



REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

Monografías

La Ética de la Hermenéutica Analógica

Profesor Jacob Buganza

El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en el Sistema Interamericano

Doctora María Mercedes Albornoz

Derecho de Autor y Diversidad Cultural

Profesora Delia Lipszyc

Estudio Comparado de las Excepciones a los Derechos Exclusivos del Autor o Titular del Derecho en los Sistemas de Derecho de Autor y Copyright

Licenciada Brenda Carolina González Pineda

Artículos

Ron Añejo de Nuevo Sabor: TRIPs. Análisis del Caso 'Havana Club' y la Amenaza Internacional de Propiedad Intelectual

Licenciado Daniel James Perez

La Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales en el Caso de Irak

Licenciada Dorisled Martínez Mabarak

La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa: la Coexistencia ¿Problemática? de dos Sistemas

Licenciado Eduardo Román González

Mayo de 2007

Número 16

CAMPUS
MONTERREY

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 16

MAYO DE 2007

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey

Dr. Salvador Treviño Martínez
Director de la División de Administración y Finanzas DAF

Dr. Osmar Zavaleta Vázquez
Director del Área de Negocios y Derecho de la DAF

Lic. Marlon Omar López Zapata
Director del Departamento de Derecho

Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala
Directora de la Carrera de Derecho

Dr. Roberto Garza Barbosa
Editor de la Revista Jurídica IUSTITIA

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 16

MAYO DE 2007

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Donato Cárdenas Durán (ITESM)
Dr. Christopher Cotropia (Richmond, EUA)
Dr. Martin Davies (Tulane, EUA)
Dra. Ángela Figueruelo Burrieza
(Universidad de Salamanca, España)
Dr. Joel Friedman (Tulane, EUA)
Dr. Héctor Alejandro González Hernández (ITESM)
Dr. Sergio Elías Gutiérrez Salazar (ITESM)
Dr. Lucio Pegoraro (Universidad de Bolonia, Italia)
Dr. Pedro Serna (Universidad de A Coruña, España)
Dr. Edward Sherman (Tulane, EUA)
Dr. Pedro Torres Estrada (ITESM)
Dr. Luis Eduardo Zavala DeAlba (ITESM)
Dr. Stephen Zamora (Universidad de Houston, EUA)
Lic. Jacob Buganza (ITESM)
Lic. Gabriel Cavazos Villanueva (ITESM)
Lic. Julio César Cruz Chavira (ITESM)
Lic. César De la Garza Gutiérrez (ITESM)
Lic. Rogelio Lozano De León (ITESM)

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

D.R. © 2006 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, N.L. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en esta revista, son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos.

ISSN: 1870-6827

Para mayor información, visite: <http://daf.mty.itesm.mx/iustitia>

Correo electrónico del editor: rgb@itesm.mx

IUSTITIA

NÚMERO: 16

MAYO DE 2007

Presentación de la Edición	9
Doctor Roberto Garza Barbosa	
Monografías	
La Ética de la Hermenéutica Analógica	11
Profesor Jacob Buganza	
El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en el Sistema Interamericano	71
Doctora María Mercedes Albornoz	
Derecho de Autor y Diversidad Cultural	143
Profesora Delia Lipszyc	
Estudio Comparado de las Excepciones a los Derechos Exclusivos del Autor o Titular del Derecho en los Sistemas de Derecho de Autor y Copyright	155
Licenciada Brenda Carolina González Pineda	
Artículos	
Ron Añejo de Nuevo Sabor: TRIPs. Análisis del Caso ‘Havana Club’ y la Amenaza Internacional de Propiedad Intelectual	255
Licenciado Daniel James Perez	

La Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales en el Caso de Irak	273
Licenciada Dorisled Martínez Mabarak	
La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa: la Coexistencia ¿Problemática? de dos Sistemas	291
Licenciado Eduardo Román González	
Normas Editoriales	313
Lineamientos del Consejo Editorial	315

PRESENTACIÓN

Hace casi seis años se editó por primera vez la revista jurídica *IUSTITIA*. Continuamente, se trabaja en su mejoramiento y consolidación, incrementando su nivel académico, su nivel de impacto y su reconocimiento. Se ha indexado en varios sistemas electrónicos de búsqueda para poder medir más fácilmente su nivel de impacto. En cuanto a su reconocimiento y prestigio, se fundamenta en buena medida en la evaluación objetiva que realiza su Consejo Editorial de todas y cada una de las investigaciones que se someten al mismo. En nuestro caso, el mismo está conformado por reconocidos académicos de nivel internacional.

Además, la revista cuenta con una mayor distribución y un sistema de intercambios apoyado por la Biblioteca de nuestra Institución. Con esto se logra llegar a más universidades extranjeras, así como nacionales. En nuestra nueva página de Internet, <http://daf.mty.itesm.mx/iustitia>, el lector podrá encontrar información de la revista. Recuerde que la invitación para escribir en la revista está siempre abierta. Son bienvenidos sus escritos, los criterios de evaluación se encuentran en la propia página de Internet.

Lo más importante de todo, lo encontrará el lector en las páginas que conforman este número. Investigaciones de excelente calidad, escritas por reconocidos juristas y académicos nacionales y extranjeros. En este número encontrará temas de filosofía del derecho, propiedad intelectual, derecho

internacional y derecho comparado. Espero que el mismo le sea enriquecedor y le parezca interesante.

Dr. Roberto Garza Barbosa
Editor de la Revista Jurídica *IUSTITIA*
Correo electrónico: rgb@itesm.mx
SSRN: <http://ssrn.com/author=661988>

LA ÉTICA DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA

Jacob Buganza¹

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se pretenderá mostrar la configuración de la ética proveniente de la hermenéutica analógica. Para ello será necesario revisar qué ha dicho el iniciador de la hermenéutica analógica, Mauricio Beuchot, acerca de la ética que proviene de su modelo de interpretación, pero completándolo con el pensamiento de otros autores que, aunque no escriban explícitamente sobre ética hermenéutico-analógica, podrán ayudar a aclarar algunos de los conceptos que el coahuilense utiliza².

El camino será el siguiente: se establecerán tres momentos de la reflexión ética de Beuchot, aunque de los últimos dos se hablará conjuntamente. Después de hablará de la actitud hermenéutica y de la necesidad de una metafísica; a partir de ahí se podrá plantear el concepto de universal y, después, el de universal analógico. Los universales requieren de una posición ontológica, y por ello habrá de verse cuál es la que más le conviene (nuevamente aparece la necesidad de la metafísica, como se apreciará). Vendrá después algo universal, a saber, la naturaleza humana y su dignidad.

¹ Licenciado en Filosofía por el Seminario Arquidiocesano de Xalapa y Maestro en Estudios Humanísticos por el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Profesor de humanidades en el Tecnológico de Monterrey, Campus Central de Veracruz. Correo electrónico: jbuganza@itesm.mx.

² Para un acercamiento a la hermenéutica analógica de Beuchot, puede consultarse: BUGANZA, Jacob, *Ensayos sobre la hermenéutica analógica* (Prólogo de Mauricio Beuchot), Ediciones del Ayuntamiento de Orizaba, Orizaba, 2006, 181 pp.

Posteriormente se hablará de algunos otros puntos esenciales de la ética de la hermenéutica analógica, como son el planteamiento de pocos principios, la importancia de la simbolicidad/iconicidad en la virtud, así como la apertura al diálogo de esta ética, así como de sus limitaciones naturales, pues la ética siempre será un conocimiento claroscuro.

2. ¿QUÉ HA ESCRITO BEUCHOT SOBRE LA ÉTICA DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA?

Lo primero que hay que decir es que Beuchot ha escrito mucho sobre ética. Sin embargo, no siempre lo ha hecho a partir de la hermenéutica analógica, sino que su reflexión se ha ido enriqueciendo a lo largo de diversos momentos o etapas.

Puede decirse que su reflexión sobre el tema se ha desarrollado en tres etapas, aunque sin perderse o separarse de manera clara o nítida. La primera ha sido su preocupación por la fundamentación filosófica de los derechos humanos, sin recurrir, de manera explícita, a la hermenéutica analógica que él ha propuesto. En esta etapa Beuchot ha investigado y recuperado un gran número de tesis provenientes del tomismo, en especial de su fuente principal, a saber, santo Tomás de Aquino. También retoma un buen número de tesis de la filosofía analítica. De igual manera revalora algunas de las propuestas alrededor de los derechos humanos que se generaron durante la Conquista, en donde destaca claramente la figura de Bartolomé de las Casas.

Un segundo momento ha sido cuando Beuchot comienza a dar algunas líneas directrices sobre lo que sería una ética a partir de la hermenéutica analógica, cosa que se ve desde sus primeros libros consagrados a la nueva *koiné* de la posmodernidad, a saber, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, *Tratado de hermenéutica analógica* y, de manera no siempre tan explícita, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*. Ya en estos libros se muestra la preocupación por el replanteamiento de la ética, de una ética que evite el permisivismo posmoderno como el que describe la ética del poseder³.

³ Cf. BUGANZA, Jacob, “Ensayo histórico sobre la reflexión ética durante el siglo XX”, en: *Iustitia. Revista jurídica del Departamento de Derecho*, No. 16, ITESM Campus Monterrey, (2006), pp. 43-48.

Un tercer momento ha sido de desarrollo. Beuchot ha ensanchado su reflexión sobre la ética hermenéutico-analógica en numerosos artículos especializados y en libros consagrados. Entre estos últimos hay que recordar el reciente libro titulado simplemente *Ética* (2004) y, el todavía más cercano *Multiculturalidad y derechos humanos* (2005). A estos dos últimos momentos o periodos, Luis Eduardo Primo los engloba con el nombre de “periodo hermenéutico” dado que Beuchot considera que puede proponerse una ética hermenéutica, en el sentido de que la hermenéutica se entienda como una “disposición intelectual de comprender a través del interpretar, y de hacerlo partiendo de una filosofía-metodología de confluencia que se establece en las intersecciones de la realidad, y la interpretación que hacemos de ellas, para obtener significados que podamos elaborar”⁴. Esto es, la hermenéutica como filosofía-metodología que interpreta a partir de lo dado (es una ética realista, puesto que se ancla en el ser y, en concreto, en el ser humano) y elabora construcciones teóricas (filosóficas) que buscan tener un determinado alcance.

3. LA PRIMERA ETAPA: LA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CASO DE BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

En cuanto a la primera etapa o momento de la reflexión filosófica de Beuchot en torno a la ética (la fundamentación filosófica de los derechos humanos, como se dijo), las publicaciones han sido muchas y variadas. Beuchot ha publicado un buen número de artículos especializados, y una gran cantidad de libros al respecto. Entre estos últimos, pueden destacarse *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*⁵, *Filosofía y derechos*

⁴ PRIMERO, Luis Eduardo, “Presentación y análisis de la ética beuchotiana”, en: el mismo (coord.), *Significados y posibilidades de la hermenéutica analógica*, Asociación Filosófica de México/Primo Editores, México, 2005, pp. 87-88.

⁵ UNAM, México, 1995, 182 pp.

*humanos*⁶, *Derechos humanos. Historia y filosofía*⁷ y *Derechos humanos y naturaleza humana*⁸, entre otros trabajos.

Además, Beuchot ha sido uno de los pensadores que más ha rescatado la figura y la obra de fray Bartolomé de las Casas (entre los que también destacan José Alfredo Torres, Isacio Pérez Fernández y Gustavo Gutiérrez, entre muchos otros). Beuchot ha publicado varios artículos sobre Las Casas, y además tiene un libro consagrado a este dominico de tiempos de la Conquista. El libro lleva por título *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*⁹.

Comentar todos los trabajos que Mauricio Beuchot ha escrito en torno a la vida y obra de Bartolomé de las Casas se saldría de las proporciones de este texto. Sin embargo, en este momento sí se mostrarán algunas de las tesis de su libro anteriormente mencionado. Puede considerarse que el libro que se seguirá como fuente principal en este momento contiene en resumen el pensamiento que este importante filósofo mexicano ha desarrollado alrededor del tema de la primera etapa de su reflexión, que es la fundamentación filosófica de los derechos humanos (argumentación que tiene como base a Bartolomé de las Casas, pero que puede ser utilizada de una manera más general, es decir, como una fundamentación filosófica de los derechos humanos sin más).

Lo primero que puede decirse es que Beuchot utiliza el pensamiento de Bartolomé de las Casas para la fundamentación de los derechos humanos (entre otros, pues Beuchot sigue también en muchos momentos a santo Tomás, Francisco de Vitoria y Jacques Maritain, entre otros). En el caso de Las Casas tal fundamentación se enfocaba primordialmente a los derechos de los indios americanos, aunque parece que puede alargarse a una fundamentación filosófica propiamente dicha (entiéndase para *todos* los hombres)¹⁰. Sin

⁶ Siglo XXI Editores, México, 2001 (4a. ed.), 172 pp.

⁷ Fontamara, México, 2001 (2a. ed.), 165 pp.

⁸ Coautor con Javier Saldaña, UNAM, México, 2000, 195 pp.

⁹ Ánthropos, Barcelona –Bogotá, 1994.

¹⁰ ACOSTA, Hiraís, “La fundamentación filosófica de los derechos humanos en el pensamiento de Mauricio Beuchot”, en: CONDE GAXIOLA, Napoleón (comp.), *La Filosofía de los Derechos Humanos de Mauricio Beuchot. Exposiciones y Polémicas*, Primero

embargo, es necesario mencionar que Bartolomé no les llama a éstos derechos humanos, tal como se hace hoy, sino que él los llama derechos naturales, pues provienen de la naturaleza misma de la persona (para los escolásticos, la necesidad o lo natural engendra al derecho; en el caso del hombre, la naturaleza es la racionalidad. Resumiendo: lo que Bartolomé llama derecho natural es lo que hoy en día se conoce con el nombre de derechos humanos. Beuchot lo explica así: “Para Bartolomé de las Casas, en seguimiento de santo Tomás y Vitoria, el derecho natural es el fundamento en el que se basan los derechos humanos. Inclusive los que ahora llamamos “derechos humanos” (ya positivados) no serían para él otra cosa que la sanción que el derecho positivo hace de ese derecho natural”¹¹. Y es que siendo los europeos y los indios americanos miembros de la humanidad, puede seguirse que son iguales, entendida la igualdad desde el punto de vista de la esencia y no de los accidentes (pues las manifestaciones culturales, evidentemente, son diferentes por diversas razones)¹².

Para Bartolomé, también los indios americanos (como los europeos) están compuestos de un cuerpo y un alma espiritual, “de acuerdo con lo cual resulta una naturaleza humana a la que advienen ciertos predicados y propios que provocan deberes y derechos en el hombre”¹³. Esa naturaleza humana es, como ya lo enseñaba Aristóteles, la racionalidad; y esa racionalidad implica que el hombre tiene razón y que su apetito puede ser racional, es decir, voluntario. Por ello dice Beuchot que, para Las Casas, el hombre “tiene conocimiento racional y voluntad (apetito racional)”¹⁴. Pero Bartolomé no se queda allí, sino que sigue su razonamiento hasta sus últimas consecuencias, afirmando que el hombre es libre. “El ser humano ejerce su voluntad conforme

Editores, México, 2001, p. 23-25. Hay un libro anterior, de donde el autor extrae el citado artículo, que es *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en el pensamiento de Mauricio Beuchot*, Universidad Pontificia de México, 1997.

¹¹ BEUCHOT, Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, op. cit., p. 53.

¹² Cf. *Ibid.*, pp. 143-148.

¹³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

a la razón, y de esta conjunción de la razón y la voluntad –en la que la primera ilumina a la segunda- resulta la libertad, que es la voluntad ejercida de modo consciente y responsable”¹⁵. Esa libertad, en el pensamiento lascasiano, tiene muchas aplicaciones, desde la libertad para elegir a los gobernantes, como se verá enseguida, hasta la libertad para adoptar una religión.

Otro predicado principal, que constituye un *proprio* del ser humano (“propio” en sentido aristotélico-escolástico, es decir como uno de los predicables)¹⁶ es el atributo de la sociabilidad. El hombre es sociable por naturaleza porque sólo con los demás puede tener lo necesario para la vida humana. Finalmente, para Bartolomé, hay otro predicado fundamental que se deriva de los anteriores: la religiosidad, pues todo hombre está inclinado por naturaleza a la búsqueda de la verdad y a alcanzar el bien, y Dios mismo es la Verdad y el Bien Supremo o último¹⁷.

Con respecto a la sociabilidad, apunta Beuchot que es cosa natural al hombre “vivir en compañía de otros hombres, formando pueblos, ciudades, reinos, etc.”¹⁸. No hay que perder de vista que todo esto se aplica igualmente a los indios americanos, pues la defensa lascasiana propone que los hombres al formarse de esa manera (en pueblos, reinos, etc.), es natural que tengan gobernantes; y lo es también elegirlos (también puede aplicarse al caso del gobierno de uno solo). Y el gobernante, al ser erigido así (lícitamente), tiene derecho a juzgar, “y juzgar es determinar lo que es según derecho, lo cual se llama jurisdicción”¹⁹. Al gobernante legítimo le pertenece por derecho natural la jurisdicción. Aplicando esto al caso de los indios, puede decirse que ellos tenían legítimos gobernantes, y estos últimos, a su vez, legítima jurisdicción. Y no hay manera de justificar lícitamente el hecho de quitar a los indios sus

¹⁵ *Ibid.*, p. 35; Cf. *Ibid.*, p. 60.

¹⁶ Cf. BUGANZA, Jacob, *Fragmentos filosóficos* (Prólogo de J. B. Zilli), Ed. Verbum Mentis, Córdoba, 2004, pp. 179-181.

¹⁷ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

gobiernos, ni a estos últimos su jurisdicción. Por ello quitar los gobernantes lícitos es ir en contra del derecho natural.

En un artículo de 1969, el gran historiador Teófilo Urdanoz comentaba, con respecto a Las Casas, que este último tiene gran mérito por haber formulado el *principio de autodeterminación de los pueblos*, referente a la libertad que tienen las naciones para disponer de su soberanía, para oponerse a la “enajenación de vasallos y territorios que pretendían los encomenderos”. De igual manera, “Las Casas desarrolla sistemáticamente, fundándose en los principios del derecho natural y de gentes, los *principios democráticos* del poder político en sus *tres fases* o vertientes principales: Que el señorío y potestad de los reyes *tiene su origen en el pueblo*, y que de él deriva a los gobernantes por algún pacto o consentimiento voluntario de los súbditos; que su ejercicio tiene por *finalidad servir al pueblo*, el bienestar y prosperidad de los súbditos; y que las funciones de gobernación han de ejercerse también *a través de un control y consentimiento del pueblo* en los actos más importantes de gobierno”²⁰. Por eso Urdanoz dice que Las Casas fue un verdadero “batallador de la libertad de los pueblos indígenas (...) clamando siempre contra las injusticias de los colonizadores”²¹.

Puede decirse que, para Mauricio Beuchot, Bartolomé de las Casas cobra una gran importancia debido a “su lucha defendiendo la racionalidad completa del indio y los derechos que de ella se derivan”²². Defensa a la libertad humana (libertad de elegir), defensa a la elección de los gobernantes, defensa a la jurisdicción de los gobiernos indios. Este es un ejemplo de cómo es que Beuchot, utilizando el pensamiento de Bartolomé de las Casas, fundamenta los derechos humanos, derechos que todo hombre tiene por el hecho de pertenecer al universo de la humanidad.

²⁰ URDANOZ, Teófilo, “Clásicos de la ciencia jurídica y política española”, en: *Estudios Filosóficos*, No. 49, Santander, (1969), p. 539.

²¹ *Ibid.*, p. 538.

²² BEUCHOT, Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, *op. cit.*, p. 30.

4. NEXO: DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA HERMENÉUTICA

Como ya se mencionó, hay una segunda etapa en la reflexión ética de Mauricio Beuchot, que es precisamente cuando comienza él a dar algunas pinceladas de lo que sería una ética pasada por la hermenéutica, y más concretamente pasada por una hermenéutica analógica. También hay una tercera etapa, que parece conveniente llamar de “desarrollo”, en el sentido de que Beuchot ha tomado sus propias ideas iniciales (las pinceladas de lo que sería una ética que tome a la hermenéutica como una filosofía-metodología) y precisamente las ha desarrollado en trabajos más explícitos, más dedicados a los temas de ética.

Por ello es momento de traer a colación algunas de las ideas que Beuchot comenzó a plantear a partir de sus libros *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, *Tratado de hermenéutica analógica* y *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, es decir, correspondientes a la segunda etapa o momento de su reflexión ética, conjuntándolas en algunos casos con los desarrollos explícitos de sus ideas provenientes de sus trabajos más explícitos.

5. ÉTICA, ACTITUD HERMENÉUTICA Y LA METAFÍSICA

Para comenzar a delinear lo que es una ética hermenéutico-analógica, hay que partir de una idea muy importante que brinda Beuchot sobre la ética: “La *actitud hermenéutica* propicia una ética no cerrada, sino abierta, analógica, dispuesta a acoger la experiencia del hombre y darle una *guía* en medio de ella”²³. Es decir, al proponer una “actitud hermenéutica” lo que busca Beuchot es una ética abierta y que no se cierre, en el sentido de ser una ética impositiva o arbitraria, y que se imponga por la fuerza. Sin embargo, esa ética que proviene de la hermenéutica analógica no se abre a todo, sin límites, porque ello sería autorizar el permisivismo. Siendo así, la ética hermenéutico-analógica “Provoca una ética que no se queda en el aire, en la mera descripción, sin

²³ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, UNAM/Itaca, México, 2000 (2a ed.), p. 128 (los subrayados son míos).

atreverse a *prescribir* algo”²⁴. Es decir, sí prescribe algunos lineamientos, pero no da una ética completamente acabada y cerrada, sino que permite interpretar, en cada situación concreta, lo que debe hacerse; además, una ética hermenéutica (que tenga además la analogía como modelo interpretativo) sí alberga algo fundamental o prescriptivo que ayuda a evitar muchos de los errores del pasado. En ese sentido, lo que busca hacer la ética hermenéutico-analógica es realizar un servicio a la historia. “Esta prescripción analógica significa que no se impone la mera uniformidad, pero tampoco se abandona al capricho; sino que, usando el criterio propio, se va encaminando a la búsqueda del bien de todos”²⁵. No puede ser caprichosa porque no todo *debe* llevarse a la práctica. Por un lado, “la actitud hermenéutica”, que es una actitud de apertura y de interpretación; por otra, la idea de que no todo es válido, de que no todo es permitido, sino que hay que establecer límites a la acción.

