lipszyc, la facilidad con la que los autores suelen perder sus derechos

...ha conducido al rechazo de la transmisión *inter vivos* por cesión con transferencia de la titularidad del derecho de explotación. La tendencia ha sido a concebir el derecho patrimonial de autor como un derecho a autorizar la utilización de la obra a través de licencias específicas, exclusivas o no exclusivas.⁴⁷⁷

Nuestra LFDA se encuentra en esta segunda tendencia, no obstante, su falta de uniformidad terminológica que podría conducir a confusión. Esto no debería sorprendernos, pues la inconsistencia terminológica en materia contractual es uno de los defectos que heredamos de la legislación española.⁴⁷⁸ Sobre este punto, el profesor Rodríguez Tapia nos explica que la Ley de Propiedad Intelectual de España emplea un variado catálogo de expresiones ambivalentes o contradictorias, siendo tal imprecisión terminológica fruto de la casualidad y no de la deliberación, pues no reflejan distintas realidades jurídicas, concluyendo que: “Poco importa que llamemos al acto de transmisión, autorización, concesión o cesión, si los efectos que se derivan van a ser los mismos. Lo que determinará la diferencia, a mi juicio, será la posición exclusiva del autorizado, cesionario o concesionario”.⁴⁷⁹

En la doctrina mexicana hay un sector mayoritario que reconoce que la titularidad del derecho de explotación no puede realmente transmitirse, lo

⁴⁷⁶ Esta situación que generó muchas críticas y protestas, llegándose a afirmar que los derechos de autor eran, en realidad, *derechos de editor*. Cfr. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 271.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 272.

⁴⁷⁸ Muchos de los artículos de la LFDA están inspirados e, incluso, llegan a ser copias, de disposiciones de la legislación autoral española.

⁴⁷⁹ Rodríguez Tapia, José Miguel, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 77.

De igual forma nos explica Espín Alba: “El legislador español, a pesar de una cierta falta de precisión terminológica, no ha adoptado la dicotomía cesión/concesión, presentando un negocio jurídico único: la cesión, que puede ser total o parcial, en exclusiva o no”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 144.

Cfr. también Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 316., p. 56; y Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “Comentario al artículo 43”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 747.

que implica que nuestro país no admite la dicotomía cesión/concesión,⁴⁸⁰ sino sólo regula un mismo negocio jurídico al que indistintamente la ley le llama “transmisión”, “licencia”, “cesión”, “concesión” o “transferencia”.⁴⁸¹

En México, como en el resto de los países de la corriente *Einräumung von Nutzungsrechten*, el acto jurídico que indistintamente puede denominarse “cesión”, “licencia” o de cualquier otra forma, admite dos modalidades que determinan su alcance: la exclusiva y la no exclusiva. De esta forma, como bien afirma Rodríguez Tapia,⁴⁸² lo que determina la diferencia es si la “cesión”, “autorización” o “concesión”, fue exclusiva o no.

La licencia o cesión no exclusiva consiste en una mera o simple autorización, pues se trata de un acto jurídico por el que el licenciataria o cesionario queda facultado para realizar ciertos usos de la obra; usos que serían ilícitos sin contar con esa autorización (por estar amparados dentro del ámbito del *ius prohibendi* del derecho de explotación).

⁴⁸⁰ 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-agosto 2007, p. 106 (con serios errores de edición); González Camarena Coss y León, Juan Antonio, *Consideraciones sobre la transmisión de derechos en la Ley Federal del Derecho de Autor*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, ITAM, 2002, p. 51; Ortega González, Salvador, “Y los títulos de las obras..., ¿están protegidos?”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 15, 2005, p. 13; Rangel Ortiz, Alfredo, “Nueva Ley Federal del Derecho de Autor. ¿Cesión de derechos?”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, 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, ELD, 2003, p. 141; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, pp. 110 y 111; Torres-Septién Torres, Enrique, “Breves consideraciones sobre la nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 79.

⁴⁸¹ Entre las razones que se pueden invocar para sustentar estas conclusiones respecto a la LFDA, están: (a) la ambigüedad sintáctica del texto contenido en el artículo 30 de esa ley, (b) la temporalidad de las cesiones prevista en los artículos 30 y 33 de la LFDA, y la consecuente ausencia de un verdadero desprendimiento del derecho de explotación; (c) la diferente posición jurídica del autor y su contratante —pues este último no queda en la misma situación jurídica que tenía el autor antes de la cesión—, (d) la terminología del articulado de la LFDA al utilizar diversas expresiones para referirse a un mismo negocio jurídico, (e) la exposición de motivos de la LFDA, (f) la no embargabilidad ni pignorabilidad del derecho de explotación ordenada por el artículo 41 de la LFDA, (g) la denominación del Título III de la LFDA, (h) la influencia de la legislación española, y (i) otras disposiciones jurídicas —como el artículo 10 del Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía, que habla de cesiones que pueden ser o no exclusivas (clasificación que no se admite en los sistemas que adoptan la dicotomía cesión/concesión)—. Para profundizar sobre esas razones y para mayores referencias bibliográficas sobre el tema, *cf.* De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 480, pp. 112-123.

⁴⁸² Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 507, p. 77.

