

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El presente trabajo está integrado por cinco capítulos. En el primero se estudian las generalidades de los derechos fundamentales a la luz del neoconstitucionalismo. Esto tiene varias finalidades: (a) proporcionar un marco teórico y conceptual para la investigación, en especial a la luz de las doctrinas más contemporáneas, sobre todo porque en México, desde 2011, tuvimos una importante reforma en materia derechos humanos, cuya eficacia exige superar la visión arcaica de las “garantías individuales”, basada en doctrinas que se estancaron en la segunda mitad del siglo XX; (b) explicar una herramienta que será central para nuestra propuesta de solución del problema: el principio de proporcionalidad; (c) familiarizar a los expertos en derecho intelectual con diversos conceptos constitucionales que no suelen manejar en su materia y que servirán para comprender las tesis que aquí se proponen; y (d) demostrar que en la familia jurídica neorromanista hay instrumentos flexibles que nos pueden ayudar a encontrar soluciones, y que nos permiten alejarnos de algunos postulados clásicos de los derechos de autor, sin tener que recurrir a categorías propias de la familia del *common law*.

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

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

En el cuarto capítulo estudiamos las restricciones a los derechos de explotación de los autores (terminología que justificamos como la más adecuada para referirse a lo que, tradicionalmente, se conoce como “limita-

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

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

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

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

Antes de continuar, hay que hacer unas cuantas advertencias respecto al uso de las fuentes en la presente investigación: al citarse las páginas web se menciona la fecha de consulta en Internet (no la de publicación). Asimismo, para no abultar el apartado de fuentes al final de este trabajo, se excluyen

INTRODUCCIÓN

XLI

las fuentes que no se obtuvieron directamente (sino por referencia cruzada). Con el mismo propósito, en dicho apartado, tratándose de compilaciones de estudios, sólo se cita la compilación como tal, si a lo largo de la investigación hay referencias a varios de los trabajos que contiene (al contrario: sólo se citan trabajos en lo individual cuando no se utilizan otros de la misma compilación).

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

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

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