Esta idea de una ética con actitud hermenéutica o interpretativa sigue en mucho a Gianni Vattimo. Sin embargo, hay algo en lo que se distancia y diferencia de manera radical de una ética hermenéutico-analógica. Una ética hermenéutica como la que propone Vattimo se acerca más al equivocismo y pare eliminar la posibilidad de tener un asidero o algo universal que permita la interpretación de un acto humano (o algo moral que pueda ser calificado). En la ética actual parece que la dicotomía entre univocismo y equivocismo se da entre las éticas de bienes (equivocismos) y las éticas de imperativos (univocismos). Con este presupuesto puede interpretarse la siguiente opinión de Vattimo:

La ética que la hermenéutica hace posible parece ser principalmente una ética de los bienes, para usar una expresión de Schleiermacher, y no una ética de los imperativos²⁶.

²⁴ *Ibidem*. (los subrayados son míos).

²⁵ *Ibid.*, p. 129.

²⁶ VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación* (traducción de Teresa Oñate), Paidós, Barcelona, 1991, p. 207. Aunque finalmente Vattimo acepta un cierto imperativo ético en la hermenéutica, pero más en la línea de la filosofía del lenguaje que en el de la moral.

Según Remedios Álvarez, la razón por la cual Vattimo pretende que la hermenéutica no debe tender a los imperativos es que, si se postularan, “Estaría lejos de separarse de una ética tradicionalista con implicaciones metafísicas que busquen en todo momento legitimar estructuras estáticas. Aquí se trata de escapar a esquemas universalistas y abrazar sólo lo singular o particular que trae consigo el devenir constante de la experiencia de la verdad como pertenencia, mas no como reflejo de un mundo “verdadero””²⁷.

Algo muy acertado de la idea de Álvarez con respecto a la ética hermenéutica de Vattimo es que este último busca escapar de “estructuras estáticas”, lo cual hace referencia necesariamente a la metafísica. ¿Por qué a la metafísica? Porque a ella generalmente se le ha etiquetado con la leyenda de que el ser es estático, esto es, que el estudio que hace la metafísica sobre el ser termina siendo un conocimiento acabado o completamente terminado.

Sin embargo, pareciera que la crítica de algunos autores posmodernos, entre los que destaca Vattimo, va más en la línea de la metafísica racionalista (e incluso de la metafísica parmenídea porque esta última no permite el cambio). Esto es, las críticas que ellos realizan van más dirigidas a la modernidad y a la metafísica (¿metafísicas?) que se desarrolló en ella. Y como la modernidad ha puesto como centro de la filosofía al sujeto (el sujeto pensante, como en el caso cartesiano, que es con quien se inicia la filosofía moderna), por lo tanto la crítica es hacia la metafísica subjetivista o racionalista²⁸. A este respecto, Beuchot comenta lo siguiente:

Vemos que el rechazo de la metafísica por Vattimo es un rechazo débil. Se queda con una ontología débil, a saber, la ontología nihilista proveniente de Nietzsche y Heidegger. Es una metafísica que rechaza al sujeto, porque está desencantada de los engaños de la razón²⁹.

²⁷ ÁLVAREZ SANTOS, Remedios, *Hermenéutica analógica y ética*, Editorial Torres Asociados, México, 2003, p. 65.

²⁸ Para Beuchot, la metafísica que se origina con Descartes es una egología u ontología del sujeto, Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Interpretación y realidad en la filosofía actual*, UNAM, México, 1996, p. 110.

²⁹ BEUCHOT, Mauricio, *Posmodernidad, hermenéutica y analogía*, Miguel Ángel Porrúa/ Universidad Intercontinental, México, 1996, p. 32.

Vattimo no quiere una metafísica clara (o clarividente), es decir, totalmente transparente y terminada. De ahí su tesis de una ontología débil. Él se inclina más a una metafísica del pasado, esto es, del ser como monumento. Pero una verdadera metafísica débil es la analógica, en cuanto que propone una ontología hermeneutizada; y, a la vez, “inyecta” algo de nihilismo a la metafísica (“inyección que Beuchot considera se da a partir de Nietzsche)³⁰. Beuchot lo dice en estos términos:

La verdadera metafísica débil es analógica, pues ha pasado por el bautismo de fuego del nihilismo, y ha quedado establecida en sus justos límites; y la verdadera hermenéutica que inyecta nihilismo a la metafísica es una hermenéutica analógica, igualmente consciente de sus márgenes y limitaciones, de modo que no pretenda ninguna devorar a la otra, en supremo acto de violencia, que todos nos afanamos por contrarrestar y detener³¹.

Beuchot quiere acercar, pues, la ontología débil de Vattimo y la metafísica analógica (que es el correlato de una hermenéutica analógica). Y, además, lo hace utilizando un argumento debilitador de la metafísica, que es precisamente el “supremo acto de violencia”, pues se ha hablado mucho en filosofía, especialmente a partir de Heidegger, de que la metafísica se volvió violenta, se convirtió en destructora del mismo ser humano. Pero el hecho de que la hermenéutica (una hermenéutica nihilista) quiera devorar a la metafísica, es también un acto violento, que transgrede los límites entre la una y otra. Una, la hermenéutica, ha buscado disolver a la otra, a la metafísica. Más bien hay que buscar la armonía, como propone Beuchot, entre la metafísica y la hermenéutica; armonía que parece puede encontrarse en una concepción analógica de la hermenéutica y, por supuesto, en una concepción analógica de la metafísica.

³⁰ Cf. BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica analógica y nueva ontología”, en: *Estudios filosóficos*, LIV/156, (2005), p. 232.

³¹ BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica y metafísica. La interpretación, entre el sentido y la referencia”, en: *Estudios filosóficos*, LIII/149, (2003), p. 139.

¿Contra qué discute y dialoga, en definitiva, una hermenéutica debilitada? Al parecer lo hace con las concepciones estáticas de la metafísica, que parece iniciar con Descartes (aunque ya en Parménides está presente), y que se desarrolla durante la modernidad, especialmente en su vertiente racionalista (habría que pensar en sus principales representantes, como Malebranche y su ocasionalismo, Spinoza y su panteísmo substancialista, y Leibniz y la monadología determinista), tiene su contrapeso en la metafísica dinámica (muy en la línea de Heráclito), como la que se ha buscado en la posmodernidad. Esta última es una metafísica debilitada, y que pretende disolver completamente al ser (como por ejemplo en el nihilismo, como ya se dijo). Ya con Nietzsche se ha buscado la reivindicación del ser como devenir. Beuchot, haciendo referencia a este respecto, y confrontando un texto nietzscheano titulado en francés *Vie et vérité* (“Camino y verdad”), dice lo siguiente: “El mismo Nietzsche llamaba a ver el ser como devenir, o el devenir como ser; pues esa era la única manera de captar la realidad como vida, como deseo, como poder y como acción”³².

El acierto de Nietzsche, y que sin duda recupera Vattimo, es que el ser es devenir. El ser no es completamente estático, ni está necesariamente acabado, como afirmaban generalmente las metafísicas racionalistas. Por ejemplo, una de ellas es la metafísica de Leibniz y su principio de razón suficiente, el cual consiste básicamente en que las verdades de hecho son similares (si no es que iguales) a las verdades de razón. Es decir, todo lo que es, *de facto*, debe ser tal como es, lo cual implica un determinismo muy fuerte (y que tiene sin duda conlleva repercusiones en la ética, dado que si se acepta el determinismo, la libertad se deteriora, se destruye, se diluye, esto es, violenta algo tan fundamental como es la libertad humana). Todo lo que es tiene alguna razón por la que es así, incluidas, al parecer, las acciones que una persona llevará a cabo durante su vida, a pesar de que el mismo Leibniz trata de distinguir en su *Discours de métaphysique* entre lo es cierto y lo que es necesario cuando dice que “Todo el mundo conviene en que los futuros contingentes son seguros,

³² *Ibid.*, p. 133.

puesto que Dios los prevé, pero no por esto se reconoce que sean necesarios”³³. Es decir, Dios está cierto de los acontecimientos porque los futuros contingentes sólo tienen realidad en el entendimiento y voluntad de Dios, pero para los hombres estos acontecimientos son contingentes. Sin embargo, esta aparente distinción no salva del todo la dificultad del determinismo y su aniquilamiento de la libertad, como por ejemplo dice Leibniz sobre Julio César: “Habiendo de ser Julio César dictador perpetuo y dueño de la república y de destruir la libertad de los romanos, esta acción está comprendida en su noción”³⁴, aunque esa acción virtualmente sólo se encuentre en la mente divina. Sin embargo, y a pesar de todos los argumentos que Leibniz propone para que no se le tache de determinista, parece que, en efecto, todo el ser está fatalmente configurado desde siempre, pues por lo menos la mente divina tiene el conocimiento de todo lo que ha de suceder en el futuro (aunque ese futuro para el hombre sea algo contingente). Leibniz y su metafísica son ejemplo de una metafísica dura y rígida, fatalmente determinada, y que pareciera ser estática. Esta es la metafísica contra la que Nietzsche luchará buscando restituir el devenir, aunque ese devenir lleva el riesgo de disolver al ser.

Todo esto pareciera recordar al antiguo problema del ser estático de Parménides contra el ser dinámico de Heráclito. Entre las muchas respuestas a ese problema, se encuentra la tesis de Aristóteles del ser como potencia y el ser como acto. Hay algo que permanece y hay algo que cambia. Ni puro movimiento, ni pura estaticidad. En este sentido se inserta también la hermenéutica analógica de Beuchot. Él dice, en su artículo “Hermenéutica y metafísica”, lo siguiente:

Esto significa, además [Beuchot se refiere al problema de la metafísica en Nietzsche], que debemos tener la capacidad de elaborar una metafísica nueva en la que se recupere el ser como devenir, pero también el devenir

³³ LEIBNIZ, Godofredo, *Discurso de metafísica* (traducción de Patricio de Azcárate), Porrúa, México, 1997, §13.

³⁴ *Ibid.*, §13.

como ser, y se evite tanto el extremo de Parménides como el de Heráclito, llegando a una recuperación del ser que no relegue su aspecto de cambio y mutación. Pues bien, eso solamente podrá hacerlo una metafísica analógica. En ella se conjuntarán el ser y el devenir, en agonía trágica que permita su supervivencia interminable; pero el ser no podrá reducirse a puro devenir, aunque predominará el devenir sobre el ser; empero, lo hará sin perder la fuerza suficiente de ser para que no se diluya todo el ser en un flujo dispersante de devenir sin fronteras³⁵.

No es este el momento de construir una metafísica analógica, como la llama Beuchot, pero sí para comentar dos aspectos de la cita anterior. En primer lugar, Beuchot habla de una metafísica que co-implique tanto al ser como al devenir. El sentido que Beuchot le da al “ser” en la cita anterior es en referencia a algo estático, a algo que permanece. Esa metafísica analógica tiene que implicar, entonces, algo que cambia y algo que no cambia. Y el sentido que busca imprimirle Beuchot a esa metafísica analógica es que hay algo que permanece a pesar de los cambios. La filosofía de Aristóteles había propuesto ya esa misma idea, precisamente para resolver el problema del ser en Parménides y Heráclito, como ya se mencionó. Para el Estagirita, el ser que cambia es llamado accidente o *συμβεβηκοςζ*, y el ser que no cambia es lleva el nombre de substancia o *ουσία* (por cierto, tan duramente criticada en la Modernidad por los empirismos de Locke y Hume). Pero hay algo más en la cita de Beuchot, y que no debe pasar por ningún motivo inadvertido. Él dice que “predominará el devenir sobre el ser”. En el caso de la substancia y los accidentes, esta tesis de Beuchot puede interpretarse en el sentido de que incluso la substancia cambia. Permanece durante algún tiempo; sin embargo, en un instante la substancia cambia, se mueve, se convierte en otra cosa. Por ello es que el devenir “predomina” sobre el ser.

¿Por qué unir la metafísica analógica que menciona Beuchot y la metafísica de Aristóteles? ¿Qué repercusiones tendría una metafísica analógica para la ética? El mismo Beuchot ha mencionado la metafísica de Aristóteles en

³⁵ BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica y metafísica...”, art. cit., p. 133.

parte estática (estructural) y en parte dinámica. Es estructural en cuanto da ciertas bases (universales) que reiteradamente pueden aplicarse al ser, a pesar de su propio devenir o movimiento continuo. Pero también la metafísica de Aristóteles es dinámica, en cuanto que la metafísica también es histórica o procesal. La metafísica aristotélica (y parece que también la metafísica analógica, por la obvia razón de que apenas se está explicitando) se sigue buscando a sí misma, se sigue haciendo con cada paso que la historia da³⁶ (ciertamente, sin ser historicista).

En segundo lugar, Beuchot menciona que ser y devenir se conjuntan de forma trágica. Parece que el sentido de “trágico” en el párrafo citado es que el ser está en constante destrucción, en constante acabamiento, pero también en constante resurgimiento; resurgimiento que en cierto momento volverá a destruirse. Los entes se generan y se destruyen (por distintas causas, por supuesto), pero esa generación y destrucción es ya una metafísica. Hay algo constante en el ser, y es precisamente esa “agonía trágica” a la que hace referencia Beuchot. Es una agonía porque el ente se desvanece, pero al mismo tiempo se genera otra manifestación del ser.

Se ha pedido en la actualidad una hermenéutica sin ontología, pero parece más bien que la hermenéutica lo que no quiere es una ontología racionalista, que tiene la característica de ser estática. Sin embargo, destruir a toda metafísica es contraproducente. Más bien hay que distinguir que hay muchas y variadas metafísicas. Las hay univocistas, como muchas de las que provienen de la modernidad racionalista; pero también las hay analogistas, como la de Aristóteles. Al parecer, y según sentencia Beuchot, la metafísica u ontología analógica supera las pruebas del nihilismo, como se ha visto en los párrafos anteriores. Ha pasado las pruebas y no ha desaparecido³⁷. Lo que requiere la hermenéutica analógica es una metafísica analógica, con fundamentos analógicos, huidizos, “movedizo(s), ágil(es) y cambiante(s)”³⁸.

³⁶ BEUCHOT, Mauricio, “El desarrollo de la intencionalidad metafísica en la filosofía griega”, en: *Helmática*, XLV/139-141, Universidad Pontificia de Salamanca, (1995), p. 391.

³⁷ Cf. BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica y metafísica...”, art. cit., p. 138.

³⁸ BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica analógica y nueva ontología”, art. cit., p. 231 (las agregaciones son más).

Esto último, como se ha visto, va en la línea de la metafísica débil de Vattimo. Una metafísica débil, analógica, no pretende destruir o acabar con la metafísica, sino solamente debilitarla sin hacerla desaparecer. Porque si la hermenéutica acaba con la metafísica, entonces “La que se volvería violenta sería la hermenéutica, cumpliendo con una voluntad de poderío con que la dotó Nietzsche, a veces oculta y veladamente, a veces de manera explícita y franca”³⁹. Hay que evitar, entonces, la violencia que puede provenir de la hermenéutica, tanto en su vertiente univocista como en la equivocista. En la univocista, baste recordar a los positivismos y los científicismos, con todas sus variantes, y que pretendían la aniquilación de la metafísica mediante la sintaxis lógica (los enunciados de la metafísica son sinsentidos, no se pueden verificar ni, mucho menos, falsear, como diría Popper). En la equivocista, habrá que recordar algunos posmodernismos, en donde late un relativismo extremo, sin límites. Por ello es que Beuchot dice “El univocismo es violento, por su excesivo rigor, que impone un científicismo; y el equivocismo es violento, por su excesivo relativismo, con el que da cabida también a la imposición”⁴⁰. Por ello es que la propuesta de Beuchot de una hermenéutica analógica puede dar paso a una metafísica analógica, una metafísica abierta, pero que al mismo tiempo no se diluya en pos del movimiento o del cambio, sin ningún tipo de estructura; y al mismo tiempo, una metafísica que no se convierta en un monolito sólido, sin ningún cambio, rígido y determinista.

Con respecto a la segunda pregunta planteada unos párrafos más arriba, ciertamente esta concepción analógica de la metafísica tiene una enorme aplicación en el campo de la ética, pues pretende una ética abierta y que permita variadas interpretaciones sobre un mismo acto, o sobre las formas de vida que un individuo puede adoptar (incluso, puede permitir una forma de vida movедiza o cambiante). Pero, al implicar la existencia de ciertas estructuras (dinámicas) también propone límites que pretenden ser universales o universalizables. Es decir, también busca algo estático, algo que permanece

³⁹ *Ibid.*, p. 233.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 233.

a través de los cambios. Busca, en definitiva, algo universal; se buscará un universal analógico.

6. EL CONCEPTO DE UNIVERSAL

Otra idea que menciona el doctor Beuchot es que se busca “una universalidad analógica, respetuosa del individuo, de la persona única e irrepitable, situada en la historia, pero no de una manera evanescente y huidiza”⁴¹. En esa cita Beuchot menciona algo de gran importancia para la ética hermenéutica-analógica: la universalidad analógica, que parece encontrarse en la persona, pues ésta por una parte es única e irrepitable y, por otra, será aquella que permita anclar en algo universal algún imperativo ético, pues un imperativo ético hermenéutico analógico tendrá un carácter universal, y ese elemento lo dará el concepto de persona.

El concepto de “universal” ha tenido diferentes matices y aplicaciones a lo largo de la historia del pensamiento. Ante ello hay necesidad de seleccionar a algunos autores de manera deliberada para recuperar sus tesis y aplicarlas al caso de la ética hermenéutica analógica, haciendo la salvedad de que posiblemente no se profundice en todos los planteamientos de cada uno de los autores que vienen a continuación.

Dos de estos autores escogidos porque ayudan a plantear la cuestión de la universalidad desde el punto de vista que interesa a este trabajo son Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. El Estagirita trata el concepto de “universal” de manera especial en los *Tópicos*, y del Aquinate se seguirá el clásico *De ente et essentia*. Habría que recordar dos conceptos que, en este caso, se autoreclaman o autoimplican, y que los medievales ya habían distinguido a partir del pensamiento de Aristóteles. Estos dos conceptos son los predicables y los predicamentos. Los predicables, en la tradición aristotélico-tomista, son cinco, y son básicamente los cinco modos de universalizar. En cambio, los predicamentos son las diez categorías que

⁴¹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, op. cit., p. 129.

Aristóteles ya marcaba en su texto *Categorías*. Tomás de Aquino, siguiendo a Aristóteles, también apuntalaba esta tesis diciendo que el ente se dice en esos diez modos. De un lado, los predicables se inclinan más al lado de la lógica, mientras que los predicamentos o categorías están más del lado de la metafísica u ontología. Sin embargo, ambos lados no están separados, sino que se implican mutuamente, pues lo lógico depende de lo ontológico.

En los *Topica*, Aristóteles pone de manifiesto que el universal no es uno solo, sino que hay varios tipos de ellos (esto, como se aprecia, del lado de la lógica). De hecho, manifiesta que algo se puede predicar de un sujeto en o con diversos grados de universalidad. A un sujeto puede predicársele algo de manera más o menos universal. Los predicables son, pues, tipos de universales. Y Aristóteles distingue cuatro tipos de ellos en los *Tópicos*, a los que él llama “definición”, “propiedad”, “género” y “accidente”. En los *Analíticos posteriores* aparece el quinto: “diferencia específica”.

Ahora bien, el “género” es lo que es predicado sobre esencia de un número de cosas que tienen diferencias entre sí de algún tipo. En este sentido hay mayor generalidad que en la definición o especie, pues esta última expresa la esencia de la cosa de manera más plena que el género. Dice Santo Tomás: “Ciertamente todo lo que está en la especie está también en el género de manera no determinada”⁴². Lo que está en la definición también se encuentra en el género, pero hace falta algo que lo determine (que será, como se verá después, la diferencia específica). A este respecto apunta Santo Tomás:

Está en el género según lo que significa a la cosa en cuanto de cuya forma puede provenir la sensación y el movimiento, la cual o bien se da en el alma sensible, o bien en el alma sensible y racional al mismo tiempo. Así, pues, el género significa de manera indeterminada todo lo que está en la especie⁴³.

⁴² AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, III. “Imo quidquid est in specie est etiam in genere ut non determinatum” (la traducción es mía).

⁴³ *Ibid.*, III. “Est genus secundum quod significat rem quamdam ex cuius forma potest provenire sensus et motus, quaecumque sit illa forma, sive sit anima sensibilis tantum, sive sit sensibilis et rationalis simul. Sic ergo genus significat indeterminate totum id quod est in specie” (la traducción es mía).

El género de la animalidad implica la sensación y el movimiento, cuya alma puede ser únicamente sensible, o bien sensible y racional al mismo tiempo. Por ello es que, en el caso de hombre, dice Aristóteles, “es apropiado decir que “Es un animal””⁴⁴; sin embargo, hace falta algo más para llegar a lo esencial. Esto es, hace falta algo que signifique una diferencia entre todos los animales y el hombre, porque el género, para el pensamiento aristotélico-tomista, determina el aspecto material del ente u objeto en cuestión⁴⁵, que en el caso del hombre sería el cuerpo. Haría falta determinar la parte formal del ente tratado.

Y es aquí donde al parecer entra la “diferencia específica”, pues es una cualidad que necesariamente acompaña al ente u objeto estudiado. Cuando se tiene el género y la diferencia específica de un ente concreto, entonces se puede predicar la esencia de éste, es decir, su definición, que es el primero de los predicables que explica el Estagirita. Santo Tomás explica atinadamente la función o predicabilidad de la diferencia:

En cambio, la diferencia en verdad es la determinación que proviene de una forma determinada a partir de la determinación de la materia previamente captada⁴⁶.

⁴⁴ ARISTOTLE, “Topica”, I, 5 102a 35 (p. 192).

⁴⁵ Dice Santo Tomás: “quia genus significat totum ut quaedam denominatio determinans id quod est materiale in re sine determinatione propriae formae” (“porque el género significa al todo como una denominación que determina aquello que es material en la cosa, sin determinar la propia forma”; la traducción es mía), AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, III.

⁴⁶ *Ibid.*, III. “Differentia vero e converso est sicut quaedam determinatio a forma determinada sumpta praeter hoc quod de primero intellectu eius sit materia determinata” (esta traducción es mía), *Ibid.* La traducción de Carlos González, en la versión de la Editorial Tradición, es la siguiente: “La diferencia, por el contrario, es como una cierta determinación a partir del hecho de que la determinación de la materia ya estaba incluida en su primera inteligibilidad”.