En cambio, en la licencia o cesión exclusiva, el autorizado es el único que puede explotar la obra (por lo general, en alguna modalidad limitada), incluso con exclusión del propio autor. Durante el plazo de cesión, la posición del autor será similar a la de un nudo propietario en caso de un usufructo, pues aunque es el titular del derecho de explotación, no podrá usar la obra en las modalidades dadas en exclusiva; pero al vencer el plazo, recuperaría el *ius utendi* y el *ius fruendi* de su derecho de explotación, consolidándose nuevamente tal derecho subjetivo.⁴⁸³

Ahora bien, nuestra LFDA, como muchas otras leyes autorales del sistema continental e, incluso del *copyright*,⁴⁸⁴ establece una serie de normas tutelares de los autores en materia de contratación.⁴⁸⁵ Se suele reconocer que, en la mayoría de los casos, el autor se encuentra en una situación de desigualdad frente a sus contratantes, la cual se traduce en una posición más débil en la negociación.⁴⁸⁶

⁴⁸³ Busch afirma que “aun en el caso de que el autor ceda un concreto derecho económico de explotación, no lo pierde nunca de forma total, sino que, en forma similar a un usufructo o embargo, se debe considerar el derecho cedido como gravado con la cesión a favor del tercero, aunque el derecho quede con el autor. Por ello, en cuanto se han cumplido los contenidos de la cesión, se elimina de forma automática el gravamen y el derecho de autor renace o revierte en su forma inicial en la persona del autor (o de su heredero)”. Busch, Cristina, “La transmisión de los derechos” en VV.AA., *El futuro de la creación*, Madrid, Fundación Arte y Derecho, Trama, 2003, p. 127.

De igual forma, Rodríguez Tapia estima “que la recuperación del derecho por el cedente es un fenómeno similar al de la consolidación del derecho in re aliena en el dominus por elasticidad del dominio”. Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota nota 507, p. 212.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, el profesor Goldstein indica: “US law treats authors more paternalistically in their copyright contract dealings than the nation’s vaunted traditions of contractual autonomy would predict”. Goldstein, Paul, “Paternalism and autonomy in copyright contracts”, en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 260.

Véase asimismo 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. 291.

Mientras que Borghi y Montagnani explican: “Restrictions on freedom of copyright contract are built into both common and civil law copyright systems, yet encounter differences as to purpose, scope and effectiveness”. Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 474, p. 252.

⁴⁸⁵ *Cfr.* Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 24; Lipszyc, Delia, y Villalba, Carlos A., *op. cit.*, nota 236, p. 146; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 110.

⁴⁸⁶ Espín Alba indica: “Una vez más estamos ante el carácter tuitivo de la legislación de derechos de autor. De hecho, habida cuenta la posición más débil del autor, se instituyeron unas reglas generales caracterizadas por un fuerte espíritu de tutela del creador intelectual, con base en un orden público económico de protección, en la línea de los Convenios Internacionales y de la más moderna doctrina autoralista”. Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 137.

Guibault nos explica que ciertas prácticas contractuales llevaron a la creación de monopolios y cárteles, de manera que para finales del siglo XIX dichas prácticas no sólo habían alterado el procedimiento competitivo, sino que habían afectado el equilibrio en el poder de negociación entre las partes. Por consiguiente, en ciertas áreas, más que ser un motor para la autonomía (y para el beneficio mutuo en la celebración de un contrato), la libertad de contratación se convirtió en un medio del que se valía la parte más fuerte para limitar a la más débil e imponerle sus condiciones.⁴⁸⁷ Continúa explicando la citada autora que, además de los arrendatarios y los trabajadores —y los consumidores, nos permitimos añadir—, los autores representan uno de esos grupos sociales para los que se requiere una protección reforzada; afirmando que en Francia, las disparidades económicas entre autores y editores fueron consideradas tan importantes, que durante la década de 1950 se empezaron a tomar una serie de medidas para una mayor equidad en las relaciones contractuales de los autores.⁴⁸⁸

Siguiendo esa tendencia normativa,⁴⁸⁹ el legislador mexicano dictó una serie de disposiciones para fortalecer la posición del autor, propiciando un verdadero equilibrio y una mayor igualdad en la relación contractual. Y es que mal podría el legislador permitir que los propósitos de la ley autoral (entre ellos, el permitir que el autor viva de la explotación de su obra) fueran fácilmente frustrados por la vía contractual.⁴⁹⁰ De nada sirve conceder una serie de derechos a los autores, si la protección puede esfumarse fácilmente mediante cierta presión ejercida a través de un contrato.

Dentro de las normas generales en materia de contratación previstas en la LFDA y que son tuitivas a los autores, destacan tres reglas: la de onero-

Por su parte, Claude Colombet, establece que: “Varias legislaciones se preocupan de la protección del autor cuando éste debe inevitablemente firmar contratos para la explotación de su creación... No obstante, este regreso al equilibrio de la situación contractual sólo puede llevarse a cabo a través de una serie de disposiciones legislativas limitativas, que se apartan del sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad”. Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, pp. 102 y 103.

Cfr. también Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 474, p. 252.

⁴⁸⁷ Guibault, Lucie M.C.R., *op. cit.*, nota 184, p. 143.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁸⁹ “Protection during the negotiation of the transfer results in the principle of the *pro autore* interpretation reserved for copyright agreements in almost all civil law countries”. Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 474, p. 253.

⁴⁹⁰ En este sentido, nos explica Delia Lipszyc que es necesario que las leyes autorales determinen, con carácter obligatorio y general, unas condiciones mínimas que hagan posible que la explotación de las obras se lleve a cabo sin menoscabo de la finalidad político-jurídica de la materia. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 274.

sidad, la de temporalidad y la de formalidad escrita.⁴⁹¹ Veamos brevísimamente cada una de ellas.