Esto quiere decir que la diferencia específica lo que hace es determinar la forma del ente en cuestión, pues lo primero que se había determinado desde el punto de vista del intelecto es la materia, esto es, el género al que pertenece la cosa. “La definición o especie comprende a ambos, a saber la materia determinada que se designa con el nombre de género, y a la forma determinada que se designa con el nombre de diferencia”⁴⁷.

En el caso del hombre, esta diferencia puede ser la *ratio*, pues es un ser animado (animal), pero que se diferencia de los demás animales gracias a que tiene razón, o racionalidad. Por ello es que se dice que el hombre es un animal racional, aunque hay todavía una dificultad por resolver: ¿acaso el género es la materia y la diferencia la forma, desde el punto de vista ontológico? No es así porque el hombre no es un “compuesto” de animal y racional, como sí lo es de materia (cuerpo) y forma (alma), sino algo completamente unido. El hombre no es solamente cuerpo o solamente alma (“Homo enim neque est anima neque corpus”). Lo que ha salido, entonces, es un tercer concepto universal a partir de los anteriores: el concepto de “animal” (género), y el concepto de “racional” (diferencia), que lo que dan es un “tercer concepto” (“intellectus tertius”), a saber, el hombre es un animal racional, que es precisamente la definición o especie del hombre. Por ello dice Santo Tomás: “De donde decimos que el hombre es un animal racional”⁴⁸, siguiendo a su maestro Aristóteles.

Ahora bien, para el Estagirita la “definición” o “especie” es una frase que significa la esencia de una cosa. A veces aparece como un término, sin más, y otras veces aparece como una frase, es decir, de manera compuesta⁴⁹. Dice Santo Tomás en *De ente et essentia*: “Y porque aquello por lo cual una cosa se constituye en un género o especie, es lo que se significa por la definición lo que es una cosa, que es lo que los filósofos llaman con el nombre esencia;

⁴⁷ “Sed definitio vel species comprehendit utrumque, scilicet determinatam materiam quam designat nomen generis et determinatam formam quam designat nomen differentiae”, *Ibid.*, III (la traducción es mía).

⁴⁸ *Ibid.*, III. “Unde dicimus hominem esse animale rationale” (la traducción es mía).

⁴⁹ Cf. ARISTOTLE, “Topica”, I, 5 101b 35 (p. 191).

esto es lo que frecuentemente el Filósofo denomina con el nombre “aquello que era el ser”, es decir, aquello por lo cual una cosa es lo que es”⁵⁰. Esto es, para poder hacer una definición que exprese la esencia de un ente es necesario el género, aunque al género le hace falta la determinación que la especie sí debe tener. En cierta medida se tiene que enunciar el género para tener una definición de la cosa, pues a partir de ella puede enunciarse la esencia del ente en cuestión, “sicut humanitas est essentia hominis”⁵¹, pero hace falta también la diferencia específica, que dará como resultado, finalmente, la definición del ente. Esta definición va directamente a la naturaleza de la cosa, esto es, a lo que es el ente en cuestión y, por lo tanto, a la substancia de la cosa (a su *quid*, como dicen los escolásticos). Dice Tomás en el capítulo segundo del *De ente et essentia*: “Sino porque el ente absoluto y en primer lugar se dice de la substancia, y por derivación y casi según el primero de los accidentes, de allí que la esencia propia y verdaderamente está en la substancia, pero en lo accidentes está de algún modo, y según el primero”⁵².

Sin embargo, esto no debe llevar a sostener la tesis de que el único ser que existe es la sustancia. Así lo explica Enrico Berti:

“La sostanza, infatti, non è l’essere per essenza, bensì è soltanto “il primo ente” (πρωτου), o “l’ente che è in senso primario” (το πρωτοζ), o “ciò che è semplicemente” (ου απλωζ), vale a dire senza ulteriori qualificazioni come l’essere quantificato o l’essere in relazione ad altro, ossia è il principio da cui gli altri enti dipendono per la loro esistenza e per mezzo del quale

⁵⁰ AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, I, Pontificia Universitas Gregoriana (Series Philosophica 5), Romae, 1950. “Et quia illud per quod res constituitur in proprio genere vel specie, est hoc quod significatur per definitionem indicantem quid est res, inde est quod nomen essentiae a philosophis in nomen quidditatis mutatur; et hoc est quod Philosophus frequenter nominat *quod quid erat esse*, idest hoc per quod aliquid habet esse quid” (la traducción es mía).

⁵¹ *Ibid.*, I.

⁵² “Sed quia ens absolute et per prius dicitur de substantiis, et per posterius et quasi secundum quid de accidentibus, inde est quid essentia proprie et vere est in substantiis, sed in accidentibus est quodammodo, et secundum quid”, *Ibid* (la traducción es mía).

sono detti enti, nel senso che essi contengono nella loro nozione il riferimento alla sostanza, cioè sono qualità della sostanza, o quantità della sostanza, o relazioni alla sostanza, ecc. Per Aristotele, come ha mostrato bene Aubenque, le altre categorie non derivano dalla sostanza, perciò non sono deducibili da essa, e quindi non sono nemmeno riducibili ad essa, come se fossero altrettanti casi particolari di uno stesso genere universale. Abbiamo visto, infatti, che non c'è un unico genere che comprenda tutte le cose, e le categorie son esse i generi sommi, irriducibili a qualsiasi altro"⁵³.

Y más adelante añade:

“(…) ma semplicemente dire che alla domanda “che cos'è l'ente?”, ossia “che significa essere?”, si deve rispondere che l'essere ha molti significati e che il primo di questi è la sostanza”⁵⁴.

En este sentido, los accidentes no quedan excluidos del tratamiento de la metafísica, sino que son parte de ella. Sin embargo, lo que sucede es que se les abarca por referencia a la substancia, por lo que a la metafísica en muchas ocasiones se le ha dado el nombre de *Usiología*, es decir, ciencia de la “ουσια o substancia”⁵⁵. En este sentido dice Aristóteles que “La filosofía no se ocupa de los objetos particulares o de sus accidentes; estudia cada uno de estos objetos bajo la relación del ser en cuanto ser”⁵⁶, es decir, de la substancia. La pregunta por la esencia es una pregunta por la substancia, pues substancia y esencia son lo mismo. En el caso del hombre, que es un compuesto hilemórfico, se aplica también este concepto de substancia/esencia. Dice Santo

⁵³ BERTI, Enrico, “La *Metafísica* di Aristotele: “onto-teologia” o “filosofía prima”?”, en: *Rivista di Filosofia neo-scolastica*, LXXXV, 2-4, Università Católica del Sacro Cuore, p. 275.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 275-276.

⁵⁵ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Ensayos marginales sobre Aristóteles*, UNAM, México, 2004 (2ª ed.), pp. 100-101.

⁵⁶ *Metafísica*, XI, 4, 1061b25.

Tomás: “In substantiis igitur compositis, forma et materia notae sunt, ut in homine anima et corpus”⁵⁷.

La “definición” o “especie” se predica, entonces, a título de esencia completa de muchas cosas, como por ejemplo “hombre”⁵⁸. Por ello es que a veces este predicable parece como un solo término (hombre), o bien como una frase (animal racional).

Una “propiedad” o propio, es un predicado “que no indica la esencia de algo, pero que sí le pertenece a ese algo, y es predicado de manera convertible”⁵⁹. Aquí es muy interesante lo que Santo Tomás apunta en el capítulo VII de su opúsculo *De ente et essentia*. Ahí el Aquinate menciona que hay accidentes que provienen de la forma y otros que tienen su origen en la materia. Parece que los accidentes de la forma, o que provienen de ella, tienen más que ver con los *propria*, mientras que los accidentes de la materia, o que provienen de esta última, se relacionan más con los accidentes contingentes, es decir, con el quinto predicable. Por ello, las que importan al predicable *proprio* son las que provienen de la forma, pues “En verdad los accidentes que provienen de la forma son propios soportados o por el género o por la especie”⁶⁰.

El ejemplo clásico ha sido la “risa”, pues solamente el hombre ríe. Es un predicable cuasi-necesario para el hombre; pero no en todo momento está ejerciendo ese acto, pues *de facto* no todo hombre en todo momento ríe. Otro caso es la sociabilidad que ya se explicó brevemente en el apartado sobre los derechos humanos y Las Casas.

Por último, el “accidente” es un predicable que puede encontrarse o no en el sujeto o individuo de quien se esté predicando, como “estar sentado” puede pertenecer o no a la cosa que se esté predicando⁶¹. Para el Aquinate, el

⁵⁷ AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, II.

⁵⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la lógica*, UNAM, México, p. 39.

⁵⁹ ARISTOTLE, “Topica” I, 5 102a 16 (p. 191).

⁶⁰ AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, VII. “Accidentia vero quae consequuntur forma, sunt propriae passionis vel generis vel speciei” (la traducción es mía).

⁶¹ Cf. ARISTOTLE, “Topica” I, 5 102b 5ss (p. 192).

accidente en sentido pleno sería aquel que proviene de la materia; el ejemplo que pone es contundente: “sicut nigredo cutis est in Aethiope ex mixtione elementorum; et non ex ratione animae”. Habría que recordar que aquí se encuentran dos de los nueve accidentes que marca Aristóteles en las *Categorías*, y que son los predicamentos cantidad y cualidad, en donde la cantidad es el primer accidente de la substancia, pues la cualidad no puede darse si no hay previamente cantidad.

Beuchot resume lo anterior y la importancia del universal en un libro que comenta la lógica y la metafísica en la Nueva España, donde analiza algunos de los aspectos del concepto de universal a partir de la clásica manera de tratarlos, esto es, a partir de Aristóteles (los novohispanos comentaron muy acertadamente, a la usanza escolástica, la lógica aristotélica). Apunta Beuchot lo siguiente sobre los cinco modos de universalizar:

Así, el género, la diferencia y la especie son aspectos necesarios del sujeto, ya que determinan su definición. Y el propio y el accidente son la parte contingente del sujeto, el propio como algo cuasi necesario, en cuanto que se da siempre o acompaña casi siempre al sujeto. Cuando acompaña siempre a todos los miembros de la clase del sujeto, era necesario; cuando no, era contingente *ut in pluribus*, esto es, que se daba las más de las veces; en cambio, el accidente si era contingente *in paucioribus*, esto es, pocas veces, y con ello era contingente en sentido pleno. Es decir, el género, la diferencia y la especie son atributos esenciales, y el propio y el accidente lo son accidentales⁶².

Antes de continuar es necesario considerar por qué ha sido relevante volver a hablar del concepto de los universales. La razón es que los universales están conectados (por lo menos el género, la diferencia y la especie) al concepto de “naturaleza”. Este último concepto parece que ha desaparecido del discurso filosófico de los últimos decenios. Ya no se habla de tanto “naturaleza” en el contexto de la filosofía, porque se ha considerado que ha

⁶² BEUCHOT, Mauricio, *Lógica y metafísica en la Nueva España*, UNAM, México, 2006, p. 15.

sido superado ese tipo de filosofías, esto es, que es un anacronismo el hecho de plantear problemas filosóficos a partir de categorías “esencialistas” cuyo ejemplo más claro es la categoría de naturaleza. Sin embargo, parece que es necesario recuperar nuevamente esta noción pues puede seguir teniendo mucho que aportar a la ética.

No es este el momento ni el espacio para fundamentar el poder utilizar categorías clásicas como la de naturaleza o esencia⁶³. Sin embargo, sí cabe mencionar que la filosofía analítica la ha revitalizado en nuestro tiempo, aunque sin utilizar propiamente el término “naturaleza”, sino el de “clase natural”. Ahora bien, habría que recordar que los términos son completamente contingentes y pueden variar en el tiempo y en el espacio, como diría Aristóteles y su teoría convencional del lenguaje. “Naturaleza” y “clase natural” se refieren a lo mismo. Esta idea ya la ha expresado Beuchot en su libro *Derechos humanos. Historia y filosofía* de manera muy clara: “Las esencias han vuelto al discurso filosófico. Principalmente desde la filosofía de la ciencia y de la lógica, las esencias o naturalezas han ocupado un lugar preponderante en la filosofía más reciente (sobre todo de corte analítico). Vuelven bajo la forma de clases naturales (Wiggins, Kripke, Putnam); la terminología de clases naturales se usa para cubrir todo lo que las naturalezas nos daban. Así, entre esas clases naturales se aceptan la clase natural de las personas, o de los seres humanos (...)”⁶⁴. Lo que ha cambiado, entonces, es la terminología, y no aquello a lo que se refieren los términos. Y es que era necesario no perder lo que significa el término “naturaleza”, pues el lenguaje se basa sobre este tipo de nociones. “Respaldan la semántica de los términos comunes”; nadie le llama, en castellano y en *strictu sensu*, “lámpara” a un “perro”. Hay una naturaleza diferente en cada uno de estos entes y ello aparece casi intuitivamente.

⁶³ Para tal caso, Cf. Beuchot, Mauricio, *La esencia y la existencia en la filosofía escolástica medieval. Su repercusión en la filosofía analítica actual*, UNAM, México, 1992, 144 pp.

⁶⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, op. cit., p. 50.

Por ello habrá que preguntarse, a continuación, qué es la universalidad analógica, dado que el universal o lo universalizable será aquello que permita hablar, desde una perspectiva metafísica analógica, de algo estático en la realidad (algo estático y que a la vez es dinámico, como ya se mencionó en el apartado concerniente). La naturaleza trata de expresar eso estático pues, en cierto sentido, encasilla al ente en cuestión. Pero ese encasillamiento no quiere decir que el sea completamente estático, pero sí que se necesita una cierta estructura ontológica para que por lo menos el discurso pueda darse.

7. ¿UNIVERSAL ANALÓGICO?

Es el momento de hablar de la universalidad analógica. Para este caso habría que recordar que hay tres tipos de analogía, pues ello ayudará a distinguir en qué sentido hay universales analógicos y cómo se relacionan con el universal “hombre”.

El primer caso es el de la analogía metafórica. Que el universal analógico se refiera al modelo metafórico no vale para la especie “hombre”, sino para otros seres infrahumanos, por ejemplo, que un animal se parezca a un hombre en cuanto que es inteligente. Así, por ejemplo, en las poesías o novelas se dice que los animales se llegan a parecer a los hombres por la manera en que actúan. Uno de los personajes de William Hope Hodgson, en su novela *La casa del confín del mundo*, dice lo siguiente sobre unos cerdos que lo acechan a él y a su hermana: “El hecho de que hubieran descubierto tan aprisa aquella puerta me demostraba que eran capaces de razonar, que de ningún modo se las podía considerar como simples animales”⁶⁵. En sentido estricto, sólo el ser humano razona; un animal pareciera razonar, y se dice así por analogía al hombre; esta es una metáfora, como se aprecia.

En el caso de la analogía de atribución, hay que recordar que consiste en que hay semejanza con respecto a un analogado principal. Hay una realidad que, por antonomasia, recibe el puesto de analogado principal pues los demás

⁶⁵ HODGSON, William Hope, *La casa del confín del mundo* (traducción de Rufo Salcedo), Ediciones Coyoacán, México, 1996, p. 48.

analogados lo reciben por asemejarse a él. Aquí, al parecer, puede entrar también la analogía en el caso del universal “hombre”, aunque de manera problemática, pues implicaría que hay un modelo principal de hombre, lo cual parecería más bien platónico. Esto quiere decir que el universal analógico no puede ser con referencia a la aplicación del concepto, que se encuentra en la mente, con los individuos, porque entonces habría que señalar que el universal sólo se daría en parte en éstos y, si eso fuera así, entonces se estaría proponiendo una suerte de platonismo, es decir, se estaría hablando de un modelo (pareciera que separado) universal, el cual se aplicaría a los individuos. En este caso, la aplicación del concepto universal es unívoco, y no análogo. Si esto último fuera el caso, el concepto se aplica siempre de la misma manera y no según analogía, pues el universal se da plenamente en los individuos y no de manera parcial.

Con respecto a la analogía de proporcionalidad, cabe recordar que aquí no hay ningún analogado principal; es más, no hay un primero y un después. Aquí parece que sí puede cumplirse plenamente el universal analógico. Es analógico en cuanto a la relación que hay entre los individuos de una misma especie entre sí, y la hay claramente desde el punto de vista ontológico. En parte todos los hombres se parecen por la naturaleza que todos ellos comparten; y en parte se diferencian por los accidentes (los accidentes que provienen de la materia, para utilizar la terminología tomista), pues los hay altos, bajos, gordos, flacos, blancos, negros, etcétera. En los hombres hay identidad y diferencia; hay identidad en la naturaleza, que se expresa mediante la definición (entendida como “especie”), y hay diferencias, pero son contingentes. En este sentido es que hay analogía en lo universal. Nadie diría que los egipcios y los mesopotámicos, constructores de grandes edificios arquitectónicos y de culturas que siguen sorprendiendo a la humanidad, son diferentes a nosotros, hombres del siglo XXI. Matizando la pregunta, puede plantearse en estos términos: ¿acaso aquéllos tienen una esencia diferente a la nuestra? ¿Pertencen a una clase natural que difiere de la del hombre del siglo XXI? Desde el punto de vista de la esencia, tanto aquéllos como nosotros somos iguales. Lo que ha cambiado es la circunstancia, la historia; ha cambiado

ciertamente todo lo que rodea al hombre, pero la esencia sigue siendo la misma. Aquí se aplica la analogía y, por supuesto, el universal analógico. Esto es a lo que Beuchot se refiere cuando dice que quiere brindar de analogicidad o iconicidad a la naturaleza humana: “En este carácter atento a los individuos y a los cambios, esto es, a la multiplicidad y a la mutación histórica, reside la analogicidad o iconicidad que quiero dar a la naturaleza humana”⁶⁶. Aquí radicaría, precisamente, el universal analógico: en la relación entre los individuos miembros de la misma especie, que comparten la esencia, pero que se diferencian en su situación o circunstancia (en el sentido etimológico de lo que les rodea)⁶⁷.

Finalmente, y para concluir lo referente al universal “hombre”, puede ayudar mucho una distinción con respecto a la “especie” que muestra Pedro Hispano (Petrus Hispanus Portugalensis). En el segundo tratado de sus *Summule logicales*, dice que la especie “se divide en especie especialísima y especie subalterna. La especie especialísima es la que, al ser especie, no puede ser género, como *hombre*, *caballo* y otras semejantes. O también: especie especialísima es aquella más debajo de la cual no hay otra especie inferior”⁶⁸. El universal “hombre”, desde el punto de vista de la especie, no admite mayores divisiones hacia abajo, esto es, no puede convertirse en género, pues entonces implicaría que hay varias “especies” de hombres, lo cual es falso. Hay diversidades en los hombres, pero no son esenciales, sino accidentales, y éstas se refieren a otro predicable (accidente) y no a la “especie” misma, que es la que da la definición esencial del hombre (*animal rationale*).

8. UNIVERSAL Y REALISMO MODERADO: LA NECESIDAD DE UNA POSICIÓN ONTOLÓGICA

Hasta ahora se ha hablado únicamente de los predicables, pero hace falta tener presente que el concepto de “universal” va aparejado a una posición

⁶⁶ BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, op. cit., p. 56.

⁶⁷ De ahí que, me parece, la idea orteguiana de que el hombre es el yo y su circunstancia parece referirse más a lo concreto que a lo universal.

⁶⁸ PEDRO HISPANO, *Tractatus. Llamados después Summule logicales* (traducción de M. Beuchot), UNAM, México, 1986, II, 9.

ontológica concreta, a saber, la que afirma en cierto sentido la existencia de los universales, llamada generalmente realismo moderado. ¿Qué relación tendría esto último con lo anterior? La respuesta va en el sentido de la metafísica analógica de la que ya se ha hablado. El concepto de universal, como aquí ha sido entendido, requiere de una posición ontológica concreta, que es llamada precisamente “realismo moderado”.

Hay que recordar que el problema de los universales implica una posición filosófica con respecto a la realidad, es decir, implica una posición ontológica. Santo Tomás ya había expuesto dos posturas que al parecer no permiten una adecuada resolución al problema de los universales en su comentario al *De Anima* de Aristóteles. Ahí el Aquinate decía lo siguiente:

Y los antiguos tenían dos opiniones sobre el alma. Los platónicos que ponían los universales separados, conocidos como formas e ideas, y eran las causas cognitivas de las cosas particulares y de su ser mismo (...) Los filósofos naturales querían que no hubiera substancias universales, sino tantos particulares, y que los universales no estuvieran en la naturaleza de las cosas⁶⁹.

En la cita anterior se ven dos posturas que, más adelante en la historia, algunos autores tacharan de extremas. Por un lado se encuentra la teoría platónica, que propone que los universales se encuentran separados (*separata*) como formas o ideas; por otro, los filósofos que el Aquinate llama *naturales* y que proponían que no hay substancias universales, sino particulares, y que los universales tampoco están en la naturaleza de las cosas. Ya con un lenguaje más cercano al nuestro, Beuchot habla claramente de las tres posturas clásicas que se han tomado con respecto al problema de los universales. Dice este autor:

⁶⁹ AQUINATIS THOMAE, *In Aristotelis librum De Anima commentarium*, Marietti, Romae, 1948 (3a ed.), I, lec. 1, 12. (“Et quia apud antiquos philosophos erat *duplex* opinio de anima. *Platonici* enim, qui ponebat universalía separata, scilicet quod essent formae et ideae, et erant causae rebus particularibus cognitionis et esse (...) *Naturales* autem *philosophi* volebant quod non essent substantiae universales nisi particulares tantum, et quod universalía nihil sint in rerum natura”; la traducción es mía).

Tradicionalmente se han dividido las respuestas al problema del *status* ontológico de los universales en tres posturas: realismo extremo o platónico, realismo moderado, y nominalismo. Como se ve, son dos posturas extremas y una intermedia, aunque han presentado a lo largo de la historia variados matices⁷⁰.

Se ha vuelto clásica la clasificación precedente pues ya incluso los manuales filosóficos la contienen. Ahora bien, Beuchot define cada postura, en un esquema que el pensador mexicano considera muy general y abierto, siguiendo muy de cerca a Bergmann con su libro *Essays on Frege*. Así, cada postura es definida por Beuchot de la siguiente manera:

- (i) La postura realista extrema, llamada también “platonismo”, consiste en la aceptación de entidades independientes de los individuos, estableciendo esas entidades separadas como universales.
- (ii) La postura realista moderada consiste en postular los universales como entidades mentales que corresponden a propiedades inherentes en las cosas.
- (iii) La postura nominalista consiste en aceptar sólo entidades individuales y, en caso de aceptar algunas entidades no individuales, aceptar las menos posibles, o que se puedan reducir, en todo caso, a individuos⁷¹.

El realismo moderado, representado por Aristóteles y Tomás de Aquino, engarza perfectamente con la tesis de los predicables o cuantificadores lógicos que ya se han expuesto en el apartado anterior. Además, es una postura que supera a la posición platónica o de realismo extremo y al nominalismo, pues estas dos vías conducen a caminos sin salida⁷². Beuchot, en su trabajo *El problema de los universales*, ha propuesto una “vuelta a la tesis tomista”. He aquí el texto en que se apoyan estas afirmaciones:

⁷⁰ BEUCHOT, Mauricio, *El problema de los universales*, UNAM, México, 1981, p. 21.

⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

⁷² Cf. *Ibid.*, 518 pp.

Propongo una vuelta a la tesis tomista, cuya mejor defensa es el hecho de que supera las desventajas de las tesis platónicas y nominalistas, por ser realista moderada. Para el tomismo, las propiedades que existen en las cosas no son abstractas ni universales, sino el fundamento para que el intelecto obtenga el universal a partir de ellas; son naturalezas comunes, pero concretizadas en los individuos, y de ellas el intelecto abstrae el universal, pues “el universal sólo existe en el intelecto, nunca en la cosa sensible que es conocida por él”⁷³.

Hay aquí dos cosas en las que debe profundizarse. Por un lado, las naturalezas existen, es decir, los individuos tienen esencias o algo que las hace ser lo que son. Por otro, el hombre tiene la capacidad de abstraer de esos individuos las esencias o conceptos que le permiten encasillar y universalizar, es decir, englobar, a los individuos de una misma especie. Esto quiere decir que en las cosas hay naturalezas, y que el hombre puede abstraer o aprehender, a partir de esas naturalezas que hay en la realidad, los conceptos universales. Los conceptos universales tienen fundamento en la cosa (*fundamentum in re*), pero no existen como universales en la realidad, sino solamente en la mente del hombre (*in mente*). Como universales en la realidad existen *in potentia*, pero hace falta que el intelecto del hombre abstraiga a partir de esa naturaleza, es decir, genere el concepto, para que pueda hablarse propiamente del universal; en este último el universal está propiamente en acto (propiamente, pues de manera impropia también está en acto en el ente individual). Dice Beuchot:

La naturaleza, pues, tomada en abstracto es como la “materia” del universal. Pero ella en sí misma no existe, es o en los individuos o en la mente. Y ¿cómo algo que no existe es fundamento o sujeto del universal? Porque no se trata de una inexistencia sin más, de un no-ser sin más, sino de un no-ser actual, esto es, de un *ser potencial*. Según el ser que recibe en los individuos, y de los que abstraída cognoscitivamente, no es universal, puesto que está en ellos multiplicada individualmente, y es, en cada uno, individual en acto.

⁷³ *Ibid.*, p. 486.

Es universal en acto según el ser que tiene en el entendimiento, pues ahí le conviene el ser una y el ser comunicable. Es una porque es un ente individual (*species* o concepto, un accidente del alma), y es comunicable porque se puede predicar de mundos, de acuerdo a la semejanza que guarda con ellos⁷⁴.

De manera propia, el universal se encuentra en el intelecto del hombre, el cual es quien abstrae a partir de los datos o naturaleza del ente en cuestión. Sin embargo, en los individuos también se encuentra el universal, aunque de otra manera que en intelecto, pues está concretizado en un individuo. Apuntala Beuchot este tema cuando comenta lo siguiente:

Y el supuesto fundamental de la tesis tomista es la distinción de dos modos de ser: potencial y actual (la potencia y el acto), de modo que, aplicada al universal, éste puede estar en potencia bajo un aspecto y en acto bajo otro aspecto. Está en potencia en la cosa (como propiedad), y en acto en el intelecto (como significado objetivo de un concepto). Y la potencialidad del universal en la cosa se ve en su constitución, primeramente de esencia y existencia, porque las propiedades radican sobre todo en la esencia de la cosa, que aporta los elementos comunes sobre los que se aplica la abstracción o univertalización (*sic*) que opera el intelecto⁷⁵.

Esa naturaleza de la cosa individual es la que aparece como sustrato, como causa material del universal; ese universal, propiamente, está en la mente del sujeto. ¿Y la causa formal del universal? Beuchot, a partir de Santo Tomás, responde que es una relación de razón, no real, pues no se da entre una cosa y otra, sino entre una cosa (un individuo) y el concepto que se encuentra en la mente del sujeto. De ahí que su tesis sea que “El constitutivo formal del universal es algo producido por el intelecto”⁷⁶, pero que tiene esa relación de razón con la cosa a partir de la cual ha sacado esa esencia o naturaleza.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 202.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 487.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 204.

¿Pero no es acaso el universal uno también? Esto es, ¿no es cierto que el universal es individual, aunque esté en la mente? La afirmativa a las preguntas anteriores es cierta. Pero el universal no se refiere a tener todo el universo de los individuos en la mente, sino a la aplicación de ese concepto a todos los individuos miembros de la especie que se encuentran en la realidad, esto es, desde el punto de vista ontológico. “Le viene del hecho de que se compara y dice referencia a muchos individuos, lo cual puede hacer también gracias al intelecto”⁷⁷. El universal tiene predicabilidad, esto es, tiene la forma o estructura de que puede ser predicado de algo (en resumidas cuentas, de los individuos).

Hay un diverso nivel entre lo intelectual y lo real, pues lo intelectual puede generalizar o universalizar, y lo real es siempre individual. Por ejemplo, el caso de lo individual sería “este hombre”, mientras que ya universalizado sería “el hombre”. Pero lo segundo, “el hombre”, tiene fundamento en lo primero, en “este hombre”, pues “lo abstracto es la representación de un orden que se da en lo concreto. ¿Por qué lo abstracto se funda en lo concreto? Porque el orden que representa en lo abstracto es como la estructura de lo concreto, que es lo único real”⁷⁸. Eso abstracto, que es el universal, tiene “intención de universalidad” que es lo que le añade el intelecto. El universal está basado en las cosas, por ello es *post rem*, y el intelecto le añade la intención de poder aplicarse a toda la extensión de los individuos que comparten ese universal o naturaleza.

Alguien podría objetar que los universales se están reificando o cosificando en el realismo moderado, pues parece que se le da existencia real al universal. Sin embargo, esto no es así por la razón que arguye Beuchot: “Para el realismo aristotélico no vale la dificultad que ha señalado para el realismo extremo [Beuchot se refiere a Armstrong], pues no postula ninguna “participación” de los individuos con respecto de los universales, sino la inherencia de las propiedades o universales en los individuos”⁷⁹. La naturaleza, pues, está en

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 213.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 451.

los individuos, y es a partir de esas propiedades ontológicas que la mente abstrae lo universal de lo particular.

Por todo lo anterior, puede concluirse que el universal es lo común a muchos individuos, y que ese universal se encuentra propiamente en la mente o intelecto del sujeto. En las cosas, el universal se encuentra *in potentia*, aunque cada ser tiene una naturaleza definida, naturaleza en la que después el intelecto encuentra relación con otros individuos de la misma especie, en lo que entra la analogía, pues ésta tiene un fundamento en las cosas, por ejemplo, en que “este hombre” tiene semejanza con “este otro hombre”; ambos comparten la misma naturaleza. Tienen identidad o semejanza, pero también tienen diferencias, que son más bien accidentales (accidentes que provienen de la materia, como se dijo). La importancia que esto último tiene es mayúscula, pues sólo teniendo el ser humano un soporte ontológico es que se puede hablar de dignidad humana. Sobre esto habla el siguiente punto.

9. NATURALEZA HUMANA Y DIGNIDAD HUMANA

La importancia del universal en la concepción del realismo moderado para este trabajo es doble. Por un lado, hay que sostener la existencia de una naturaleza humana, que es inmutable y que es igual para todos los hombres (en el sentido de que es un mínimo, a saber, animal racional)⁸⁰. Por otro lado, a partir de esa naturaleza humana, en donde hay igualdad entre todos los hombres, debe seguirse la importancia de la dignidad humana. Si no hay ese núcleo universal, al que se puede llamar naturaleza humana, no hay asidero posible, desde el punto de vista teórico (y filosófico) para fundamentar la dignidad humana. Es cierto que el tema se puede enfocar desde el punto de vista pragmático, y sostener que una fundamentación de los derechos humanos es, en cierto sentido, ociosa y sin ninguna importancia. Pero por el contrario parece que sigue teniendo mucha ingerencia la fundamentación de la dignidad

⁸⁰ Esta naturaleza es una “sede ontológica” en donde se originan y despliegan las intencionalidades del hombre, Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2004, p. 17.

humana a partir de la existencia de la naturaleza humana, pues entonces el hecho de que tenga derechos humanos sería un mero ideal o simplemente buenos deseos⁸¹.

Por lo anterior es que hay que defender la existencia de las naturalezas en las cosas y que, a partir de ellas, el intelecto abstrae los conceptos universales. Uno de esos conceptos es el de hombre, a los que muchos llaman ya, de manera convertible, persona. En este trabajo se asumirá que persona y hombre son convertibles, esto es, son una y la misma cosa, sin entrar a discutir las sutiles distinciones en la aplicación que puede haber de estos términos.

A partir de ahí puede proponerse (teóricamente) que todos los miembros englobados en esa extensión (la de hombre o persona), tienen algo que en la filosofía se le ha dado el nombre de dignidad. Esa dignidad es para todos los individuos miembros del universo “hombre” o “persona”; esa dignidad no es sólo para algunos, sino para todos. La pregunta que viene es ¿cómo universalizar la dignidad en el hombre? La respuesta inmediata a partir de lo precedente es que hay igualdad entre todos los hombres, y que todos, miembros de la misma especie, tienen el mismo valor dado que tienen la misma esencia. Es universal el valor en cada hombre en cuanto que es una constante que todo ser humano tiene por el hecho de tener naturaleza humana. Y dado que todos los hombres tienen igualdad, y tienen el mismo valor por pertenecer al mismo universo, entonces todos son dignos de estima en la misma medida. La dignidad tendría, pues, una “validez natural”. Esto es lo que se ha llamado “dignidad coordinada”, pues ésta “es la que se da entre seres de la misma especie”⁸²; o sea, cuando los individuos que pertenecen al mismo universo comparten la misma dignidad.

Pero esa dignidad coordinada depende, pues, de lo ontológico (de la naturaleza humana), que es su fundamento. Esto quiere decir que hay una dignidad en sí misma del ser humano. La dignidad coordinada se da a partir de ella, y no al revés. Si esto es así, la dignidad parte de la naturaleza humana

⁸¹ Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, op. cit., p. 43.

⁸² ACOSTA, José Hiraís, *Fundamentación filosófica de los Derechos Humanos en Mauricio Beuchot*, Universidad Pontificia de México, México, 1997, p. 38.

del individuo, y esa dignidad no es negociable, pues no puede reducirse o aumentarse con respecto a otros miembros de la misma especie.

¿Y en qué radicaría esta dignidad, en última instancia? Desde el punto de vista ontológico, esa dignidad está anclada en la naturaleza racional del hombre. “En este carácter relacional del hombre se centra su alta dignidad en el seno de las creaturas. No por ser sustancia individual, que muchas lo son, sino por tener naturaleza racional (consciente y libre); allí radica esa dignidad humana que ahora es tan importante para sustentar los derechos humanos”⁸³. La dignidad humana, entonces, le viene al hombre por su naturaleza, naturaleza que ya se ha visto es la racionalidad. Sólo el hombre es racional y, al ser así, tiene un conocimiento intelectual superior al de otros seres (animales); tiene también libertad, como capacidad de autodeterminarse y de “crearse” a sí mismo, como tanto insistió Sartre; y, además, es conciente de sí mismo, de sus acciones, de sus deseos, etcétera. Aunque, ciertamente, la conciencia no es plena; la conciencia no es completamente transparente, pues se esconden muchas cosas más de las que realmente se saben. Más bien, la conciencia es claroscuro; hay cosas sobre las que se tiene conciencia, y otras más, muchas más, de las que no. Sin embargo hay, por lo menos, algo de luz, algo de conciencia.

Ahora bien, hay que recordar que la dignidad se relaciona muy estrechamente con los derechos humanos, que originalmente se llamaron derechos naturales, pues brotan precisamente de la naturaleza humana. El fundamento ontológico de los derechos humanos es la naturaleza humana, mientras que la dignidad viene en un segundo momento, pues brota de ella. Por ello es que el iusnaturalismo ha retomado fuerza en las discusiones actuales sobre los derechos humanos, pues los derechos humanos van más allá de las convenciones contingentes de los hombres (aquí puede apreciarse la continuidad entre los diversos momentos del pensar ético de Beuchot, pues

⁸³ BEUCHOT, Mauricio, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, UNAM, México, 1997, p. 98.

todos engarzan con la naturaleza humana y los derechos fundamentales que de ella emanan)⁸⁴.

Así, al haber igualdad esencial (en el caso de la clase natural de los hombres), hay igual dignidad. El hombre tiene un valor especial, por el hecho mismo de tener una naturaleza racional. Y esa dignidad o valor es la misma para todo ser humano.

Ahora bien, entre los valores hay que hacer una distinción y, a partir de ella, tomar partido. En el personalismo se ha hecho la distinción entre valores relativos y valores absolutos⁸⁵. Uno de los personalistas más recientes que establece esa distinción es el español Xosé Manuel Domínguez Prieto en su libro *Para ser persona*. Ciertamente cuando algo tiene valor relativo lo tiene en función de que sirve para otra cosa, esto es, ayuda a alcanzar otro objetivo que es más fundamental. Por ejemplo, el dinero, que sirve para adquirir otros bienes mucho más importantes que él mismo, pues objetivamente su valor no es significativo, sino que es establecido subjetivamente por los individuos. En cambio, algo tiene un valor absoluto cuando no puede ser negociable por otra cosa, pues el valor lo tiene en sí mismo; es un valor que va más a lo ontológico, al ser mismo del hombre. Dice Domínguez Prieto que la persona “*Nunca puede ser utilizada*, nunca puede ser un medio sino un fin en sí. Y esto significa que la persona tiene una *dignidad* y merece respeto absoluto al margen de su edad, condición, coeficiente intelectual, género e, incluso, actuación moral. Tanto Teresa de Calcuta como Hitler tienen la misma dignidad

⁸⁴ No todos los autores han estado de acuerdo en la universalidad de los derechos humanos, por ejemplo, Rorty, Cf. GARCÍA MORIYÓN, Félix, “Tesis sobre los derechos humanos”, en: *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 15, Universidad Complutense de Madrid, (1998), pp. 42 ss.

⁸⁵ El personalismo hunde sus raíces ya en Sócrates y San Agustín, y especialmente en la escolástica del Renacimiento español, hasta llegar hasta el siglo XX con Maritain, Mounier, Ricoeur, Nédoncelle, Carlos Díaz, entre otros, OCAÑA GARCÍA, Marcelino, “Francisco de Vitoria y Luis de Molina: Personalismo y personalidad”, en: *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 7, Universidad Complutense de Madrid, (1989), p. 149. Además habría que añadir de manera explícita, por la importancia de ellos, a Tomás de Aquino y a Emmanuel Kant.

personal, aunque no la misma dignidad moral. Como personas son igualmente respetables pero moralmente la segunda es reprobable. Y es que toda persona es dueña de su vida. Precisamente en este “ser suya” radica su dignidad. Por eso no debe ser tratada como cosa”⁸⁶.

Por su parte, Carlos Díaz, uno de los personalistas más importantes de la actualidad, explica este punto de la siguiente manera:

Una persona humana es valiosa en sí misma, tiene valor siempre aunque ya esté rota o vieja, o aunque todavía no haya nacido, vale desde el primer instante y para siempre, es valiosa en sí misma y por eso no tiene precio sino dignidad, no es objeto, sino sujeto, y por tanto tiene valor y no precio⁸⁷.

Ciertamente esta explicación de Díaz lleva, implícitamente, la distinción que aquí se ha mostrado.

Con lo anterior, puede decirse que la distinción entre valor relativo y absoluto puede aplicarse de la siguiente manera: las cosas tienen un valor relativo, mientras que los hombres tienen un valor absoluto. “Que la persona no sea cosa significa que tiene un *valor absoluto* y, por lo tanto, *la persona es la fuente de todo valor*. Esto no significa que la persona sea *el Absoluto*, sino que tiene valor en sí, un valor absoluto, respecto de cualquier otra realidad material o social y que jamás puede ser considerada como parte de un todo”⁸⁸. Sin embargo, esta última afirmación de Domínguez Prieto debe matizarse: no es que el hombre no pueda ser parte de un todo, lo que debe decirse es que el hombre no debe perder jamás su individualidad (designada, desde el punto de vista metafísico, por su *materia signata quantitate*) en pos de la masa de los hombres.

⁸⁶ DOMINGUEZ PRIETO, Xosé Manuel, *Para ser persona*, Fundación Emmanuel Mounier (Colección Sinergia), Salamanca, 2002, p. 16.

⁸⁷ DÍAZ, Carlos, *El libro de los valores personalistas comunitarios*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2000, p. 112.

⁸⁸ DOMINGUEZ PRIETO, Xosé Manuel, *Para ser persona*, *op. cit.*, p. 16 (los subrayados son del original).

El hombre, individualmente, tiene un valor en sí mismo, un valor absoluto, como lo llama Domínguez Prieto. Así ya lo apuntaba también, mucho antes, el Doctor Angélico, pues para él el hombre aparece “como lo más perfecto en todo el orden natural (*Sum. Theol.*, I, 29, 3); la única criatura, que, en todo el universo, es fin por sí misma, estando todo lo demás ordenado a ella (*Sum. contra Gent.*, III, 113), y ella misma, en todo lo que es, puede y posee, referida a Dios (*Sum. Theol.*, I-II, 21, 4)”⁸⁹. El hombre aparece como la más importante de las criaturas que, en la jerarquía de los seres, es la única que tiene conciencia de sí, de sus actos, de sus voliciones, etcétera. Y esto último aparece como el despliegue de su naturaleza racional, que es la que lo identifica y diferencia al hombre de cualquier otro ser. Pero, bajando de la especie a los individuos, cada uno de ellos tiene o le compete la dignidad que le pertenece a todos. Todos los individuos (todos los hombres concretos) tienen dignidad, tienen un valor en sí mismos y, por ello, no son intercambiables; cada hombre concreto tiene un valor absoluto por el hecho mismo de ser un miembro de la especie de los hombres.

10. POCOS PRINCIPIOS

Además de las ideas anteriores, hay otras ideas de suma importancia para comprender qué es la ética hermenéutico-analógica. Dice Javier Prado que “Beuchot propone una hermenéutica de la ética que nos conduzca a plantear pocos principios como punto de partida”⁹⁰. Debe haber ciertos lineamientos o puntos de partida, para que la ética que se busca no sea vacía o puramente formal, sino materializada, o sea, con algo de contenido. Nuevamente aquí podrá entrar algo universal; algo que, a su vez, fungirá de límite para establecer hasta dónde es posible aceptar la “actitud hermenéutica”, pues no toda acción

⁸⁹ MANZANA, José, *Lo absoluto necesario en la existencia humana*, Fundación Emmanuel Mounier (Colección Persona), p. 24.

⁹⁰ PRADO GALÁN, Javier, “Ética, metafísica y postmodernidad en la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot”, en: *Analogía filosófica. Revista de filosofía*, Año XV No. 1, (2001), p. 207.

podrá ser aceptada. Ese límite será la persona, pues es lo universal o universalizable. Este concepto será el que ayude a no caer en el permisivismo.

Esto hace de la ética hermenéutico-analógica algo especial, porque da como un primer lineamiento el hecho de que se debe considerar al otro, no únicamente los intereses del sujeto moral, es decir, de quien actúa. El prójimo debe estar presente siempre, pues la acción repercute necesariamente en él. Una acción moral afecta a segundos o a terceros a quienes, por lo general, es imposible considerar en todo momento. Pero debe hacerse el esfuerzo, aunque sea con los segundos. Así es que “La ética hermenéutica acepta que el hombre alcanza mayor plenitud mientras más se halle intencionalizado o proyectado hacia el otro, inclusive en función del otro, del prójimo”⁹¹. Por lo general siempre se piensa primero en lo conveniente y el provecho que una acción da al sujeto que actúa, sin embargo la ética analógica, al ser hermenéutica, interpreta la situación propia y la de los otros, y a estos últimos debe considerar, pues en muchas ocasiones (si no es que en todas) son los que resienten la realización de ciertos actos humanos.

En su libro *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Beuchot sigue explorando lo que será la ética de la hermenéutica analógica, y dice que ésta parte de un principio formal, que proviene de la filosofía clásica, y es “haz el bien y evita el mal”. Pero así enunciado aparece sumamente formal, es decir, desprovisto de materia, de contenido. Lo que debe hacerse es llenarlo de materia para que pueda ser empleado. Hay que interpretar qué es lo bueno y qué es lo malo. Hacer el bien es correcto; aunque quede la posibilidad de revisar qué se entiende por el cualificador moral “bien”, pues lo bueno, como el ser, se dice de muchas maneras. Es por eso que “La hermeneutización de la ética nos conduce a plantear pocos principios como puntos de partida”⁹². Esos puntos de partida no son muchos, pero ayudan a dirigir la conducta, la acción. Además son principios que pueden (y deben) ser llenados con materia,

⁹¹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, op. cit., p. 129.

⁹² BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, UNAM, México, 2000 (3a. ed.), p. 55.

para que no se queden en la simple forma. Se buscan, pues, los principios orientadores de la acción.

Uno de esos principios puede ser un imperativo ético hermenéutico analógico. Este imperativo tratará de conjuntar lo formal y lo material, partiendo del clásico principio “haz el bien y evita el mal”, materializándolo o limitándolo con el concepto de hombre o persona. Ciertamente este principio lleva en sus entrañas a la hermenéutica, pues *de facto* de interpreta. Sin embargo, “Haz el bien y evita el mal” tendrá como límite interpretativo al hombre y su dignidad y ello sujetará la interpretación del hermeneuta.

Por si fuera poco, y como ingrediente complementario, se puede decir que esas directrices orientadoras deben ser enseñadas⁹³, aunque no de manera impositiva, sino con el *ejemplo* y con el *diálogo*, como lo quería en el ámbito colonial Bartolomé de las Casas (en este punto se muestra la importancia que ha tenido el pensamiento lascasiano en Beuchot).