La regla de *onerosidad* está prevista en el segundo párrafo del artículo 30 de la LFDA, cuando establece que “toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa”. Mientras que el artículo 31 de esa ley indica las formas en que se puede satisfacer el requisito de onerosidad: a tanto alzado o una participación proporcional en los ingresos de la obra.⁴⁹²

El requisito de *temporalidad* se contiene en el artículo 30, segundo párrafo, de la LFDA, al indicarse que toda cesión del derecho de explotación debe ser, precisamente, temporal. Por su parte, el artículo 33 de la legislación autoral concretiza esa regla de temporalidad, al establecerse un plazo máximo de cesión de 15 años,⁴⁹³ y determinando que a falta de pacto expreso sobre el plazo en un contrato, se entiende que las partes fijaron un término de 5 años.⁴⁹⁴

En cuanto al tercer requisito, la LFDA, en su artículo 30 *in fine*, indica que toda cesión de derechos debe celebrarse invariablemente por escrito. La consecuencia jurídica de no cumplir con la formalidad escrita, es la nulidad de pleno derecho del contrato, lo cual es una sanción muy fuerte y poco común en el derecho mexicano, ya que implica que la nulidad suerte efectos *ipso iure*, a diferencia de la mayoría de casos de nulidad absoluta que, conforme al artículo 2226 del CCF, requieren de previa declaración judicial.

No obstante, esas no son las únicas disposiciones generales que en materia contractual prevé la LFDA, sino que pueden enunciarse también las siguientes: independencia de las facultades y modalidades del derecho de explotación e interpretación restrictiva de los contratos (artículo 28),⁴⁹⁵ obli-

⁴⁹¹ Arteaga Alvarado, María del Carmen, *op. cit.*, nota 412, p. 6; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 480, p. 125; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 139; Solorio Pérez, Óscar Javier, *op. cit.*, nota 80, pp. 239 y 240.

⁴⁹² Esta participación proporcional como contraprestación contractual por la cesión o licencia, no debe confundirse con el derecho de regalías por comunicación pública previstas en el artículo 26 bis de la LFDA, el cual se explica *infra* el apartado “d” del presente capítulo.

⁴⁹³ Como excepción, la LFDA permite pactar plazos mayores a 15 años “cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique”. Asimismo, hay casos especiales en que, sin romper la regla de la onerosidad y sin dispensar la existencia de un plazo, el contrato podrá tener una duración mayor a los 15 años, como sucede con el contrato de edición literaria (artículo 43 de la LFDA) o los programas de computación (artículo 103 *in fine* de la LFDA).

⁴⁹⁴ De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 480, p. 128; y Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 278 y 279.

⁴⁹⁵ Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 208, pp. 127 y 128; Borghi, Mauricio, y Montagnani, María Lillà, *op. cit.*, nota 474, p. 254; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, pp. 26 y 29; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 105; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*,

gación de explotación de la obra cuando el contrato es en exclusiva (artículo 35)⁴⁹⁶, nulidad del pacto de no creación de obra (artículo 34),⁴⁹⁷ principio *in dubio pro auctore* (expreso en el artículo 83 bis para contratos de encargo de obra, e implícito en los demás casos),⁴⁹⁸ nulidad del pacto de transmisión global de obra futura (artículo 34),⁴⁹⁹ entre otros.

Empero, y a pesar que LFDA es muy tuitiva del autor en varias de sus normas contractuales, no contempla (al menos expresamente) varios mecanismos de protección en las relaciones contractuales que sí existen en otros países, como la acción de remuneración no equitativa, la prohibición de cesión para modalidades de explotación inexistentes al momento de celebrar el contrato, limitación al país de celebración del contrato ante la falta de pacto de ámbito territorial de la cesión, la obligación de que las contraprestaciones sean proporcionales a los ingresos de la explotación de la obra como regla general, etcétera.

Y además de las reglas generales de contratación, la ley contiene disposiciones especiales respecto de los siguientes contratos típicos: contrato de edición literaria, contrato de edición musical, contrato de representación escénica, contrato de radiodifusión, contrato de producción audiovisual y contratos publicitarios.

3. *Derechos de simple remuneración*

El tercer tipo de derechos de autor es el conocido como “derechos de remuneración” o “derechos de simple remuneración”. Como señalamos en el apartado V del presente capítulo, esta clase de derechos está adquiriendo una importancia creciente, aunque desafortunadamente la doctrina sobre los mismos no es comparable a la de los derechos morales o a la de los de explotación. No obstante, su estudio es, hoy por hoy, insoslayable. Esto en

nota 224, pp. 120 y 147; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 277; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 112.

⁴⁹⁶ Borghi, Mauricio, y Montagnani, Maria Lilla, *op. cit.*, nota 474, p. 255; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 29; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 148; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 280.

⁴⁹⁷ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 28; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 278.

⁴⁹⁸ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 28.

⁴⁹⁹ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 859; Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 27; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 106; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 224, p. 120; Evangelio Llorca, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 170; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 278; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 279; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 22, p. 116.

virtud de que —aunque parezca obvio y algunos pretendan negarlo— existen, es decir, están en la ley y en los tratados.

Estimamos que no se puede desconocer que, considerados como derechos subjetivos, los derechos de remuneración tienen una estructura diferente de los derechos morales y de los derechos de explotación, lo que impide asimilar al primero con los últimos.⁵⁰⁰ En efecto, como se verá a continuación, los derechos morales y de explotación se caracterizan por ser derechos exclusivos, rasgo que no aparece en los derechos de simple remuneración.