Sobre esto último, Beuchot recuerda constantemente la diferencia wittgensteiniana entre el *decir* y el *mostrar*. La vida buena y recta se *muestra*, porque el decir se queda en un puro formalismo (muchos predicadores durante la Conquista de América proponían una forma de vida basada en la bondad y en la caridad, como la del cristianismo, pero imponiéndola con armas y la fuerza; en este caso, el decir y el mostrar aparecen divorciados). Con mostrar lo que es una vida buena, es muy probable que ésta se imite, convirtiéndose en una “vida ejemplar”, que en buena medida es un símbolo.

11. SÍMBOLO O ICONO: EL CASO DE LA EJEMPLARIDAD EN LA ÉTICA O EL HECHO DE SIMBOLIZAR LA VIRTUD

Beuchot recalca constantemente en sus últimos libros la utilización del símbolo, que es aquello que permite ver lo abstracto en lo concreto. En el símbolo se muestra lo universal a partir de lo particular; “La utilización del símbolo es una manera de universalizar”. Y es aquí donde Beuchot habla de la tarea del

⁹³ Cf. *Ibid.*, p. 56.

filósofo, pues lo que espera la humanidad de nosotros es que les demos símbolos para vivir: “Ofrecerles paradigmas de acción y de sentido, ético y metafísico”⁹⁴. En ello, la hermenéutica analógica es una herramienta sugerente y que podrá permitir dar, en algunos momentos, símbolos a los hombres. Podrá brindar algunas vidas ejemplares que son dignas de ser seguidas, de ser repetidas en sus aspectos éticos, de ser, en cierto sentido, modelos para actuar.

¿Pero en qué sentido han de ser modelos? Es decir, ¿qué características tiene el símbolo para ser modélico? Parece que la respuesta ha de ir encaminada o enmarcada en la teoría clásica de las virtudes. La virtud, tal cual enseñaba Aristóteles, es el hábito operativo de una acción buena, de una acción que perfecciona a quien la realiza. Es decir, quien es virtuoso se perfecciona a sí mismo gracias a la virtud (por ello la ética aristotélica es teleológica). Este hombre que se perfecciona llega a ser un *hombre analógico*. “Así, el análogo, y hombre analógico, proporcional, tiene la proporción o equilibrio que le da la virtud”⁹⁵. Esa virtud que le perfecciona y le hace ser bueno, que le da a su vida un “concierto armonioso”. Sin embargo, hay quienes han entendido la virtud como algo contrapuesto al deber, a la obligación, a lo imperativo. Y es que se ha argumentado a favor de la virtud diciendo que el deber, cuyo máximo exponente ha sido Kant, deja a la moral vacía de contenidos, es decir, de materia, quedándose muy formal y sin prescribir algo concreto (recuérdese la crítica de Max Scheler a la ética kantiana). Dice Carlos Thiebaut que “esa crítica es, precisamente, la que se ha reiterado en la filosofía contemporánea de la mano de las revisiones neoaristotélicas al programa ético de la modernidad”⁹⁶. Según la opinión de Thiebaut, parece que hay enfrentamientos entre los neoaristotélicos (Alasdair MacIntyre y Bernard Williams, por ejemplo) y los neokantianos (entre los que destacan

⁹⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, Caparrós, Madrid, 1999, p. 57.

⁹⁵ BEUCHOT, Mauricio, *Ética*, Editorial Torres Asociados, México, 2004, p. 112.

⁹⁶ THIEBAUT, Carlos, “Virtud”, en: CORTINA, Adela (dir.), *10 palabras clave en Ética*, Verbo Divino, Navarra, 2002 (4a. ed.), p. 430.

John Rawls y el neocontractualismo, Jürgen Habermas y Karl Otto Apel y las éticas dialógicas). Sin embargo, el camino no ha de ser de enfrentamiento entre ambas posturas, pues pueden llevar a extremos y callejones sin salida en la discusión filosófica. Más bien, hay que mediar entre ambas posturas, hay que mediar entre la virtud y el deber (o imperativo). Por ello Beuchot ha propuesto la aplicación de la hermenéutica analógica a la ética, tratando de buscar que en ella se junten armoniosamente las leyes y las virtudes, aunque en el caso de Beuchot se da predominio a estas últimas⁹⁷.

La ética de la hermenéutica analógica puede permitir la unión entre lo teleológico y lo deontológico. Pero no es una unión simple o sin más. Hace falta matizar todavía cómo puede darse esa unión y, por qué no, acentuar el predominio de lo deontológico sobre lo teleológico, en el sentido de una tendencia más hacia lo unívoco que hacia lo equívoco. Beuchot argumentaría que dado que la analogía tiende más hacia lo equívoco que hacia lo unívoco; además Beuchot argumentaría que la búsqueda de la sola semejanza empobrece a la analogía⁹⁸; por lo tanto una ética hermenéutico-analógica tendería más a las virtudes que a la ley o al imperativo.

Sin embargo, no hay por qué cerrar esa posibilidad, dado que hay que buscar la unidad dentro de la analogía. Mantener la diferencia es lo más importante, pero es la unidad o identidad en donde se funda la analogía; si no existe la unidad o el punto de identidad, la analogía dejaría de existir. No habría analogía si no hubiera algo en lo cual se identificaran o donde se unieran dos o más elementos diversos. Por ello, buscar aquello que daría pautas de unidad entre todos los miembros de un grupo de análogos sería la tarea de una visión de unidad del filósofo moral y, por lo tanto, buscar un imperativo común a todos sería aquello que daría unidad a lo diverso, al conjunto de lo humano.

⁹⁷ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Ética*, *op. cit.*, pp. 78-79.

⁹⁸ Cf. BEUCHOT, Mauricio, "La analogía en el barroco y la posmodernidad", en: ARRIARÁN, Samuel y HERNÁNDEZ, Elizabeth (comp.), *Ensayos sobre hermenéutica analógico-barroca*, Editorial Torres Asociados, México, 2007, pp. 7-9.

Nuevamente aparece el problema de si lo humano se predica de manera unívoca, equívoca o análoga. Como ya se dijo, parece que no puede ser equívoca, pues la definición de lo humano se aplicaría de manera diversa a cada individuo, es decir, cada definición de hombre se agotaría en la individualidad de cada uno. Sólo queda escoger entre si es unívoco o análogo. Que lo humano sea unívoco, es decir, que la definición de hombre sea unívoca sería proponer que se aplica de igual manera a todos los miembros o individuos de esa especie. Por su parte, decir que la definición de hombre se aplica de forma analógica sería decir que se aplica de manera proporcional o diferenciada. La respuesta puede ser que en un sentido se aplica de manera unívoca y en otro sentido se aplica de manera análoga. Unívocamente, todos los individuos que pertenecen o son miembros de la especie de los humanos deben tener la misma definición, es decir, se les ha de aplicar de la misma manera en todas partes y en todo momento. Analógicamente, todos los hombres nos identificamos en algo (en la humanidad), aunque las diferencias sean muchas y considerables. En cierto sentido hay analogía en la definición de hombre, pero también tiene cierto univocismo. Esto es, la definición de hombre es analógica, pero tendiendo más a la univocidad que a la equivocidad, como ya se ha explorado en este mismo capítulo.

Hay que buscar la identidad en lo esencial (en la naturaleza humana); lo que quiere decirse es que debe buscarse la identidad en la humanidad. Que se considere a todos los hombres igualmente hombres. Con sus diferencias culturales, raciales, etcétera, pero con la igualdad o identidad esencial entre todos. Y es que la igualdad no está en otra cosa que en la esencia, en la esencia de lo humano, en su naturaleza misma.

Ahora bien, volviendo al tema de la virtud, puede decirse que ésta se *muestra*, en donde entraría la función del símbolo o icono; pero también esa virtud se puede *decir*. La virtud no sólo se puede mostrar, sino también decir, contrariamente a lo que decía Wittgenstein. Sin embargo, el mostrar es lo más importante de la virtud. No importa cuánto se diga o teorice sobre una virtud, sino que lo más importante es que se practique, que se lleve a cabo y que sirva de guía o modelo para otras personas. Y esto se sustenta en la tesis

de Beuchot que dice: “El que es un ejemplo de virtud se constituye en modelo o ícono para el que está aprendiendo la virtud, de modo que pueda iconizarse con él”⁹⁹. Por ello Beuchot ha enfatizado últimamente ese símbolo, que es como un universal concreto, en cuanto que muestra el camino que debe seguirse para alcanzar la vida buena. “Hay que llegar al universal concreto, al ícono de ser humano que nos servirá para construir la ética, al modelo del hombre que revestirá la moralidad que establezcamos”¹⁰⁰. Ese ícono es la *muestra* de lo que debe ser, de lo que hay que hacer para lograr la perfección y, a partir de ella, alcanzar la vida buena o felicidad¹⁰¹. Pero ese mostrar debe ir acompañado de la argumentación, o sea, del decir.

Un ejemplo entre el decir y el mostrar, que atañe mucho porque se llevó a cabo en México, es la incongruencia que se percibía entre el decir y el mostrar de quienes propagaban en Evangelio durante la Conquista de América. Por un lado el mensaje del Evangelio era de paz, amor, concordia y filiación entre todos los hombres, pero por otro ese mensaje buscaba imponerse por la fuerza, por el terror de las bombardas, esto es, por las armas. Entre los que destacan la incongruencia en el *modo* de transmitir el Evangelio, está Bartolomé de las Casas, defensor de los indios¹⁰². Quienes llevan el mensaje del amor mediante la guerra están siendo incongruentes entre lo que dicen y lo que muestran. Por ello es que hay que superar esta contradicción logrando la congruencia entre el decir (lo que se propone como tesis) y el mostrar (lo que

⁹⁹ BEUCHOT, Mauricio, *Ética, op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁰ BEUCHOT, Mauricio, *En el camino de la hermenéutica analógica*, San Esteban, Salamanca, 2005, p. 54.

¹⁰¹ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Antropología filosófica de Santo Tomás de Aquino*, Centro de Estudios y Promoción Social A. C. (CEPS), México, 1978, pp. 10-12. En este folleto, Beuchot muestra la perfección del hombre en la sociedad, enfocada tanto a la vida teórica como a la vida práctica y, además, destaca a la prudencia como una virtud teórico-práctica. Cabe apuntar, finalmente, que el año de publicación no aparece en el folleto mismo, sino que ha sido obtenido mediante otras citas hechas por el mismo Beuchot.

¹⁰² Al respecto puede consultarse mi artículo, “Bartolomé de las Casas: defensor de los indios”, en: *La lámpara de Diógenes*, No. 10-11, BUAP, (2005).

se simboliza o iconiza). Ciertamente estos dos polos pueden cargarse más del lado del mostrar, buscar ser modelos de acción, iconos de la virtud, para que ese símbolo de qué vivir, de cómo vivir a los demás. Si se propaga el mensaje del amor, entonces hay que ser amorosos. Eso es lo que quería desesperadamente Bartolomé de las Casas.

Quien dice una cosa y actúa de manera diferente, se autocancela, se autorefuta. Era lo que pasaba con los conquistadores y encomenderos de la colonia. En estos tiempos, parte de la discusión se centró entre el decir y el mostrar, aplicándose a diversos aspectos: la palabra y el hecho, o entre lo dicho y la acción.

En el marco de la predicación de la fe cristiana durante la conquista, puede tomarse como ejemplo el caso de Las Casas y Sepúlveda. El primero hablaba de una predicación pacífica, mientras que el segundo proponía hacer la guerra en contra de los indios para predicar el Evangelio (pues los autóctonos de alguna manera se resistieron a aceptar la fe en Cristo). Desde la interpretación de Gutiérrez, “obligar a la fe” es rechazado por todos los teólogos de la época, incluido Sepúlveda (apunta el autor que teóricamente)¹⁰³. Desde la visión de Gutiérrez, aquí no hay problema, pues todos rechazan entrar en la conciencia del indio para forzar la aceptación de la fe.

Sin embargo, muchos de los teólogos de la época aceptan el derecho a suprimir los impedimentos para proclamar el Evangelio¹⁰⁴. Bartolomé es una excepción, pues para él “sólo hay un modo de evangelizar: los medios pacíficos, es decir, la persuasión y el diálogo”¹⁰⁵. Para los teólogos como Sepúlveda, hay un cierto derecho a violentar el contexto de los indios de América para que reciban la fe cristiana. Para los teólogos como Las Casas, no hay derecho alguno para forzar la aceptación del cristianismo entre los indios. Ellos deben aceptar la fe por convicción gracias a la persuasión del evangelista. Bartolomé

¹⁰³ Cf. GUTIÉRREZ, Gustavo, *En busca de los pobres de Jesucristo. El pensamiento de Bartolomé de las Casas*, Instituto Bartolomé de las Casas (RIMAC) – Centro de Estudios y Publicaciones (CEP), Lima, 1992, pp. 195 y 230.

¹⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 195.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 219.

defiende, puede decirse, una cierta libertad religiosa. Los pueblos pueden escuchar y, eventualmente, aceptar el mensaje del Evangelio¹⁰⁶. Pero no están obligados a aceptar este mensaje, y menos todavía utilizando la fuerza para ello.

Es por ello que el verdadero obstáculo para evangelizar a los indios era el *contratestimonio* de los cristianos mismos. En otras palabras, hay una cierta contradicción entre predicar un mensaje de amor y paz, y evangelizar utilizando cañones y armas. Se niega con la conducta lo que se ofrece con las palabras. Dice Gutiérrez: “Ese es el verdadero obstáculo de la fe. Suprimirlo está en manos de los cristianos, es necesario que su comportamiento sea coherente con las palabras que anuncian”¹⁰⁷.

Bartolomé, sin duda, buscó la coherencia entre la palabra y la acción, que ve ejemplificada en la persona de Jesucristo. Estuvo en contra de la servidumbre impuesta a los indios, pues ello es contrario al mensaje evangélico. Hay que liberar de su esclavitud al indio, al pobre, a aquél que está siendo utilizado como una *extensión* del cuerpo del europeo. Si el Evangelio propone que los hombres vivan en armonía, unidos por el amor y la paz, sólo se puede ser verdaderamente evangelista llevando esto a cabo. Decir y hacer son dos polos que deben estar, definitivamente, unidos.

Este icono o símbolo que era fray Bartolomé de las Casas, pretendía convertir a los indios con el ejemplo. En nuestros tiempos también el símbolo puede ayudar a que otros se “iconicen” con lo que se muestra y, así, generar mayor perfección (individual y grupal). La función del icono o símbolo es la de mostrar cuál es la vida que vale la pena seguir, y por ello es que es ejemplar; esa vida ejemplar es una vida virtuosa. La función del símbolo es que otros hombres sigan ese ejemplo, para conseguir alcanzar su perfección y, así, la felicidad¹⁰⁸; sin olvidar, por supuesto, el papel del decir, que es el de argumentar,

¹⁰⁶ Cf. 220.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 222.

¹⁰⁸ Cabe hacer el señalamiento de que para Beuchot el símbolo puede tener dos caras: el icono (en cuanto que es un símbolo que invita a la perfección) y el ídolo (en cuanto que muestra la imperfección). Este tema es tratado en varias partes del libro de BEUCHOT, Mauricio, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, op. cit.

el de proponer. Mostrar y decir forman un vínculo indisoluble en la ética, y más en la ética hermenéutico-analógica.

12. UNA ÉTICA EN DIÁLOGO

Beuchot también recupera la idea de que el hombre es un ser dialogante; es hombre es un ser con *logos* pero que tiende o sale mediante el *dia-logos*. La ética hermenéutico analógica tiene también, además de lo anterior, este ingrediente: el diálogo (elemento que también se encuentra en su hermenéutica, similitud que tiene con la hermenéutica de Gadamer, como ya se mostró en el segundo capítulo). “No solo una ética que se diluya en el solo consenso de los dialogantes, sino que quiera construir trabajosamente un *corpus* ético, un cierto sistema, a veces mínimo; pero siempre se hará dialogando”¹⁰⁹. No se queda en la ética discursiva como la que proponen Habermas y Apel, sino que ante la verdad de una cosa, los usuarios (en este caso, los *usuarios morales*) asientan ante la evidencia de ciertos principios válidos para todos. Además, la ética que proviene de la hermenéutica analógica, siendo fieles a la cita anterior, sería una ética mínima, una ética que permite una convivencia adecuada entre miembros de diferentes grupos culturales, pues cada grupo (e incluso cada individuo) puede tener interpretaciones diversas sobre las acciones.

En *Las caras del símbolo*, Beuchot nuevamente recalca la importancia del diálogo, pues todo diálogo debe presuponer en la ética el respeto a la vida. Si no existe este respeto, luego no puede haber diálogo. No es un diálogo vacío, que quiera ser muy abarcadora, como la ética del discurso, sino que hace falta el arrojo o la “valentía” intelectual de proponer valores axiológicos, en donde el principal es el respeto a la vida humana, cuyo valor es absoluto. Pues, como dice Beuchot, “Una ética sin atención a la discursividad y al procedimiento es ciega, pero una ética sin apuestas axiológicas es vacía”¹¹⁰.

¹⁰⁹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, op. cit., pp. 129-130.

¹¹⁰ BEUCHOT, Mauricio, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, op. cit., p. 55.

Por ello hay que dialogar y argumentar con otras corrientes éticas, pero también hace falta “apostar” por ciertos valores, como el valor absoluto de la persona humana. Esa apuesta brindará un cimiento fuerte para poder construir las paredes del “edificio ético”; y esa construcción está atenta también a las propuestas de otras teorías éticas.

13. ÉTICA DEL CLAROSCURO: UNA LUZ MÍNIMA, PERO LUZ AL FIN Y AL CABO

Finalmente, Beuchot apunta que la ética de la hermenéutica analógica “Tampoco significa una ética clara y distinta, esto es, rígida pero disfrazada de laxa, pues se estructurará, más que por leyes, por virtudes”¹¹¹. Es una ética como la aristotélica, no cerrada y que, desde la interpretación que busca este artículo, puede dar origen a un imperativo ético (hermenéutico analógico), pues dejará un cierto espacio para que el sujeto moral, quien actúa, interprete la situación y realice una acción conveniente.

Sin embargo, esta ética, y la posición que de ella emana, no puede dar una plena seguridad en todo momento al actuar humano. En ética no se puede ser completamente exacto, como en otras áreas del saber. En otras palabras, la ética no es completamente clara y distinta y por ello deja lugar a dudas, al contrario de como quería Descartes que fuera la nueva filosofía (aunque su moral no duda de nada)¹¹². Pero tampoco la ética de la hermenéutica analógica está en las tinieblas, pues ello sería permitir cualquier acción y no daría pie a la crítica que la ética tiene en sus entrañas. Más bien, la ética de que proviene de la hermenéutica analógica es claroscuro; en parte da cierta luz, pero también tiene la honestidad y madurez para expresar que hay cosas que no se explican, o que requerirían estudios pormenorizados. Es una ética que da cierta luz, pero que tiene conciencia de sus limitaciones, aunque ello no le impide proponer un mínimo intocable, un deber mínimo, esto es, un imperativo ético.

¹¹¹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, op. cit., p. 131.

¹¹² Cf. BUGANZA, Jacob, *Navegaciones*, Ediciones Verbum Mentis, Córdoba (México), 2007, pp. 85-93.

En este sentido, la ética de la hermenéutica analógica se acerca mucho a la posición de Aristóteles, entre los antiguos, y a Adam Smith, entre los modernos. Sin embargo, un acercamiento como éste (entre Aristóteles y Smith) haría titubear a cualquiera, tal como lo expresa Ryan Hanley. Pero sí hay un lugar en el que se unen: en que la ética no es completamente clara y axiomática, como otras ciencias. Dice Hanley a este respecto: “La aseveración de Smith de que la ciencia de la ética no admite “siquiera la más aguda precisión”, evoca la característica insistencia de Aristóteles en que el nivel de precisión que puede esperarse de tipos más rigurosos de investigación difícilmente puede esperarse de las teorías de la ética debido a la naturaleza de su contenido”¹¹³. La ética se acerca más a la tópica y a la retórica que a la axiomática, aunque esto último sería el ideal, pues toda ética busca escapar de su tiempo y erigirse como algo inamovible, o sea, pretende valer para todo tiempo y para todo lugar.

Por ello es que el hecho de que una ética claroscuro no equivale a afirmar que la ética no tienda, idealmente, a ser clara; simplemente que la ética tiene conciencia de que hay mucho por explicar y que las razones que ella brinda no provocan el asentimiento de todos en un primer momento. Hace falta entrar a la discusión y al diálogo razonado para provocar el asentimiento ante la evidencia de cierto principio.

Uno de los temas que más ayudan a aclarar esto último porque evidencia el andar claroscuro de la ética es la distinción que hay entre el silogismo teórico y el práctico. Al igual que el silogismo teórico, el práctico tiene dos proposiciones o premisas; pero a diferencia del primero, el práctico concluye en una acción. “Si la conclusión del silogismo práctico, como algunos intérpretes defienden, no fuera una acción sino un nuevo conocimiento, una proposición referida a la acción, no habría verdadera diferencia entre silogismo teórico y práctico, más que en el contenido de ambos. Se debería entonces hablar no sólo de silogismos prácticos, sino también de silogismos biológicos, cosmológicos u ontológicos. Sin embargo, si se habla específicamente de

¹¹³ HANLEY, Ryan P., “Adam Smith, Aristóteles y la ética de la virtud”, en: *Estudios públicos*, No. 104. (2006), p. 155.

silogismos prácticos, es porque hay notas que lo diferencian formalmente, y no sólo materialmente, del silogismo teórico. La principal de esas notas (...) es que su conclusión es una acción”¹¹⁴. Sin embargo, ese silogismo práctico, que tiene como objeto la acción y, en último término, la vida, no es completamente científico, sino que implica mucho la subjetividad de quien actúa; es decir, puede tener algo de objetivo, pero lo subjetivo sin duda permea el actuar y, por ello, al mismo silogismo práctico.

Ahora bien, Oriol expone de la siguiente manera lo que es un silogismo práctico¹¹⁵:

Premisa mayor: <i>Toda acción de tipo A es un bien</i> (<i>un deber</i>)	[<i>para un agente C</i>]
Premisa menor: <i>Esta acción B es una acción de tipo A</i>	[<i>y D un agente C</i>]
Conclusión: Acción B	[<i>hecha por D</i>]

Toda acción que respete la vida del otro es un bien para un agente bueno; el hecho de no dañar a alguien es una acción buena y quien actúa así está siendo bueno; por ello es que no hay que dañar al otro.