De hecho, como ya se dijo, el Pleno de la SCJN en jurisprudencia por contradicción, reconoció la existencia de derechos de remuneración en la LFDA y los diferenció de los derechos de explotación y morales.⁵⁰¹ Asimismo, un sector de la doctrina mexicana (quizá todavía no mayoritario) ha puntualizado las diferencias de los derechos de simple remuneración y su fundamento en la LFDA.⁵⁰² Y es que la categoría de los derechos de remuneración no ha sido pacífica en nuestro país. Esto se debe en parte a que, como bien apunta Sara Martín Salamanca,⁵⁰³ no existe un concepto legal de “derecho de remuneración”,⁵⁰⁴ sino que: “Como fenómeno jurídico ha

⁵⁰⁰ A veces se dice que los derechos de remuneración son derechos patrimoniales. Tal afirmación es válida si por “derechos patrimoniales” entendemos “derechos de contenido económico”. Pero no vale si —como lo hace el artículo 24 de la LFDA— por “derechos patrimoniales” entendemos “derechos de explotación” (pues estos son derechos *exclusivos*, que además tienen contenido económico).

⁵⁰¹ *Cfr.* “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

⁵⁰² 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, pp. 18-26; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Meade Hervert, Oliver, *op. cit.*, nota 324, p. 205; Sánchez Ambia, León Felipe, *op. cit.*, nota 412, p. 6; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 155-162; Schmidt, Luis C., “Court fails to answer remuneration questions”, *Managing IP*, Reino Unido, 2005, p. 25.

Garza Barbosa también considera que en México hay derechos de remuneración, refiriéndose concretamente al derecho de regalías por comunicación pública (vinculándolo al derecho de remuneración de los artistas), pero sin explicar sus diferencias con el derecho de explotación. *Cfr.* Garza Barbosa, Roberto, “The philosophical approaches to intellectual property and legal transplants. The Mexican Supreme Court and NAFTA article 1705”, *Houston journal of international law*, vol. 31, núm. 3, 2009, p. 547.

⁵⁰³ Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2004, p. 43.

⁵⁰⁴ Aunque como ya vimos (*supra* subcapítulo V, del presente capítulo), algunas leyes ya reconocen expresamente una tercera categoría de derechos que no embonan dentro de los morales, ni dentro de los de explotación.

sido identificado por la doctrina, pero sus perfiles como categoría con autonomía requieren una labor de (re-) construcción inductiva, a partir de los textos legales”.⁵⁰⁵

Tema diferente al estructural, es el relativo a en qué casos deben otorgarse derechos de remuneración. Aquí ya no se responde a la pregunta ¿qué son los derechos de remuneración?, sino la cuestión de ¿cuándo deberían existir derechos de remuneración? Íntimamente relacionado con este punto, está lo relativo a la política legislativa de cómo hacer que interactúen los derechos de remuneración con los derechos de explotación. Estas cuestiones exceden por mucho las pretensiones del presente apartado, por lo que no las abordaremos aquí.

A continuación procederemos a caracterizar este tercer tipo de derechos, y a explicar brevemente su distinción con los derechos de explotación.

A. Caracteres

El rasgo esencial de los derechos de remuneración es su carácter no exclusivo: son derechos que no permiten controlar los usos de las obras, sino sólo obtener ciertas cantidades de dinero cuando se realicen ciertas utilidades previstas por ley. Esto nos lo pone de relieve Germán Bercovitz, cuando afirma:

Tales derechos de simple remuneración se caracterizan porque, a diferencia de los derechos exclusivos, no permiten controlar los usos de la obra. Lo único que permiten al autor es el cobro de determinadas cantidades cuando se produzcan determinadas utilidades de la obra. Pero sin que tenga capacidad de control o decisión alguna sobre las mismas.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 522, p. 43.

⁵⁰⁶ Bercovitz, Germán, “Tema 5: El derecho de participación y el derecho de remuneración por copia privada”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 127.

Por su parte, Gutiérrez Vicén explica lo siguiente respecto de los derechos de remuneración: “Esta denominación quiere expresar que, así como el derecho a explotar la obra en cualquiera de sus formas es un derecho exclusivo o discrecional del autor, para el que goza de amplias facultades, en el caso de los ‘derechos de simple remuneración’ el autor no puede autorizar o prohibir determinadas actividades en las que se vea afectada su obra, si bien dispone del derecho a recibir una retribución que le compense por estos usos”. Gutiérrez Vicén, Javier, “Otros derechos” en VV.AA., *El futuro de la creación*, Madrid, Fundación Arte y Derecho / Trama, 2003, p. 102.

En términos similares, véase Casas Vallés, Ramón, “Comentario al artículo 24”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Tecnos, 1997, pp. 486 y 487; Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 259 (con especial

O como indica Martín Salamanca: “supuestos, en que se retribuye una utilización del objeto protegido que es más o menos independiente de la voluntad del titular-acreedor”.⁵⁰⁷ Así las cosas, mientras que, como consecuencia del *ius prohibendi*, los derechos de explotación facultan para autorizar o prohibir ciertos usos de las obras, los derechos de remuneración no sirven para tal fin, sino sólo para hacer exigibles ciertas cantidades de dinero.

En otro orden de ideas, y dada su peculiar naturaleza, los *derechos de remuneración* están integrados por dos aspectos o dimensiones (de ahí que los alemanes hablen de una *Doppelnatur*): el derecho abstracto *a ser remunerado* y el derecho *a la remuneración*.⁵⁰⁸

El *derecho a ser remunerado* es la dimensión abstracta o genérica a obtener una remuneración siempre que se realicen ciertas utilidades de las obras (*Stammrecht* o *Vergüingsbefugnis*),⁵⁰⁹ mientras que el *derecho a la remuneración* o derecho sobre la remuneración es el concreto e individualizado derecho de crédito frente a un sujeto determinado que es el que realizó un acto específico de utilización de la obra (*Vergütungsanspruch*).⁵¹⁰

En el *derecho de remuneración*, debe decirse que el *derecho (potencial)* a ser remunerado corresponde al sujeto que crea o realiza la prestación determinada desde ese instante. Por otro lado, será la verificación del supuesto de hecho legalmente tipificado la que dé origen al crédito singular (y, por tanto, al *derecho sobre la remuneración*). Hasta entonces, el titular no es acreedor de nada.⁵¹¹

Una vez pagado por el deudor el derecho a la remuneración (derecho de crédito) por la realización determinada utilización de la obra, se extingue

referencia al derecho de remuneración por copia privada); De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, pp. 77 y 78; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 18; Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 216, p. 55; Slemán Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, p. 162; y Serrano Gómez, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 46.