La premisa mayor tiene un carácter universal o abstracto y que es valorado de forma positiva (bueno) o negativa (malo). Hay una valoración previa, como se aprecia, y por ello se erige como universal; esa valoración habla de que las “acciones en cuestión es que son dignas de ser traídas al ser o no”¹¹⁶. Ahora bien, en último término, la premisa universal tiene en su seno un deber, un imperativo. Por ello es que Oriol dice que “De esta valoración deriva su carácter deóntico, bien imperativo, bien prohibitivo”¹¹⁷.

La premisa menor “es un juicio singular que incluye un determinado acto (representado e inmediatamente a mi alcance) en la categoría de actos señalada

¹¹⁴ ORIOL SALGADO, Manuel, “La estructura del silogismo práctico en Aristóteles”, en: *Revista de Filosofía*, Vol. 29 No. 1, (2004), p. 56.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 57.

en la mayor”¹¹⁸. Esa segunda premisa está en orden de lo posible, en cuanto que el agente moral puede actuar de esa determinada manera. Sin embargo, la acción puede ser o bien ya realizada o bien en vías de realización. Puede pertenecer a la sensibilidad (en cuanto que está sucediendo o ha sucedido en alguna medida), y también puede pertenecer a la imaginación intelectual, en cuanto que está referida hacia el futuro¹¹⁹. Más adelante se verá la importancia de los modos temporales para el silogismo práctico. Antes de llegar a eso, hay que comentar en qué consiste la conclusión.

La conclusión, como se aprecia en el cuadro de Oriol, es una acción concreta. El ejemplo que utiliza Oriol, proveniente de la *Ética Nicomáquea* (VII, 3, 1147 a 25-30), es el siguiente: “Cuando de las dos [premisas] resulta una sola, el alma necesariamente afirma por un lado la conclusión, y por otro actúa inmediatamente en el orden práctico; por ejemplo, si todo lo dulce debe gustarse y esto que es una cosa concreta es dulce, necesariamente el que pueda y no sea obstáculo lo gustará enseguida”¹²⁰. Aparecen en la cita anterior tanto la premisa mayor (todo lo dulce debe gustarse), la menor (esta cosa concreta es dulce), y la conclusión (gustarla enseguida). La conclusión es el acto o *praxis* concreta de degustar el dulce que se presenta. Es claro que esta conclusión práctica implica la temporalidad de la acción, pues toda acción se da en un tiempo determinado. Por ello, para Fernando Rey Puente, el Aristóteles de la *Ética Nicomáquea* pretende salvaguardar la diferenciación modal entre presente, pasado y futuro para aplicarla al caso del silogismo práctico. Dice este autor:

[Aristóteles pretende] salvaguardar la diferencia modal entre pasado, presente y futuro en el ámbito ético, al contrario de su tentativa de superación

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 66.

¹²⁰ Citado por: *Ibid.*, p. 68. Oriol sigue explorando, en su artículo, las dificultades del silogismo práctico a la luz de algunos comentaristas contemporáneos, como la idea de que “si no hay nada que lo impida”, que podría llevar a concluir que no siempre el silogismo práctico termina en acción.

de estos términos en el célebre tratado escrito sobre el tiempo en la *Física*. Eso ocurre, pues el así llamado silogismo práctico, se fundamenta y estructura precisamente a partir de esa diferenciación modal del tiempo¹²¹.

¿En qué sentido hay que salvaguardar la distinción o diferenciación modal del tiempo para la ética? ¿Qué relación tiene esa diferenciación modal temporal con el silogismo práctico? Sobre este asunto, la respuesta que brinda Fernando Rey es sumamente sugerente, aunque puede hacerse una precisión. Habrá que citar a este autor en extenso:

Aristóteles diferencia claramente los fines y los medios de una acción. El fin es el bien alejado y este es objeto de la voluntad (*boulesis*), los medios, en cambio, son objeto de la decisión (*proairesis*) y esta ocurre en un momento y, en caso de que decidamos correctamente en vistas del fin, entonces decidiremos en el momento oportuno (*kairós*). Y apenas gracias a nuestra conciencia temporal que podemos deliberar correctamente, pues en caso de que no fuésemos capaces de deliberar sobre los fines que se sitúan en el futuro, seríamos incapaces de tener libertad sobre el placer inmediato (...) De este modo, la voluntad que es apetencia racional debe refrenar el deseo que es apetencia irracional, con la intuición de no irse tras lo inmediato, sino que tenga delante de sí siempre el fin verdadero al que debe aspirar y que se encuentra en el futuro. Tampoco el pasado interesa en particular para el silogismo práctico, porque, según Aristóteles, sólo debe haber deliberación o decisión sobre lo que es o será posible, y el pasado, por el contrario, posee un carácter necesario y escapa a toda posibilidad¹²².

¹²¹ REY PUENTE, Fernando, “*Télos como arché e o fundamento temporal da a diferenciação em Aristóteles*”, en: *Revista Philosophica*, No. 26, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (2003), p. 228. “salvaguardar a diferenciação modal entre passado, presente e futuro no âmbito ético, ao contrário da sua tentativa de superação desses termos no célebre tratado que escreveu sobre o tempo na *Física*. Isso ocorre, pois o assim chamado silogismo práctico, se fundamenta e estrutura precisamente a partir dessa diferenciação modal do tempo” (la traducción es mía).

¹²² *Ibid.*, p. 236. “Aristóteles diferencia claramente os fins e os meios de uma ação. O fim é o bem almejado e este é objeto da vontade (*boulesis*), os meios, entretanto, são objeto de decisão (*proairesis*) e esta ocorre em um momento e, caso decidamos

Hay varias cosas sobre las cuales reflexionar a partir del texto anterior. Dos de ellas muy importantes. La primera, es que si no existiera esa distinción modal temporal, la reflexión sobre la acción a ejecutar o realizar no escaparía del mero placer inmediato (*prazer imediato*) del deseo (*desejo*). Es decir, el hombre se guiaría simplemente por sus impulsos y no vería su acción reflejada a futuro (aunque esto sucede con frecuencia, sin duda). La segunda es que, al contrario de la interpretación que brinda Rey apoyándose en Aristóteles sobre el pasado, puede contra argumentarse que el pasado sí ayuda al silogismo práctico, pues ese pasado ayuda a caer en la cuenta de los aciertos y errores cometidos (y que ciertamente ya son inamovibles desde el punto de vista ontológico), pues ese pasado es un cúmulo muy rico de experiencias que ayudan a distinguir entre lo que debe y no hacerse a futuro (en el caso de que no quieran cometerse los mismos errores, por supuesto). La experiencia sí tiene una función en la decisión, en cuanto que es todo el bagaje que el sujeto ético tiene y que, como consecuencia práctica, puede dar como producto la acción (que, por definición, es libre y responsable).

A pesar de que hay un silogismo práctico en la ética, que proviene de la tradición de Aristóteles, no parece que el conocimiento de la ética sea tan claro y evidente que provoque el asentimiento universal. Sin embargo, si se renuncia a esta tarea (como pareciera suceder en el permisivismo), la ética se vendría abajo y lo único que quedaría sería la moral. Se cancelaría la reflexión ética, pues no habría algo que escapara a la dimensión espacio-temporal.

corretamente em vista do fim, então decidiremos no momento oportuno (*kairós*). E apenas graças à nossa consciência temporal que podemos deliberar corretamente, pois, caso não fôssemos capazes de deliberar sobre os fins que se situam no futuro, seríamos incapazes de nos libertar do prazer imediato (...). Desse modo, a vontade que é a apetência racional deve refrear o desejo que é a apetência irracional, com o intuito de que este não se iluda com o iminente, mas tenha sempre diante de si o fim verdadeiro a que deve aspirar e que se encontra no futuro. Tampouco o passado interessa em particular para o silogismo prático, porque, segundo Aristóteles, só pode haver deliberação ou decisão sobre o que é ou será possível, e o passado, ao contrário disso, possui um caráter necessitarista, avesso, por tanto, a toda possibilidade” (la traducción es mía).

Pero también la ética, en concreto la ética de la hermenéutica analógica, sí propone una cierta luz, aunque no siempre completamente clara y distinta, pero al fin y al cabo luz, que puede ayudar a iluminar la acción humana. Esa luz es el universal de la dignidad del hombre que, como se ha visto, es un valor absoluto que tiene el ser humano. Y lo más fundamental que defiende esa dignidad es la vida humana. Esta es una de las ideas que más pueden ayudar a la conformación de la ética hermenéutico-analógica, pues se ha propuesto que la humana es el ícono del ser, al nivel de la ética. La vida humana hay que defenderla y promoverla porque ésta es el mayor valor, es decir, porque es el mayor ser (*esse viventibus est vita*). La vida es el ser que tienen los entes más altos en la escala del ser¹²³. La vida será considerada, por el imperativo ético hermenéutico analógico, como el límite de toda acción, de todo acto humano y, así, aparecerá como premisa mayor con su carácter de universalidad.

14. CONCLUSIÓN

En este artículo he buscado exponer la ética de la hermenéutica analógica, partiendo del mismo Mauricio Beuchot, pero haciendo aplicaciones e interpretaciones personales a partir del pensamiento de Aristóteles, Santo Tomás y Beuchot. No ha sido una exposición únicamente del pensamiento de Beuchot, sino que se han buscado explorar los lineamientos que él muestra en algunos de sus libros tratado de ir un poco más allá que él en ciertos casos. Ciertamente exponer todos los trabajos de Beuchot en torno a la ética sería labor para un libro consagrado, pero aquí se ha buscado entresacar los puntos que quien esto escribe considera más importantes para la construcción del edificio ético de la hermenéutica analógica.

Habrá que recapitular, finalmente, lo que se ha dicho. En primer lugar se distinguen tres etapas del filosofar moral de Mauricio Beuchot. La primera etapa la ha dedicado a la fundamentación filosófica de los derechos humanos;

¹²³ BEUCHOT, Mauricio, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, op. cit., p. 54.

el segundo momento ha sido de cimentación, pues este autor ha brindado los lineamientos generales para una ética hermenéutico-analógica; finalmente él mismo ha explorado esos cimientos, tratando de construir muros cada vez más sólidos.

De la primera etapa se comentaron algunos puntos referentes a la fundamentación filosófica de los derechos humanos, utilizando para tal fin el ejemplo de Bartolomé de las Casas. Beuchot fundamenta, a partir del pensamiento lascasiano, los derechos humanos, que en el filosofar de este último aparecían como derechos naturales, tal cual se enseñaba en Salamanca.

Después de habló de las otras dos etapas de Beuchot en torno a la reflexión ética. Primero se habló de la actitud hermenéutica y la ontología o metafísica, pues parece necesario retomar algunas bases ontológicas para el planteamiento ético, y para ello puede servir una metafísica analógica, como la de Aristóteles y Tomás de Aquino. Este tipo de metafísica (la analógica) permite abrazar algo universal, por ello es que se ha tratado el tema de los universales y cuantificadores lógicos. De ahí ha tratado de establecerse qué es un universal analógico, y se ha visto que éste se da en la relación de los individuos entre sí, y no tanto en la aplicación del concepto universal a los individuos (que sería unívoco, dado que el concepto de hombre se aplica siempre de esa manera). El universal requiere, como se estableció, de una posición ontológica concreta, que es la que se ha llamado tradicionalmente realismo moderado, que acepta la existencia de los universales en la mente del sujeto cognoscente, y que ese concepto universal parte de las cosas mismas. Este universal lo que trata de explicitar o poner de manifiesto es que existe la naturaleza humana (es un animal racional) y que a partir de esa naturaleza se puede fundamentar la dignidad humana; dignidad que es igual para todos los hombres dado que tienen la misma esencia (aquí, nuevamente, aparecen los derechos humanos, que tanto ha defendido Beuchot).

Después se habló de la idea beuchotiana de que en ética deben darse pocos principios (como la urgencia del planteamiento de un imperativo ético hermenéutico-analógico). Otra idea que resalta en esta exposición es la de símbolo o icono en el caso ético, que pretende resaltar la ejemplaridad de la

virtud (de la vida buena). Un caso que se ha tomado es el pensamiento lascasiano en tiempos de la colonia. La virtud, pues, simbolizada, se muestra, pero también requiere del diálogo y del convencimiento, y por ello la ética de la hermenéutica analógica está abierta a “la palabra de dos o más”, como la hermenéutica gadameriana. La última idea revisada es que la ética de la hermenéutica analógica es claroscuro, pues no se le puede exigir una axiomática similar a la de las matemáticas, pero sí puede echar algo de luz, aunque sea mínima, en los casos donde la acción humana está presente. Un modelo de esa luz es el silogismo práctico, que debe implicar un límite a la acción humana; ese límite es el hombre, que aparecerá como *limes* infranqueable de la acción, de la praxis humana.

15. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, José Hiraís, *Fundamentación filosófica de los Derechos Humanos en Mauricio Beuchot*, Universidad Pontificia de México, México, 1997.
- ACOSTA, Hiraís, “La fundamentación filosófica de los derechos humanos en el pensamiento de Mauricio Beuchot”, en: CONDE GAXIOLA, Napoleón (comp.), *La Filosofía de los Derechos Humanos de Mauricio Beuchot. Exposiciones y Polémicas*, Primero Editores, México, 2001.
- ÁLVAREZ SANTOS, Remedios, *Hermenéutica analógica y ética*, Editorial Torres Asociados, México, 2003.
- AQUINATIS, Thomae, *De ente et essentia*, I, Pontificia Universitas Gregoriana (Series Philosophica 5), Romae, 1950.
- AQUINATIS THOMAE, *In Aristotelis Librum De Anima Commentarium*, Marietti, Romae, 1948 (3a Ed.).
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Gredos, Madrid, 2000.
- ARISTOTLE, “Topica”, en: el mismo, *The Basic Works of Aristotle* (Edited and with an Introduction by Richard McKeon), Random House, New York, 1941.
- BERTI, Enrico, “La Metafísica di Aristotele: “onto-teologia” o “filosofía prima”?”, en: *Rivista di Filosofia neo-scolastica*, LXXXV, 2-4, Università Católica del Sacro Cuore.
- BEUCHOT, Mauricio, *Antropología filosófica de Santo Tomás de Aquino*, Centro de Estudios y Promoción Social A. C. (CEPS), México, 1978,
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1995.

- BEUCHOT, Mauricio, *El problema de los universales*, UNAM, México, 1981.
- BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la lógica*, UNAM, México, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio, *Ensayos marginales sobre Aristóteles*, UNAM, México, 2004 (2a ed.).
- BEUCHOT, Mauricio, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, UNAM, México, 1997.
- BEUCHOT, Mauricio, *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio, *Lógica y metafísica en la Nueva España*, UNAM, México, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio, *La esencia y la existencia en la filosofía escolástica medieval. Su repercusión en la filosofía analítica actual*, UNAM, México, 1992.
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, México, 2001 (4a ed.).
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001 (2a ed.).
- BEUCHOT, Mauricio, *Interpretación y realidad en la filosofía actual*, UNAM, México, 1996.
- BEUCHOT, Mauricio, *Posmodernidad, hermenéutica y analogía*, Miguel Ángel Porrúa/ Universidad Intercontinental, México, 1996.
- BEUCHOT, Mauricio, *En el camino de la hermenéutica analógica*, San Esteban, Salamanca, 2005.
- BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos y naturaleza humana*, Coautor con Javier Saldaña, UNAM, México, 2000.
- BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, UNAM/Ítaca, México, 2000 (2a ed.).
- BEUCHOT, Mauricio, *Las caras del símbolo: el ícono y el ídolo*, Caparrós, Madrid, 1999.
- BEUCHOT, Mauricio, *Ética*, Editorial Torres Asociados, México, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, UNAM, México, 2000 (3a ed.).
- BEUCHOT, Mauricio, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona –Bogotá, 1994.
- BEUCHOT, Mauricio, “La analogía en el barroco y la posmodernidad”, en: ARRIARÁN, Samuel y HERNÁNDEZ, Elizabeth (comp.), *Ensayos sobre hermenéutica analógico-barroca*, Editorial Torres Asociados, México, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica analógica y nueva ontología”, en: *Estudios filosóficos*, LIV/156. (2005).
- BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica y metafísica. La interpretación, entre el sentido y la referencia”, en: *Estudios filosóficos*, LII/149. (2003).
- BEUCHOT, Mauricio, “El desarrollo de la intencionalidad metafísica en la filosofía griega”, en: *Helmática*, XLV/139-141, Universidad Pontificia de Salamanca, (1995).

- BUGANZA, Jacob, *Ensayos sobre la hermenéutica analógica* (Prólogo de Mauricio Beuchot), Ediciones del Ayuntamiento de Orizaba, Orizaba, 2006.
- BUGANZA, Jacob, *Fragments filosóficos* (Prólogo de J. B. Zilli), Ed. Verbum Mentis, Córdoba, 2004.
- BUGANZA, Jacob, *Navegaciones*, Ediciones Verbum Mentis, Córdoba (México), 2007.
- BUGANZA, Jacob, “Bartolomé de las Casas: defensor de los indios”, en: *La lámpara de Diógenes*, No. 10-11, BUAP, (2005).
- BUGANZA, Jacob, “Ensayo histórico sobre la reflexión ética durante el siglo XX”, en: *Iustitia. Revista jurídica del Departamento de Derecho*, No. 16, ITESM Campus Monterrey, (2006).
- DÍAZ, Carlos, *El libro de los valores personalistas comunitarios*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2000.
- DOMINGUEZ PRIETO, Xosé Manuel, *Para ser persona*, Fundación Emmanuel Mounier (Colección Sinergia), Salamanca, 2002.
- GARCÍA MORIYÓN, Felix, “Tesis sobre los derechos humanos”, en: *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 15, Universidad Complutense de Madrid, (1998).
- GUTIÉRREZ, Gustavo, *En busca de los pobres de Jesucristo. El pensamiento de Bartolomé de las Casas*, Instituto Bartolomé de las Casas (RIMAC) – Centro de Estudios y Publicaciones (CEP), Lima, 1992.
- HANLEY, Ryan P., “Adam Smith, Aristóteles y la ética de la virtud”, en: *Estudios públicos*, No. 104, (2006).
- HODGSON, William Hope, *La casa del confín del mundo* (traducción de Rufo Salcedo), Ediciones Coyoacán, México, 1996.
- LEIBNIZ, Godofredo, *Discurso de metafísica* (traducción de Patricio de Azcárate), Porrúa, México, 1997.
- MANZANA, José, *Lo absoluto necesario en la existencia humana*, Fundación Emmanuel Mounier (Colección Persona).
- OCAÑA GARCÍA, Marcelino, “Francisco de Vitoria y Luis de Molina: Personalismo y personalidad”, en: *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 7, Universidad Complutense de Madrid, (1989).
- ORIOI SALGADO, Manuel, “La estructura del silogismo práctico en Aristóteles”, en: *Revista de Filosofía*, Vol. 29 No. 1, (2004).
- PEDRO HISPANO, *Tractatus. Llamados después Summule logicales* (traducción de M. Beuchot), UNAM, México, 1986.
- PRADO GALÁN, Javier, “Ética, metafísica y postmodernidad en la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot”, en: *Analogía filosófica. Revista de filosofía*, Año XV No. 1, (2001).

- PRIMERO, Luis Eduardo, "Presentación y análisis de la ética beuchotiana", en: el mismo (coord.), *Significados y posibilidades de la hermenéutica analógica*, Asociación Filosófica de México/Primero Editores, México, 2005.
- REY PUENTE, Fernando, "Télos como *arché* e o fundamento temporal da a diferenciação em Aristóteles", en: *Revista Philosophica*, No. 26, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (2003).
- THIEBAUT, Carlos, "Virtud", en: CORTINA, Adela (dir.), *10 palabras clave en Ética*, Verbo Divino, Navarra, 2002 (4a. ed.).
- URDANOZ, Teófilo, "Clásicos de la ciencia jurídica y política española", en: *Estudios Filosóficos*, No. 49, Santander, (1969).
- VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación* (traducción de Teresa Oñate), Paidós, Barcelona, 1991.

EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Dra. María Mercedes Albornoz*

I. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CM, la Convención), aprobada en México el 17 de marzo de 1994 por la Conferencia especializada interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP V), constituye un significativo avance en la codificación del Derecho Internacional Privado en América, dado que unifica las normas de conflicto de leyes en materia contractual tomando soluciones modernas, adaptadas a los cambios constantes de la práctica comercial internacional.

Esta Convención fue suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela y entró en vigor el 15 de diciembre de 1996, treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como lo prevé su artículo 28, párrafo 1°. Actualmente, a trece años de su elaboración, únicamente México y Venezuela la han ratificado.¹ Sería deseable que el resto de los países de la

* La autora es Doctora en Derecho de la Université Panthéon-Assas, Paris II (Francia), obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional de la misma universidad y es Abogada de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Actualmente se desempeña como profesora investigadora en la Universidad Anáhuac México Sur.

¹ Datos provistos por la OEA, disponibles en: www.oas.org/en/prog/juridico/spanish/firmas/b-56.html.

región hiciese lo mismo, como una manera de aprovechar la totalidad del potencial unificador del instrumento.

Antes de analizar el texto convencional, consideramos necesario situarlo en su contexto, para lo cual veremos cuáles han sido los grandes hitos en la evolución de la codificación en el continente americano.

En el seno de los países americanos encontramos dos familias jurídicas: la del norte y la del sur; una heredera del *common law* inglés (que reconoce un rol fundamental a la práctica judicial); la otra heredera del derecho romano (más apegada a la codificación normativa).² Los esfuerzos de unificación del derecho privado e incluso del Derecho Internacional Privado de estos Estados se remontan al siglo XIX, y su intensidad se ha fortalecido en el último tercio del siglo XX.³

El movimiento instigado por Simón Bolívar pregonaba la construcción de la “Patria Grande” americana. Una vez que los países declararon su independencia de las antiguas potencias coloniales, la codificación del derecho internacional fue el instrumento empleado para establecer una alianza política entre todos los países latinoamericanos. Los Estados Unidos también habían sido tomados en cuenta; sin embargo, evitaron con sumo cuidado comprometerse jurídicamente, con el fin no obstaculizar en modo alguno su acción independiente.⁴

En el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar, el delegado peruano propuso trabajar sobre la codificación del Derecho Internacional Público, pero su moción no tuvo éxito. No obstante, el Congreso adoptó un Tratado de Unión, Liga y Confederación,⁵ en el cual se sostenía la validez

² Cfr. R. B. Santos Belandro, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 9.