⁵⁰⁷ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 30. En este tenor, la citada jurista nos apunta que la categoría “derecho de remuneración” cobra valor por su oposición al “derecho de explotación”. *Ibidem*, p. 68.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 35, 69 y 70.

⁵⁰⁹ Sara Martín define a esta dimensión como “una facultad en estado abstracto o potencial, que la ley confiere a su titular, para exigir una prestación patrimonial (muchas veces por determinar), caso de verificarse ciertas utilidades de una obra o prestación protegida, señaladas legalmente”. Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 75.

⁵¹⁰ Véase por todo, *ibidem*, pp. 69 y 70.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 79.

De ahí que Casas Vallés nos diga que “la existencia del derecho es independiente de su activación”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, p. 486.

el concreto derecho a la remuneración correlativo a ese uso; pero el derecho abstracto a ser remunerado sigue vigente (pues el pago del crédito no lo agota), por lo que si en el futuro se genera otra utilización de la obra (hecha por el mismo o por otro usuario), nacerá un nuevo derecho a la remuneración que, a su vez, se extinguirá con el respectivo pago.

Así, con base en un mismo derecho a ser remunerado pueden generarse tantos de derechos a la remuneración, cuantas utilizaciones de obras puedan realizarse durante la vigencia del derecho abstracto a ser remunerado. De ahí la importancia de distinguir las dos dimensiones de los derechos de simple remuneración.

En fin, cabe destacar que los derechos de remuneración suelen ser configurados en forma tuitiva mediante una indisponibilidad voluntaria por parte del autor, de manera que sólo es factible su transmisión *mortis causa*.⁵¹² Esta garantía de indisponibilidad es explicada por Sara Martín Salamanca afirmando que es “una medida de aseguramiento o protección frente al despojo, vía contractual, del derecho a la percepción, abstractamente concebido”.⁵¹³

B. Derechos reconocidos en la legislación mexicana

A diferencia de lo que sucede con los derechos de explotación, los derechos de remuneración suelen preverse en la ley en forma taxativa,⁵¹⁴ por lo que hay que analizar el texto de la LFDA para poder saber qué derechos de remuneración se encuentran previstos en ese ordenamiento.

De una revisión de la LFDA, podemos concluir que, en materia de derechos de autor, se contemplan dos derechos que estructuralmente pueden ser considerados como derechos de remuneración: el derecho de regalías por comunicación pública y el *droit de suite*.⁵¹⁵

⁵¹² Empero, y en un criterio bastante cuestionable, el Pleno de la SCJN dictó una jurisprudencia sobre un derecho de remuneración (el de regalías por comunicación pública), en la que señaló que este derecho, a pesar de ser irrenunciable, sí puede transmitirse por actos entre vivos, alegando que los jueces no pueden legislar y que si el legislador no atribuyó la característica de intransmisibilidad *inter vivos*, el juzgador no podía reconocerla. *Cfr.* la jurisprudencia de rubro “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. ES TRANSMISIBLE A TERCEROS EN VIDA DEL AUTOR”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, México, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 7.

⁵¹³ Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, nota 533, p. 106.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁵¹⁵ Puede argumentarse que la “remuneración compensatoria” a la que se refiere el artículo 147 de la LFDA es susceptible de calificarse como un derecho de simple remuneración,

a. Derecho de regalías por comunicación pública

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 26 bis de la LFDA, y faculta al autor (o en su caso, al causahabiente de este derecho⁵¹⁶) a cobrar una regalía cada vez que se hagan actos de comunicación pública de la obra. Veamos a continuación los elementos que integran esta obligación de pagar regalías por comunicación pública.

La *f fuente* de esa obligación es la ley, concretamente, el texto del artículo 26 bis de la LFDA. El *hecho generador* de la obligación, como se mencionó, es un acto de comunicación pública. El *deudor* es la persona que realice el acto de comunicación pública; mientras que el *acreedor* es el autor o su causahabiente (tanto *inter vivos* como por causa de muerte, según la SCJN,⁵¹⁷ estando facultado el autor para cobrar el adeudo directamente o a través de una sociedad de gestión colectiva que lo represente. Una vez nacida la obligación de pagar, el *monto* debe cuantificarse según acuerdo entre deudor y acreedor, y falta de acuerdo, conforme a las tarifas generales publicadas en el *DOF* por la autoridad administrativa.

El artículo 26 bis de la LFDA califica al derecho como irrenunciable, pero nada dice sobre la posibilidad de transmitirlo. La Segunda Sala de la SCJN determinó que se trataba de un derecho intransmisible por actos en-

tanto el autor sólo está facultado para recibir esa cantidad de dinero, pero sin poder controlar los usos de su obra.

Si bien tal argumento no es del todo descabellado, tenemos al menos tres razones para no incluir tal “remuneración compensatoria” en el listado de derechos de simple remuneración y no tratarlo aquí conjuntamente con el *droit de suite* y el derecho de regalías por comunicación pública, a saber:

a) Porque esa “remuneración compensatoria” se tiene que pagar como consecuencia de una determinación de la administración pública, mientras que en los otros casos la determinación viene del legislador;

b) No comparte la doble dimensión de todo derecho de remuneración, en tanto en este caso no se presenta el derecho abstracto a ser remunerado (*Stammrecht* o *Vergüingsbefugnis*), sino que desde el principio hay un derecho de crédito individualizado contra un deudor, es decir, el derecho a la remuneración (*Vergütungsanspruch*); y

c) Principalmente, porque al derivarse tal pago de una *licencia obligatoria* (en la que la administración pública se pone en la posición del titular del derecho de explotación y emite su voluntad para conceder una autorización particular), su naturaleza está más cercana a la de una contraprestación contractual, que a la de una remuneración surgida de una obligación general fijada *ex lege*.

⁵¹⁶ Aunque el texto del artículo 26 bis habla del autor “y” su causahabiente, tanto la Primera Sala (amparos en revisión 45/2005, 581/2005 y 58/2006) como la Segunda Sala de la SCJN (amparo en revisión 105/2005) coincidieron en que debe prevalecer una interpretación jurídica por encima de una textual, de manera que debe entenderse que el derecho puede ejercerse por el autor “o” su causahabiente, según quién sea el titular del derecho.

⁵¹⁷ *Cfr.* la nota 542 del presente capítulo.

tre vivos (amparo en revisión 105/2005), mientras que la Primera Sala lo consideró transmisible *inter vivos* sin siquiera diferenciarlo de los derechos de explotación (amparos en revisión 45/2005, 581/2005 y 58/2006). La mayor parte de la doctrina que se pronunció sobre el tema, coincidió en que se trata de un derecho intransmisible *inter vivos*,⁵¹⁸ pero al resolver la contradicción de tesis 25/2005 el Pleno de la SCJN determinó, por votación de 5 contra 4, que sí era admisible la transmisión entre vivos. Sin embargo, la sentencia no es muy clara en relación a si esa posibilidad de transmitir se refiere al concreto y particular derecho a la remuneración (derecho de crédito) o al derecho a ser remunerado (derecho abstracto).

No debe confundirse el derecho de regalías por comunicación pública con la facultad de comunicación pública del derecho de explotación (o derecho patrimonial de comunicación pública), pues mientras la segunda facultad para autorizar o prohibir los actos de comunicación pública de la obra, el primero sólo permite cobrar regalías por los actos de comunicación pública, pero sin que se tenga el poder de controlar tales actos de explotación.⁵¹⁹ Nuestra LFDA confiere simultáneamente al autor el derecho de regalías por comunicación pública y la facultad de comunicación pública del derecho de explotación, lo cual no es lo más ortodoxo⁵²⁰ e incluso podría ser criticable como política legislativa,⁵²¹ más eso no le quita al derecho de regalías por comunicación pública su carácter de derecho de simple remuneración.

De igual forma, no debe confundirse el derecho de regalías por comunicación pública con las contraprestaciones contractuales por cesión o

⁵¹⁸ Cfr. Marín López, Juan José, “Derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año V, núm. 18, 2005, p. 23 (quien señala que a pesar de que el artículo 26 bis de la LFDA no se pronuncia sobre ese punto, se inclina a pensar que no es transmisible *inter vivos*); Meade Hervert, Oliver, *op. cit.*, nota 324, p. 205; Sleman Valdés, Ivonne, *op. cit.*, nota 337, pp. 159 y 160. En particular, esta última jurista indica que: “lo que se trató de regular en la reforma a nuestra Ley, era precisamente eso, que el derecho era para el autor y no transmisible por actos *inter vivos*, sino únicamente *mortis causa*”. *Ibidem*, p. 160.

⁵¹⁹ Sobre esta distinción, Cfr. Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 21.

Véase también, Segunda Sala de la SCJN, “REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 404.

⁵²⁰ Por ejemplo, véase Delgado Porras, Antonio, “La categoría de los ‘derechos de autor a una remuneración equitativa’” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. 2, p. 222.

⁵²¹ En nuestra opinión, hubiera sido mejor que el legislador dispusiera que este derecho sólo debería operar cuando el autor estuviera impedido para controlar los actos de comunicación pública de su obra (por ejemplo, si cedió en exclusiva la facultad de comunicación pública del derecho de explotación o si es afectado por una presunción legal de cesión).

licencia de algunas modalidades del derecho de explotación. Dado el carácter oneroso de los contratos sobre derechos de explotación (artículo 30 de la LFDA), a cambio de la autorización concedida por el autor se le debe pagar al autor una cantidad fija o una participación proporcional (artículo 31 de la LFDA); esta obligación de pago tiene origen contractual (a diferencia del derecho del artículo 26 bis, que tiene origen legal)⁵²² y surge por acuerdo de voluntades (mientras que el derecho del artículo 26 bis nace sin importar la voluntad del autor o del deudor).

En otro orden de ideas, no está de más decir que la expresión “regalías” suele usarse en el mundo de los derechos de autor para indicar una cantidad de dinero a cambio de una autorización de uso basada en un derecho; la esencia de esta clase de regalías es que son *contraprestaciones contractuales*, es decir, cantidades que se deben pagar como consecuencia de así haberse pactado en un acuerdo de voluntades (por eso se ha criticado la utilización del término “regalías” para el derecho de remuneración en comentario). De esta forma, la clave para poder distinguir las regalías contractuales y las regalías por comunicación pública está en la fuente y hecho generador de la obligación de pago, ya que mientras en las regalías por comunicación pública la fuente es la ley y el hecho generador es un acto de comunicación pública, en las regalías contractuales la fuente es un contrato y de él se deriva que tal regalía es una prestación a cambio de otro beneficio contractual (cesión o licencia de un derecho de explotación)

b. Droit de suite

El también conocido como derecho de participación, de seguimiento, de continuación o de plusvalía, es aquel que faculta al autor (o a sus sucesores *mortis causa*) para cobrar un porcentaje del fruto de toda reventa del soporte original de obras visuales y manuscritos de obras, que se lleve a cabo en subastas, en establecimientos mercantiles o con la intervención de un intermediario.⁵²³ Este derecho está previsto en el artículo 92 bis de la LFDA.