³ Cfr. D. P. Fernández Arroyo, *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, Editorial Beramar, Madrid, 1994, p. 67.

⁴ *Idem* nota anterior.

⁵ El Tratado de Unión, Liga y Confederación fue adoptado el 15 de julio de 1826.

territorial de las leyes estatales. Desde entonces, varios congresos han tenido lugar en diferentes países americanos y se han celebrado tratados donde se exaltaban los ideales de soberanía e independencia; pero ninguno de ellos llegó a entrar en vigor.

Aunque la idea de Bolívar de construir una Confederación fue abandonada cuando la situación política se consolidó, el sentimiento de solidaridad remanente fue canalizado hacia la codificación. He aquí, como lo destaca D. P. Fernández Arroyo,⁶ el valor de estos primeros pasos que han precedido el Congreso de Lima.

El Congreso de Jurisconsultos Americanos tuvo lugar en Lima, en 1877-1878.⁷ Es necesario destacar que por primera vez un Congreso de este tipo tenía raíces de tipo jurídico y no de tipo político. El Tratado de Lima sobre Derecho Internacional Privado⁸ consagró el principio de la nacionalidad para regir el estado y la capacidad de las personas físicas. En realidad, en palabras de L. Pereznieta Castro, era "... el reflejo de una tendencia dominante en Europa basada en la idea de la nacionalidad como punto de conexión para regular el estatuto personal tendencia promovida bajo la influencia doctrinal de Pascual Estanislao Mancini en una época en que el movimiento migratorio europeo se daba hacia América y por tanto se pretendía seguir vinculando a las personas con sus países de origen a través de su estatuto personal. Se trató (...) de una posición dogmática europea que no pudo enraizar en América porque las condiciones migratorias eran totalmente opuestas...".⁹ Por lo tanto,

⁶ D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 3, p. 89.

⁷ Los países representados en el Congreso de Lima eran: Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador, Perú, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Uruguay y Venezuela.

⁸ El Tratado de Lima, del 9 de noviembre de 1878, contiene normas sobre la capacidad, el matrimonio, las sucesiones y los mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y de reconocimiento de las decisiones extranjeras.

⁹ L. Pereznieta Castro, "Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas estatales de Derecho Internacional Privado", *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995*, Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 247.

la recepción de dicho principio, mientras que la mayoría de los países sudamericanos adoptaba el domicilio como punto de conexión personal, provocó el fracaso de este texto.

En reacción frente al principio de la nacionalidad consagrado por el Tratado de Lima, Uruguay y Argentina decidieron convocar a un Congreso Sudamericano para unificar el Derecho Internacional Privado de los países de la región y de esta manera obtener un cuerpo de normas de conflicto comunes, y no un derecho privado unificado.¹⁰ Este Congreso, reunido en Montevideo en 1888-1889, adoptó ocho Tratados y un Protocolo Adicional.¹¹ Todos ellos han entrado en vigor entre los Estados del Plata (Argentina, Uruguay y Paraguay), más Bolivia, Colombia y Perú. Estos Tratados, y especialmente el de Derecho Civil Internacional, establecen el domicilio como punto de conexión para el estatuto personal. Sin embargo, como lo señala L. Pereznieto Castro,¹² el principio del domicilio se ha visto mitigado por varias excepciones debidas a la influencia del territorialismo dominante en los Códigos Civiles chileno y argentino.

Los Tratados de Montevideo de 1889 fueron los primeros textos resultantes de la codificación internacional del Derecho Internacional Privado que entraron en vigor en el mundo. Actualmente siguen siendo invocados por litigantes y jueces de los países parte y sus efectos han cruzado estas fronteras, inspirando incluso las legislaciones de ciertos países de América Central y llamando la

¹⁰ Esto permitiría preservar las singularidades de cada legislación. Véase D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 3, p.103.

¹¹ Son los Tratados de Derecho Civil Internacional, del 12 de febrero de 1889; de Derecho Comercial Internacional, de la misma fecha; de Derecho Procesal Internacional, del 11 de enero de 1889; de Derecho Penal Internacional, del 23 de enero de 1889; Tratado sobre las Patentes de invención, del 16 de enero de 1889; Tratado sobre la Propiedad literaria y artística, del 11 de enero de 1889; Tratado sobre las Marcas de comercio y de fábrica, del 16 de enero de 1889; Acuerdo sobre el ejercicio de las Profesiones liberales, del 4 de febrero de 1889; Protocolo Adicional, del 13 de febrero de 1889.

¹² L. Pereznieto Castro, *op. cit.*, nota 9, p. 248.

atención no solamente de la doctrina del continente americano sino también de autores europeos.

En 1939-1940, se celebró en Montevideo un nuevo Congreso Sudamericano para revisar los Tratados de 1889 y modernizarlos. Se les introdujeron pocas modificaciones significativas. Pero debemos recalcar que el artículo 5 de Protocolo Adicional a los Tratados de 1940 prohíbe la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, salvo en cuanto esté autorizado por la ley aplicable.

Los Tratados de Montevideo de 1939-1940 y su Protocolo Adicional, que ligan a la Argentina, Paraguay y Uruguay,¹³ han confirmado la tendencia territorialista que ya existía en los instrumentos de 1889¹⁴ y han delineado un nuevo perfil que caracterizaría la codificación internacional del Derecho Internacional Privado en América Latina hasta los años setenta: la existencia de dos bloques distintos. Por un lado, los países partidarios del sistema de Montevideo; por el otro, los partidarios del Código Bustamante.¹⁵

El Código Bustamante fue aprobado en ocasión de la Sexta Conferencia Panamericana¹⁶ celebrada en La Habana, Cuba, en 1928. Constituye una codificación global del Derecho Internacional Privado y por esta razón tiene el mérito de haber sido el mayor esfuerzo de sistematización de normas de la materia en América Latina.¹⁷

¹³ Pero los Tratados relativos al Derecho Penal, Asilo y refugio políticos y Propiedad intelectual, sólo obligan a Uruguay y Paraguay.

¹⁴ Cfr. D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 3, p.119.

¹⁵ *Ibidem*, p. 134: "El *quid* de la bipolaridad parece moverse, sobre todo, en un marco acotado por mezquinas aunque comprensibles razones de protagonismo y de apego a las propias soluciones y el peso relativo de la antinomia latinoamericanismo-panamericanismo."

¹⁶ El movimiento panamericanista nació hacia finales del siglo XIX a instancias de los Estados Unidos que, guiados por intereses exclusivamente económicos, ya empezaban a jugar un papel importante en las relaciones de los Estados americanos entre sí y también con Europa.

¹⁷ Cfr. L. Pereznieto Castro, *op. cit.*, nota 9, p. 250.

Este Código ha recibido la influencia de la doctrina europea, y particularmente la de P. S. Mancini. J. Samtleben sostiene que refleja “más las concepciones europeas que la situación jurídica real de América Latina”.¹⁸

Su artículo 7 define la ley personal como la de la nacionalidad, la del domicilio, o la que ha sido o sea adoptada en el futuro por el Estado interesado. Es evidente que estamos en presencia de una norma transaccional, que tiene por finalidad obtener el apoyo del mayor número de Estados que sea posible.

Entre los Estados signatarios (todos latinoamericanos), Argentina, Paraguay, Uruguay, Colombia y México no han ratificado este texto. Claro está que varios Estados lo han hecho; pero muchos de ellos han formulado reservas. Entonces, el gran impacto que el Código Bustamante tuvo a nivel teórico no se vio reflejado a nivel de la práctica.

Los cambios políticos provocados por la Segunda Guerra Mundial hicieron posible la creación de un organismo continental con carácter permanente.¹⁹ la OEA, cuya Carta fue firmada en el marco de la Novena Conferencia Panamericana, en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948. La misión de promover el desarrollo progresivo de la codificación del Derecho Internacional Privado les fue confiada al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y al Comité Jurídico Interamericano (actuando este último como comisión permanente del primero).

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos ha trabajado mucho en la posibilidad de obtener una síntesis primero entre el *Restatement of the Law of Conflicts of laws*,²⁰ el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo, y luego únicamente entre los dos últimos. No obstante, fracasó en esta empresa.

¹⁸ J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Vol. I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 286.

¹⁹ Cfr. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 3, p. 163.

²⁰ El *Restatement of the Law of Conflicts of laws* fue aprobado por el *American Law Institute* de los Estados Unidos en 1934.

En consecuencia, hubo que cambiar de dirección: los esfuerzos se orientaron entonces hacia una armonización progresiva, materia por materia, y adaptada a las exigencias regionales.²¹ Fue así que la Asamblea General de la OEA convocó a una Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (que luego se conocería como CIDIP). A. M. Villela se refiere a la labor de la CIDIP como una tarea de “decodificación” del Derecho Internacional Privado.²² La primera reunión de este organismo no permanente de la OEA tuvo lugar en 1975. Desde entonces, las Conferencias se celebran (en principio) cada cinco años.²³

Durante la CIDIP IV fue abordado el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales, sin que se lograra consensuar el texto de una convención. Se aprobó, no obstante, un documento titulado: “Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema del derecho aplicable en materia de contrato internacional”.

A pesar de la existencia de dichas Bases, D. P. Fernández Arroyo²⁴ considera que la verdadera génesis del proceso de elaboración de la reglamentación interamericana en la materia es el “Cuestionario sobre el contrato internacional” que fue distribuido a los Estados en 1991.

²¹ D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 3, p. 169: “Los ingentes esfuerzos por alcanzar una reglamentación de los problemas que conllevan las relaciones de tráfico privado externo en América, debían dar paso a una metodología más pragmática. Los grandes textos habían alcanzado el techo de sus posibilidades y la hora de la codificación materia por materia, ajustada a las exigencias de la región, llegó para quedarse.”

²² Véase A. M. Villela, “L’unification du droit international privé en Amérique Latine”, *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 233.

²³ CIDIP I, Panamá, 1975; CIDIP II, Montevideo, 1979; CIDIP III, La Paz, 1984; CIDIP IV, Montevideo, 1989; CIDIP V, México, 1994; CIDIP VI, Washington, 2002. Actualmente se están realizando los trabajos preparatorios para la CIDIP VII.

²⁴ D. P. Fernández Arroyo, “Proyecto de convenio sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el ámbito de la CIDIP”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, p. 630.

Paralelamente, el Comité Jurídico Interamericano aprobó el Anteproyecto de Convención del jurista mexicano J. L. Sequeiros,²⁵ que sería de ahí en más considerado como “Proyecto de Convención interamericana sobre el derecho aplicable en materia de contrato internacional” preparado por el Comité.

Fiel al espíritu del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, la Reunión de expertos sobre el contrato internacional celebrada en Tucson (Arizona, Estados Unidos) del 11 al 14 de noviembre de 1993 con la colaboración del *National Law Center for Inter-American Free Trade*, aprobó su propio Proyecto, que ha servido de sustento para los trabajos de la CIDIP V de México.

La CIDIP V adoptó dos convenciones, una sobre el tráfico internacional de menores y otra sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, el 17 de marzo de 1994. Vamos a consagrar estas páginas a la segunda de dichas convenciones, lo que no implica dejar de reconocer que ambas son de vital importancia para los Estados americanos.

La Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales insta soluciones nuevas en la materia, que se suponen adaptadas a la rápida evolución de la realidad contractual del comercio internacional. Primero delimitaremos el ámbito de aplicación de la Convención de México (II), para abordar luego la determinación del derecho aplicable (III) y finalmente analizar el ámbito de dicho derecho aplicable (IV).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE MÉXICO

Al pensar en delimitar ámbito de aplicación de la CM nos surgen tres preguntas: ¿dónde hay que aplicar la CM?, ¿cuándo hay que aplicarla?, ¿a qué hay que aplicarla? Estudiaremos entonces el ámbito espacial de aplicación de la

²⁵ El Anteproyecto de Siqueiros ha recibido la influencia del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales y de las Convenciones de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre derecho aplicable a la venta internacional de mercaderías y de Viena del 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Convención (A), su ámbito temporal de aplicación (B), y su ámbito material de aplicación (C).

A. ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN

Según el artículo 2 de la CM: “El derecho designado por esta Convención se aplicará aún cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte”. Esta norma figuraba ya en el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano²⁶ y en el proyecto de la Reunión de expertos de Tucson.²⁷ Fue tomada del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales²⁸ (CR, instrumento europeo en la materia)²⁹ y la encontramos también en la Convención de La Haya del 22 de diciembre 1986 sobre el derecho aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías.³⁰

Se ha sostenido que: “El carácter general establecido en el artículo 2 es particularmente significativo para los países americanos, puesto que esta consideración no es habitual en la codificación regional, como criterio de definición del ámbito espacial de aplicación.”³¹

²⁶ Art. 1º, párrafo 3.

²⁷ Art. 2.

²⁸ Cuyo art. 2 dispone que “El derecho designado por la presente Convención se aplica incluso si ese derecho es el de un Estado no contratante”.

²⁹ Desde hace varios años la Unión Europea reflexiona acerca de la conveniencia de transformar la naturaleza del CR, de simple tratado internacional a instrumento comunitario y de actualizar algunas de sus disposiciones. Véase el “Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización”, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.01.2003, COM(2002) 654 final, en *Boletín UE* 1/2-203. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0654es01.pdf>.

³⁰ Art. 6.

³¹ D. P. Fernández Arroyo, “La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 181.

Esta norma determina el carácter universal de la CM, lo que significa que cuando un contrato internacional cae en el ámbito temporal y en el ámbito material de aplicación de la CM, se aplican las reglas del texto interamericano. De esta manera las normas de la CM vienen a sustituir a las de cada sistema estatal, que conservan tan solo un rol subsidiario. En efecto, el artículo 2 deja perimidas las soluciones previstas en los sistemas normativos nacionales, que únicamente podrán reaparecer para llenar lagunas o, eventualmente, para coadyuvar en la interpretación de ciertas reglas flexibles.³²

Como lo subraya D. P. Fernández Arroyo, aquí radica la trascendencia del artículo 2 de la CM: "...la vigencia de la Convención en un Estado parte de los Tratados de Montevideo o del Código Bustamante, significará la "derogación" de las normas respectivas de éstos, salvo que medie reserva del artículo mencionado, reserva que únicamente será posible si se considera que no es incompatible con "el objeto y fin" de la Convención (art. 21)."³³

La generalidad de los autores preconiza el carácter universal de la CM. Acabamos de verlo en el caso de D. P. Fernández Arroyo. G. Parra Aranguren,

³² Lo mismo sucede con el CR. Véase P. Lagarde, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 291.

³³ Cfr. D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, nota 31, pp. 181 y 182. En contra: M. B. Noodt Taquela, "Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995*, Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 127 y 128, quien afirma: "Sin embargo, el desplazamiento que produce una convención con carácter universal lo es sólo respecto de las normas de fuente interna y no significa que dejen de aplicarse los tratados existentes en la materia en los que sea parte el Estado que aprobó la convención universal, en las relaciones con Estados que no son parte en ésta, pero sí en los otros tratados existentes... Por eso pienso que el atribuido carácter universal de la CIDIP-V no ha de significar para el Estado en el que entre en vigencia la Convención interamericana, la 'derogación' de las normas respectivas de los Tratados de Montevideo o del Código Bustamante, en las relaciones con otros países partes en las antiguas codificaciones, mientras éstos no hayan ratificado la CIDIP-V".

por su parte, lo admite implícitamente cuando se refiere a su similitud con el artículo 2 del Convenio de Roma.³⁴ En cuanto a A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, reconocen la universalidad de la CM con respecto al derecho aplicable, que puede ser el de un Estado cualquiera, sin necesidad de que éste sea Parte de la Convención.³⁵ En este sentido, D. Operti Badán aplaude la expansión del ámbito de aplicación lograda por la letra del artículo 2 y señala que el derecho aplicable se separa así de la calidad de Estado Parte.³⁶

Sin embargo, D. P. Fernández Arroyo³⁷ destaca el profundo cambio que sufre el carácter general de la Convención debido a la calificación de contrato internacional contenida en el 2º párrafo del artículo 1, según la cual para que un contrato sea internacional se necesita que la residencia habitual de las partes o sus establecimientos (ligados a la operación en cuestión) estén ubicados en Estados Parte diferentes, o bien que el contrato tenga contactos objetivos con más de un Estado Parte. Puede entonces parecer paradójico que se nos permita aplicar al contrato la ley de cualquier Estado pero que el contrato deba, indispensablemente, tener conexiones con Estados Parte.

Y es precisamente la existencia de esta definición de la internacionalidad del contrato, la que lleva a M. B. Noodt Taquela y R. Santos Belandro a

³⁴ G. Parra Aranguren, "The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law", *E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Sur l'unification progressive du droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996, p. 306. Dice, a propósito de la CM: "...its Article 2 prescribes that the law designated 'shall be applied even if said law is that of a State that is not a party'; following therefore the solution sanctioned by the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations".

³⁵ A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, "Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994)", *La Ley*, 1995-D, p. 1049. Para ellas, "...la situación fáctica planteada no implica que un Estado que no es parte de la Convención tenga que aplicar la Convención, sino que los contratantes pueden quedar regidos por el derecho de ese Estado no parte".

³⁶ D. Operti Badán, "La CIDIP V: Una Visión en Perspectiva", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1994, p. 27.

³⁷ D. P. Fernández Arroyo, "La Convention Interamericaine...", *op. cit.*, nota 31, p. 182.

rechazar el carácter universal de la CM. M. B. Noodt Taquela,³⁸ habiendo analizado el artículo 2 en relación con el párrafo 2º del artículo 1º, concluye que, a pesar de lo que establece el artículo 2, la Convención no tiene carácter universal, dado que el artículo 1.2 exige que los Estados donde se encuentran los establecimientos de las partes o su residencia habitual, o al menos dos de los países con los cuales el contrato tiene contactos objetivos, sean Estados Parte de la Convención. R. Santos Belandro comparte esta postura. Y concluye que "...la Convención de México produce únicamente efectos entre los Estados obligados. El apartamiento de la solución europea nos parece en este aspecto, bastante radical."³⁹

En nuestra opinión, la Convención de México sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales es una convención con carácter universal y su artículo 2 no es inútil. De hecho, establecida la internacionalidad del contrato (de acuerdo con la calificación del 2º párrafo del artículo 1º), una vez que las partes han elegido determinado derecho, o no habiéndolo hecho, el juez ha identificado el derecho más adecuado, se obtiene un resultado preciso: el contrato se rige por el derecho X. Este derecho puede resultar ser el de un Estado que no es parte de la CM. ¿Qué hacer en tal caso? He aquí el artículo 2 que viene en nuestro auxilio ayudándonos a resolver el problema: hay que aplicarlo, "aún cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte".

Habiendo examinado el ámbito espacial de aplicación de la CM, podemos pasar al plano temporal.

B. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

El artículo 19 indica que "Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte." En efecto, los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la CM en un Estado están excluidos de su ámbito de aplicación y

³⁸ M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 129.

³⁹ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

serán regidos por otras convenciones internacionales si éstas existieran, o bien por las normas nacionales de Derecho Internacional Privado del Estado en cuestión.

Salta a la vista la similitud de este texto con el artículo 17 del CR⁴⁰ sobre su aplicación en el tiempo. Según H. Gaudemet-Tallon,⁴¹ le corresponderá al derecho aplicable de conformidad con la Convención precisar el momento exacto a partir del cual el contrato será considerado “celebrado”.

En Francia, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Versalles, en un fallo del 6 de febrero de 1991,⁴² aplicó el CR a un contrato celebrado antes de su entrada en vigor, que se produjo el 1º de abril del mismo año. R. Santos Belandro⁴³ considera que la tendencia a aplicar anticipadamente el CR se explica porque dicho cuerpo normativo sintetiza, en cierto modo, una tradición común en esta materia. Para P. Lagarde dicho instrumento no ha tenido un efecto perturbador “en Francia, donde los tribunales ya seguían en la materia reglas bastante flexibles”.⁴⁴ Pero no es éste el caso de nuestra Convención. La CM está destinada a regular la materia en una región integrada por países que pertenecen a diferentes familias jurídicas, e incluso se ocupa de varias cuestiones de una manera totalmente nueva.⁴⁵ Sería difícil, por lo tanto, admitir la aplicación de la CM a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor en un cierto Estado.

La Convención precisa, en el artículo 28, 1º párrafo, que “...entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación” en la Secretaría

⁴⁰ Según el artículo 17 del texto europeo: “El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado.”

⁴¹ H. Gaudemet-Tallon, *Juris-Classeur Europe*, fasc. 3200, n° 36, a propósito del Convenio de Roma.

⁴² CA Versalles, 6 de febrero de 1991: *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 745, nota P. Lagarde; *JDI*, 1992, p. 125, nota J. Foyer; *JCP G*, 1992, II, 21972, nota F. Osman; *RTD eur.*, 1992, p. 529, nota H. Gaudemet-Tallon.

⁴³ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 18.

⁴⁴ P. Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats...”, *op. cit.*, nota 32, p. 291.

⁴⁵ Cfr. R Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 18, nota 43.

General de la OEA. Para los demás Estados que la ratifiquen o se adhieran luego de que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación, "...entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión" (artículo 28, 2º párrafo).

Los efectos de la CM son indefinidos en el tiempo, ya que dicha convención es un "tratado ley". Sin embargo, los Estados Parte la pueden denunciar. Desde la fecha de depósito del instrumento de denuncia se contará un año y, cumplido ese plazo, según lo establece el artículo 29, "...la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante."

Hemos visto cuál es el ámbito espacial de aplicación de la Convención, así como su ámbito de aplicación en el tiempo. Habiendo llegado a este punto, sería interesante abordar la cuestión de las materias que comprende.

C. *ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN*

A fin de delimitar el ámbito material de aplicación de la CM, hemos elegido examinar en un primer momento las materias excluidas y recién después centrar nuestra atención en las materias que quedan comprendidas en el mismo.

1) Materias excluidas

Podemos distinguir, con L. Pereznieta Castro,⁴⁶ cuatro tipos de exclusiones. Aunque en una primera aproximación el artículo 5 parece ser el único que enumera las materias excluidas de la Convención, encontramos otras exclusiones en los párrafos 3º y 4º del artículo 1º y en el artículo 6. Este último tiene una conexión estrecha con el artículo 20, por lo que nos permitiremos tratarlos conjuntamente.