⁵²² Mientras que en el artículo 26 bis de la LFDA las regalías deben pagarse “por la comunicación o transmisión pública de una obra” (y no por haber celebrado un contrato), el artículo 31 de esa ley prevé una cuestión diferente, una contraprestación por la “transmisión de derechos patrimoniales”.

⁵²³ Caballero Leal, José Luis, *op. cit.*, nota 212, p. 18; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 91; Cué Bolaños, Angelina, “La inclusión del derecho de participación en la ley autoral mexicana”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año III, núm. 10, octubre-diciembre 2003, p. 15; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 212; Ortega Doménech,

Como se aprecia, el *droit de suite* es un derecho de remuneración,⁵²⁴ en tanto sólo faculta para hacer ciertos cobros, pero no para controlar la explotación de la obra, y mucho menos para impedir la reventa del soporte material (pues esto es objeto del derecho real de propiedad).

Al igual que el derecho de regalías por comunicación pública, en el *droit de suite* la fuente de esa obligación es la ley. El hecho generador de la obligación es la reventa del soporte material original de la obra, siempre que se realice en pública subasta, establecimiento mercantil o con la intervención de comerciante o agente mercantil. El *deudor* del crédito es el vendedor y (hasta ese momento) propietario del ejemplar de la obra; mientras que el *acreedor* es el autor o su causahabiente *mortis causa*, pudiéndose servir de una sociedad de gestión colectiva para la realización de los cobros. El *monto* será el que determine el INDA mediante las tarifas que publique en el DOF, seguido el procedimiento de fijación de tarifas previsto en el artículo 212 de la LFDA.

El artículo 92 bis, fr. II, de la LFDA, no sólo califica al *droit de suite* como irrenunciable, sino expresamente como intransmisible por actos *inter vivos*, como también lo hace el Convenio de Berna. La doctrina reconoce que si este derecho pudiera renunciarse o transmitirse quedaría totalmente desvirtuada su finalidad tuitiva.⁵²⁵

Jorge, “El resurgimiento europeo del ‘droit de suite’ o derecho de participación en la reventa de obra plástica”, *Anuario de propiedad intelectual 2001*, Madrid, Reus, AISGE, 2002, pp. 258 y 259; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 22; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, p. 239; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 86, p. 146.

⁵²⁴ Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor como un derecho privado de interés público” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Bogotá, Temis, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 399; Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, pp. 486 y 487; De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, nota 217, p. 227; Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 79; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 22; Schmidt, Luis C., *op. cit.*, nota 532, p. 26; Sleman Valdés, Ivonne, *El papel del Estado en la eficaz gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos. Comparativa internacional*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, p. 83.

⁵²⁵ Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 708; Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 228, p. 92; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, p. 215.

En términos similares, Angelina Cué afirma: “El carácter irrenunciable de esta prerrogativa evitará las temidas y comunes ‘cesiones’ de derechos, posibilitará que autores y herederos perciban un usufructo real sobre las obras que les pertenecen”. Cué Bolaños, Angelina, *op. cit.*, nota 553, p. 15.

Muy pertinente es la pregunta que se hace Casas Vallés, sobre la disponibilidad voluntaria del *droit de suite*: “si fuera disponible ¿cuántos artistas —y cuáles— llegarían a disfrutarlo? Si el derecho se admite, debe ser indisponible”. Casas Vallés, Ramón, *op. cit.*, nota 536, p. 487.

C. *Derechos no reconocidos por la legislación mexicana.*

En otros países existen derechos de simple remuneración no reconocidos en la LFDA; nos limitaremos a enunciar sólo dos de los más comunes: el derecho de remuneración por copia privada y el derecho de remuneración por alquiler.

Surgido en Alemania (cuya ley autoral lo clasifica como *Sonstige Rechte des Urhebers*), el llamado derecho de remuneración “compensatoria” por copia privada deriva directamente de una restricción al derecho de explotación, y puede ser definido de la siguiente manera:

El derecho de remuneración compensatoria por copia privada faculta a su titular para recibir una cantidad equitativa sobre determinadas reproducciones de sus obras. Es decir, se trata de compensar al autor intelectual por las pérdidas que la realización de copias privadas sobre su obra le ocasionan.⁵²⁶

Al explicar la facultad de reproducción del derecho de explotación (*supra* apartado “aa” de este capítulo), vimos que se trata de un derecho que permite, *prima facie*, autorizar o prohibir cualquier reproducción de la obra; pero como se verá en el capítulo cuarto (apartado “d”), la facultad de reproducción comúnmente se sujeta a una restricción la cuál permite la realización de copias privadas, sin que esto pueda ser controlado mediante el derecho de explotación. Así las cosas, la realización de copias privadas es una actividad lícita y que no viola el derecho de explotación, aunque suele generar pérdidas a los autores y a las industrias culturales, por lo que se les suele otorgar un derecho de remuneración para paliar los efectos negativos de carácter económico que les generan las copias privadas.⁵²⁷ Al ser un derecho de remuneración, su titular no podrá prohibir la realización de copias privadas, pero sí podrá cobrar un crédito a quienes comercialicen aparatos reproductores y/o soportes vírgenes.⁵²⁸

⁵²⁶ Serrano Gómez, Eduardo, *op. cit.*, nota 536, p. 167.

En igual sentido, *cf.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, p. 78; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 57; Pastrana Berdejo, Juan David, *op. cit.*, nota 207, pp. 247 y 248.

⁵²⁷ Sobre el fundamento y propósito del derecho de remuneración por copia privada, véase Barzallo, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 259; Bugallo Montaña, Beatriz, *op. cit.*, nota 221, p. 737; De Fuentes Bardají, Joaquín, “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando en la materia” en VV.AA., *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la propiedad intelectual*, Madrid, Ministerio de Cultura de España, 1995, pp. 67 y ss.; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 91; Serrano Gómez, Eduardo, *op. cit.*, nota 536, pp. 172 y ss.

⁵²⁸ Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 4, pp. 241 y 243; Mora Rodríguez, Brenda Andrea, *op. cit.*, nota 532, p. 63; Rodríguez Tapia, José Miguel, “Comentario al artículo 25” en Bondía

El derecho de remuneración por copia privada no se encuentra previsto en nuestra LFDA, a pesar de que el legislador de 1996 intentó regular este derecho,⁵²⁹ y a pesar que de vez en cuando surgen iniciativas de ley para incluirlo.

Por cuanto hace al derecho de remuneración por alquiler, podemos decir que es un derecho muy común en la Europa comunitaria, en tanto existe una directiva que lo prevé en forma obligatoria,⁵³⁰ amén de estar mencionado expresamente en los artículos 7.3 del TODA y 14.4 del ADPIC.

El derecho de remuneración por alquiler tiene un alcance distinto, dependiendo del país donde se regule. Por ejemplo, en la Unión Europea se otorga sólo a autores y artistas cuando hayan cedido su derecho de explotación a un productor audiovisual o fonográfico, y los faculta a cobrar una regalía por cada acto de renta de un soporte material de la obra audiovisual o del fonograma.⁵³¹ En cambio, en países como Japón, después de un año de la comercialización desaparecen los derechos exclusivos para controlar la renta de fonogramas, subsistiendo sólo derechos de remuneración para cobrar dinero por los actos de arrendamiento.⁵³² Si bien en Japón estamos ante un caso de derechos conexos y no de derechos de autor,⁵³³ resulta interesante contrastar su derecho de remuneración con el europeo, pues mientras en el país asiático el derecho de remuneración aparece luego de agotado el derecho de explotación (que tiene una cortísima duración), en la Unión Europea conviven el derecho de explotación (que pertenecerá al

Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 144 y 145.

⁵²⁹ Con gran torpeza, el legislador trató de incluir este derecho en el artículo 40 de la LFDA. Aunque el resultado de esa disposición no puede ser considerado un derecho de remuneración por copia privada, en tanto la copia privada tiene como presupuesto la *licitud* de la reproducción al amparo de una restricción (en este caso, del artículo 148 fr. IV de la LFDA), y lo que nos plantea el artículo 40 es un hecho *ilícito* que no está bajo el cobijo de una restricción al derecho de explotación.

⁵³⁰ artículo 4o. de la directiva 92/100/CCE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Directiva publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 27 de noviembre de 1992.

⁵³¹ Véase el artículo 4.1 de la mencionada directiva; y *cf.* Rodríguez Tapia, José Miguel, *op. cit.*, nota 336, pp. 329-331.

⁵³² Véase los artículos 95 Ter.3 y 97 Ter.3 de la legislación autoral nipona; y *cf.* Ficsor, Mihály, *op. cit.*, nota 290, p. 490. De ahí que el TODA y el ADPIC dispensen la obligación de otorgar derechos exclusivos para controlar el arrendamiento, si antes de su celebración el país signante contemplaba un derecho de remuneración por alquiler.

⁵³³ Los derechos de simple remuneración tienen, desde el artículo 12 de la Convención de Roma, larga tradición en materia de derechos conexos.

productor) y el derecho de remuneración (del que se benefician autores y artistas) siempre que autores y artistas hayan transmitido su derecho de explotación a los productores.

D. Tipos de derechos de remuneración

Antonio Delgado Porras clasifica los derechos de simple remuneración en aquellos que proceden de una licencia legal (casos en que el legislador autoriza usos de obras que, en principio, estarían prohibidos), y aquellos que entran en el “sistema de participación” (*tantiemem system*) que busca asegurarle al autor la percepción de los rendimientos derivados de la utilización económica de su obra, la cual se da fuera del alcance de su derecho de explotación.⁵³⁴ Si bien los derechos de remuneración pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, el utilizado por Delgado nos sirve, en tanto nos demuestra que no sólo son derechos de remuneración los que vienen de la mano de una restricción al derecho de explotación (como la remuneración por copia privada), sino también aquellos que permiten al autor participar de las ganancias que genere su obra (que es precisamente el caso de los derechos previstos en la LFDA: el *droit de suite* y el derecho de regalías por comunicación pública).⁵³⁵

Con esto terminamos la exposición de los aspectos básicos de los derechos de autor (particularmente del derecho de explotación), lo que nos permitirá pasar al siguiente capítulo para analizar como interactúan estos derechos intelectuales y los derechos humanos.

⁵³⁴ Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 316, pp. 77 y 78.

⁵³⁵ En este sentido, respecto a los derechos de remuneración previstos por ley (*statutory remuneration rights*), Von Lewinski afirma: “They may be self-standing, such as the resale right (*droit de suite*) and the public lending right, or provided in context with restrictions of rights”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 171, p. 55.