Están excluidos del ámbito material de aplicación de la CM:

⁴⁶ L. Pereznieta Castro, "Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, p.770.

1. Los contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte, siempre que: a) las partes de un contrato en concreto excluyan expresamente la aplicación de la Convención, o bien, b) al momento de firmar, ratificar o adherir a la Convención, el Estado Parte en cuestión haya formulado una declaración genérica de exclusión de todos o de cierta categoría de estos contratos (artículo 1º, 3er párrafo);

2. La clase de contratos que un Estado Parte desee excluir del ámbito material de aplicación de este instrumento, siempre que dicho Estado, al momento de firmar, ratificar o adherir a la Convención, haya formulado una declaración en tal sentido (artículo 1º, 4º párrafo);

3. Todas las cuestiones enumeradas en el artículo 5 (cuyo texto es similar al artículo 1.2 del CR), a saber:

a) “las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes”. En los países de *common law* la capacidad es considerada como un elemento del contrato; en los países continentales, al contrario, es un atributo de la persona. Esta última calificación es la que la Convención ha adoptado. En consecuencia, todas las cuestiones relativas al estado civil y la capacidad de las personas físicas deberán ser reguladas por la ley personal de cada una de las partes: sea la ley nacional, sea la ley del domicilio, según el punto de conexión utilizado en cada sistema jurídico. R. Santos Belandro⁴⁷ nos muestra el riesgo de soluciones divergentes que esto puede provocar, entre los diferentes Estados Parte de la CM. La exclusión se extiende, inclusive, a las consecuencias de la nulidad o de la invalidez del contrato, derivadas de la incapacidad de uno de los contratantes.⁴⁸

b) “las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales

⁴⁷ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, pp. 23 y 24.

⁴⁸ El CR contiene en su artículo 11 una disposición destinada a proteger a la parte de buena fe de un contrato celebrado entre presentes, que ignora la incapacidad de la contraparte resultante de una ley diferente de la del lugar de celebración.

o aquéllas derivadas de relaciones de familia”. Como lo afirman A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet,⁴⁹ los principios morales, éticos, culturales sobre los que se edifica cada legislación, justifican la no aplicación de la Convención, que respeta las leyes internas y la subordinación de estas cuestiones a la misma ley que se aplica a la relación que ellas afectan. Se trata de temas unánimemente considerados fuera del comercio internacional.⁵⁰

c) “las obligaciones provenientes de títulos de crédito”. Esta exclusión se debe a la especificidad de las cuestiones cartularias y a la existencia de convenciones aprobadas por la primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado referidas a estos temas.⁵¹ La exclusión sólo abarca la relación cambiaria. La relación jurídica de base, o relación fundamental, queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención, salvo en el caso del punto “d”.

d) “las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados valores”. Se trata, nuevamente, de materias muy específicas, que exigen una regulación mucho más minuciosa que la de una convención general sobre contratos internacionales.⁵²

e) “los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro”. La Convención acoge la autonomía de la cláusula compromisoria, evitando que las contingencias de la relación contractual puedan llegar a afectar la cláusula de arbitraje. Existe en el sistema interamericano una Convención sobre arbitraje comercial internacional adoptada en ocasión de la CIDIP I (Panamá, 1975), que goza del apoyo de un gran número de Estados. Se ocupa de la eficacia y la validez tanto de la cláusula compromisoria, como del compromiso arbitral. Los acuerdos de elección de foro han sido excluidos del campo de aplicación de la CM porque ante todo implican cuestiones de procedimiento y no de fondo.

⁴⁹ A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, *op. cit.*, nota 35, p. 1043.

⁵⁰ Cfr. R. Herbert, “La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1994, p. 52.

⁵¹ Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques y convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, celebradas en el marco de la CIDIP I, en Panamá, en 1975.

⁵² Cfr. R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 24.

f) “las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”. Esta exclusión se debe a la existencia de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades comerciales (CIDIP II, Montevideo, 1979) y la Convención interamericana sobre la personalidad y la capacidad de las personas jurídicas (CIDIP III, La Paz, 1984). Aunque las cuestiones relativas al derecho de las sociedades en general estén excluidas, el artículo 15 de la CM se refiere (y por consiguiente, incluye en su ámbito de aplicación) a la de saber “... si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica”. Aquí se considera la representación, tanto contractual como orgánica. R. Santos Belandro⁵³ observa que con esta disposición la Convención se aleja del criterio normalmente admitido según el cual la representación de la sociedad debe ser regulada exclusivamente por la *lex societatis*. Advertimos que también difiere del CR, que directamente excluye la representación de su ámbito de aplicación.⁵⁴

4. Los “contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Parte de esta Convención” (artículo 6). El objetivo de esta norma en virtud de la cual la convención especial prevalece sobre la convención general, consiste en evitar cualquier zona de interferencia entre la CM y las convenciones que establecen normas de conflicto para una categoría especial de contratos internacionales.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁴ Artículo 1.2 “No se aplicarán: ... f) a la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o de una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica”.

⁵⁵ L. Pereznieta Castro, “Introducción a la Convención...”, *op. cit.*, nota 46, p. 771: “El punto de acuerdo en la discusión de este artículo de la Convención fue que no interfiriera con la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980...”. En cambio, M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 130, nota 75, entiende que el artículo 6 de la Convención no puede hacer alusión a la Convención de Viena ni a ninguna otra que sienta normas materiales, ya que no es posible que haya un conflicto entre una convención sobre derecho aplicable y una convención sobre

El artículo correspondiente del Proyecto del Comité excluía la aplicación de la Convención a los contratos con regulación específica. Y a continuación hacía una enumeración no exhaustiva de estos contratos: los contratos de transporte de mercancías, los contratos celebrados por los consumidores, los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, los contratos de trabajo. En la Reunión de expertos de Tucson se prefirió, para referirse a esos contratos, una fórmula más genérica, reemplazando la palabra “específica” por “autónoma”, solución que no sufrió cambios en la Conferencia.

Debemos destacar la relación estrecha que existe entre el artículo 6 y el artículo 20 de la CM. Ambos contribuyen a delimitar el ámbito material de aplicación de este tratado, y al mismo tiempo regulan las relaciones con otras convenciones.

El artículo 20 trata las convenciones en la materia que han sido celebradas en el marco de procesos de integración regional. Es suficiente con que tan solo uno de los Estados Parte de la CM haya ratificado (o ratifique en el futuro) un tratado de integración para que éste tenga preeminencia sobre la Convención interamericana, como en efecto lo señala M. B. Noodt Taquela.⁵⁶ Esta norma, que fue propuesta por la delegación de Uruguay en Tucson, ha suscitado un gran interés entre los países miembros del Mercosur y fue admitida, prácticamente sin cambios, por los otros Estados que participaron en la Conferencia.⁵⁷ El artículo no distingue entre los diversos tipos de integración (económica, jurídica, política), por lo que podemos asumir que los abarca todos.

R. Santos Belandro estima que el artículo 20 “...traerá indudablemente problemas”,⁵⁸ ya que en el continente americano no hay un único proceso de integración, y es a todas luces posible que un Estado Parte de la CM se

normas materiales. La última prevalece, dentro de su ámbito de aplicación, sobre la primera.

⁵⁶ M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 130.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 131; D. Operti Badán, *op. cit.*, nota 36, pp. 19, 36 y 37; Informe de la Reunión de Expertos de sobre Contratación Internacional, Tucson, Arizona, 11 al 14 de noviembre de 1993, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/14/93, 30 de diciembre de 1993, pp. 35 a 37.

⁵⁸ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

incorpore a un proceso de integración y que otro Estado que también sea Parte de la CM no se incorpore a ninguno. O inclusive, que se incorpore a un proceso de integración diferente. Entonces, las reglas aplicables al contrato internacional ya no serán uniformes. Algunos países tienen incluso la intención de intervenir de manera simultánea en varios procesos de integración,⁵⁹ lo que puede generar un problema de difícil solución: ¿cuál de dichos procesos de integración debe prevalecer?

Ahora que hemos analizado las materias excluidas del ámbito de aplicación de la Convención estamos en condiciones de estudiar las materias comprendidas en el mismo.

2) Materias comprendidas

La CM determina positivamente su ámbito material de aplicación en el artículo 1, cuyo 1º párrafo dispone que “Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales”. En el segundo párrafo del mismo artículo encontramos una calificación autónoma de contrato internacional. No se exige expresamente que el contrato sea comercial. Los contratos en los que un Estado es parte quedan comprendidos en el ámbito de aplicación, como lo confirma el párrafo 3º de este mismo artículo. También están comprendidas las nuevas modalidades de celebración de contratos, surgidas de la evolución reciente del comercio internacional.

Nos detendremos en la definición de contrato internacional, luego en la cuestión de la comercialidad, posteriormente en la inclusión de los contratos en los que un Estado es parte, y finalmente en las nuevas modalidades de celebración de contratos.

a) Definición de contrato internacional

Para que la Convención sea aplicable es absolutamente indispensable que estemos en presencia de un contrato internacional. El artículo 1º, párrafo 2º,

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

nos brinda una calificación autónoma del “contrato internacional”. Aquí el texto interamericano se aleja del modelo europeo del CR⁶⁰ que no nos brinda una definición de las situaciones en las cuales las obligaciones contractuales implican un conflicto de leyes. El 2º párrafo del artículo 1º de la CM dispone: “Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.”

Desde una primera lectura se percibe la ausencia de toda línea directriz para definir el contrato en sí mismo (paso lógicamente anterior al análisis de su internacionalidad). Esto puede causar inconvenientes, puesto que la noción de “contrato” no es exactamente la misma en los sistemas jurídicos continentales⁶¹ que en países de *common law*. Algunos autores⁶² estiman que, como consecuencia de la propuesta de los Estados Unidos,⁶³ las declaraciones unilaterales de voluntad quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Convención. Otros,⁶⁴ por el contrario, las consideran excluidas, lo mismo que la etapa preparatoria del contrato y todo lo atinente al ámbito extracontractual.⁶⁵

⁶⁰ Artículo 1º, 1º párrafo: “Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.”

⁶¹ A modo de ejemplo podemos citar el artículo 1137 del Código Civil argentino, en virtud del cual “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”

⁶² Entre los cuales mencionaremos a M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 125, y G. Parra Aranguren, *op. cit.*, nota 34, p. 305, *it's “...being understood that unilateral declarations are also included”*, citando el texto en inglés del Informe de la Comisión I sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, OEA/Ser.K/XXI.5- CIDIP-V/doc. 32/94 rev. 2, 18 March 1994, p. 9.

⁶³ Que se refería a los contratos celebrados por medios electrónicos, especialmente por computadora.

⁶⁴ Como R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p.15.

⁶⁵ Por ejemplo, la obligaciones nacidas de un acto ilícito.

Una característica particular de la CM consiste en que ésta rige toda clase de contratos,⁶⁶ incluso los contratos de derecho administrativo en los que las partes son Estados u organismos públicos, como lo veremos más adelante.

En lo que atañe a la noción de internacionalidad, la intención de los Estados americanos de evitar que las partes internacionalizaran su contrato a través de la elección de un derecho extranjero se ha manifestado desde los comienzos, en la CIDIP IV. La primera de las “Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema del derecho aplicable en materia de contrato internacional” indicaba que “Los contratantes podrán acordar libremente (1) a ley aplicable a la totalidad o parte de aquellos contratos **cuya internacionalidad se manifiesta a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos.**”⁶⁷

El Proyecto del Comité Jurídico Interamericano,⁶⁸ en su artículo 1º, 2º párrafo, ha retomado la primera de las Bases. Sin embargo, el párrafo anterior reproducía palabra por palabra el artículo 1º, 1º párrafo del CR, aspecto en el que se apoya R. Herbert para calificar el Proyecto de “algo ecléctico”⁶⁹ en esta cuestión.

Esto explica por qué, en la Reunión de expertos de Tucson, se sustituyó la fórmula del Proyecto del Comité por otra que reflejaba mejor el espíritu de las Bases. Esta última ha sido mantenida (con algunas pequeñas modificaciones) en el texto de la CM que estamos analizando.

Queda así en claro que los contratos comprendidos en la corriente doméstica no entran en el ámbito de aplicación de la Convención, y que según la CM la voluntad de las partes no es suficiente, por sí sola, para internacionalizar un contrato.

⁶⁶ Cfr. J. C. Arcagni, “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *La Ley*, T. 1996-A, p.1435.

⁶⁷ CIDIP-IV/doc. 44/89 rev. 1, cit. por R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 49.

⁶⁸ Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, Comité Jurídico Interamericano, julio de 1991, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/12/93, 28 diciembre 1993.

⁶⁹ R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 49.

A fin de identificar un contrato internacional, el artículo 1º, 2º párrafo de la Convención adopta un criterio jurídico⁷⁰ con dos ramas alternativas.

En virtud de la primera rama o criterio, un contrato es internacional cuando las partes "...tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes...".

Parece evidente que cuando la CM menciona la "residencia habitual" se está refiriendo a las personas físicas, mientras que cuando habla de "establecimiento" alude a las personas morales. No obstante, M. B. Noodt Taquela⁷¹ admite la aplicación del concepto de residencia habitual a las empresas, aunque en la persona de sus titulares.

La referencia a la residencia habitual se inscribe en la tendencia seguida por las convenciones internacionales modernas. En el continente americano, la CIDIP II sobre el domicilio de las personas físicas dispone en su artículo 1º que el domicilio será determinado en el orden siguiente: "1) el lugar de la residencia habitual...". El artículo 5, inciso 1º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 califica el domicilio de una persona física como "la residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él". A nivel mundial, este punto de conexión ha adquirido importancia en los sistemas positivos de legislación comparada, y en la obra de la Conferencia de Derecho

⁷⁰ Cabe destacar que además del criterio jurídico existe un criterio económico para definir la internacionalidad de un contrato. Véase D. Hargain y G. Mihali, *Circulación de bienes en el Mercosur. Derecho del Comercio Internacional. Contratos Internacionales. Compraventa. Garantías. Formas de intermediación bancaria. Transporte. Seguros. Propiedad intelectual. Propiedad industrial*. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 1998, p. 211.

El criterio económico ha sido desarrollado por la jurisprudencia francesa a partir del fallo "*Pélissier du Besset*" (Corte de Casación Civil, 17 de mayo de 1927) y recogido por el codificador francés en el artículo 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, según el cual: "Es internacional el arbitraje que afecta los intereses del comercio internacional".

⁷¹ M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, pp.122 y 123, cuando expone su teoría según la cual la residencia habitual en la CIDIP V debe ser subsidiaria con relación al establecimiento.

Internacional Privado de La Haya tímidamente desde 1928, y de una manera más general desde 1951.⁷²

La residencia habitual puede servir para aproximar los sistemas continentales y los sistemas anglosajones.⁷³ Asimismo, presenta la ventaja de situar a la persona en su medio social y, como criterio fáctico, tiende a evitar las complicaciones generadas por el domicilio.

Con respecto al establecimiento debemos notar que en el Proyecto aprobado por la Reunión de expertos de Tucson se precisaba que el establecimiento debía ser comercial. Este adjetivo fue suprimido durante los trabajos de la Conferencia en México porque su presencia habría restringido el alcance de la Convención, impidiéndole regir los contratos internacionales celebrados por establecimientos no comerciales.

La CM no exige que se trate del establecimiento principal. Sin embargo, se requiere que el establecimiento esté ligado a la operación de la que se trate. En efecto, la doctrina interpreta que cuando una de las partes tiene varios establecimientos el artículo se refiere a aquél que está ligado a la operación en cuestión.⁷⁴ Existe en este punto un paralelo entre nuestra Convención y la de Viena del 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, cuyo artículo 10 dispone que, en caso de multiplicidad de establecimientos de una de las partes, "...su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento...". En todos los casos, el establecimiento determinante de la internacionalidad del contrato debe ser real y sincero, para evitar toda posibilidad de fraude a la ley.

En virtud del segundo criterio alternativo del artículo 1º, 2º párrafo, se entiende que un contrato es internacional si "...tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte". Apremiar la existencia y la objetividad de las conexiones del contrato con más de un Estado Parte de la Convención será tarea del juez. Esto podría generar criterios divergentes según cuál sea el tribunal al que se acuda, lo que redundaría en una pérdida de seguridad jurídica.

⁷² Cfr. A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, *op. cit.*, nota 35, p. 1040.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Véase por ejemplo R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 29.

D. Operti Badán⁷⁵ destaca que aquí la internacionalidad ha dado un giro hacia criterios de una flexibilidad y de una imprevisibilidad propias del *common law*. Pero como contrapartida, esta solución tiene la ventaja de permitir que los jueces se atengan a la realidad de cada relación contractual concreta, específica, en la que les toca resolver.

¿Cuáles son los contactos objetivos a tomar en cuenta? Esta cuestión se presta a discusión. Ciertos autores⁷⁶ estiman que se requiere un lazo real, una conexión razonable tal como el lugar de celebración o el lugar de cumplimiento del contrato, o incluso los lugares de ejecución de la prestación característica en caso de un contrato con ejecución sucesiva en países distintos. En este sentido podemos referirnos al Derecho Internacional Privado argentino y constatar que haciendo una interpretación teleológica de los artículos 1205 y siguientes del Código Civil, un contrato es internacional cuando presenta una relación o conexión real de celebración o de ejecución con el extranjero.⁷⁷

Otros autores,⁷⁸ al contrario, piensan que cualquier contacto con otro Estado Parte es suficiente para internacionalizar el contrato. R. Herbert⁷⁹ da el ejemplo de un contrato celebrado entre personas cuyas residencias habituales o establecimientos se ubican en el mismo Estado Parte, si el contrato es meramente instrumental y está destinado a insertarse en una operación propia de la corriente del comercio internacional.⁸⁰

Compartimos la última postura. Efectivamente, en este estadio cualquier relación objetiva es suficiente. Porque no estamos intentando determinar cuál es el derecho aplicable al contrato, sino que queremos resolver un tema previo: ¿el contrato es internacional, o no? Si lo es, se aplicará la CM. No debemos

⁷⁵ D. Operti Badán, *op. cit.*, nota 36, p. 26.

⁷⁶ Entre los que mencionaremos a A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, *op. cit.*, nota 35, p. 1041.

⁷⁷ Cfr. J. C. Arcagni, *op. cit.*, nota 66, p. 1439.

⁷⁸ Como M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, pp. 123 y 124.

⁷⁹ R. Herbert, *op. cit.*, nota 40, pp. 49 y 50.

⁸⁰ Esto se aproxima al criterio económico de la afectación de los intereses del comercio internacional, empleado por el Nuevo Código Procesal Civil francés, artículo 1492, para definir la internacionalidad del arbitraje.

olvidar que todavía estamos estudiando el ámbito de aplicación de la Convención.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado argentino (particularmente, artículos 1205, 1209 y 1210 del Código Civil), la celebración y el cumplimiento de un contrato internacional tienen lugar en países diferentes. Estas normas nos dan una idea de la internacionalidad que es confirmada en los Tratados de Montevideo, de los cuales también podemos extraer la dicotomía celebración-cumplimiento en el territorio de Estados diversos. Los tratados mencionados forman parte del Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional. Pero en el seno de dicho Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional hallamos también la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías la cual, aunque destinada a la compraventa, contiene normas que se extienden también al resto de los contratos internacionales. Por lo tanto, podemos afirmar que para la República Argentina también es internacional el contrato celebrado entre partes cuyos establecimientos vinculados con la operación se encuentran en Estados diferentes,⁸¹ a pesar de que la celebración y el cumplimiento se produzcan en el territorio de un único Estado.

Habiendo analizado los criterios alternativos para la determinación de la internacionalidad del contrato, nos preguntamos si, a pesar del silencio del texto, para entrar en el ámbito de aplicación de la CM, el contrato debe ser no sólo internacional sino también comercial.

b) La cuestión de la comercialidad

Durante los trabajos preparatorios fue planteado el tema de la comercialidad del contrato. El profesor uruguayo D. Operti Badán propuso, en Tucson,⁸² limitar expresamente el ámbito de aplicación de la Convención a los contratos

⁸¹ El art. 1.1 de la Convención de Viena establece que: “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes...”.

⁸² Informe de la Reunión de Expertos..., *op. cit.*, nota 57, p. 8.

comerciales. De hecho, la inclusión en el Proyecto de normas exclusivamente destinadas al comercio internacional (artículos 3 y 10, por ejemplo) y la consagración de principios propios del comercio internacional como el de la autonomía de la voluntad,⁸³ sólo se justificaba para los contratos incorporados a la corriente comercial internacional donde las partes intervinientes debían estar alertas y prevenidas acerca de la magnitud de las innovaciones que constantemente se presentan en ese medio.⁸⁴ La terminología misma del texto demostraba que habría sido absurdo pensar en la *lex mercatoria* o en los usos y costumbres del comercio aplicados a los contratos civiles.⁸⁵

Nadie se oponía a la propuesta de restringir el ámbito de aplicación de la Convención a los contratos comerciales internacionales. La prueba está en el artículo 1º del Proyecto de Tucson, que apela al adjetivo “comerciales” para calificar los establecimientos ubicados en Estados diferentes.

Lamentablemente, las dificultades para llegar a una calificación de la comercialidad del contrato que no fuera equívoca y que gozara de una aceptación generalizada⁸⁶ hicieron prevalecer una solución más próxima a la solución escogida por el CR: no calificar el contrato y hacer algunas exclusiones especiales.⁸⁷

El fruto de la discusión sobre la cuestión de la comercialidad es la consagración (en el último párrafo del artículo 1º) de la posibilidad de efectuar

⁸³ Al menos desde la perspectiva de los países para los cuales dicho principio importaba una modificación sustancial de su sistema, como Uruguay.

⁸⁴ Cfr. R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 50.

⁸⁵ Cfr. D. Operti Badán, “Coloquio de las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado”, *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995*, Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 201 y 202.

⁸⁶ Estas dificultades se presentaron, sobre todo, con relación a los países de *common law*, y especialmente Estados Unidos.

⁸⁷ Esta solución tuvo como consecuencia la sustitución de la referencia a “establecimientos comerciales” del Proyecto de Tucson por la de “establecimientos”.

una reserva en cuanto a este punto. Los Estados Parte pueden restringir el ámbito de aplicación de la Convención declarando que la misma no se aplicará a cierto tipo de contratos, como pueden ser los contratos comerciales.

En el ámbito del derecho argentino, M. B. Noodt Taquela⁸⁸ opina que la CM debería aplicarse tanto a las obligaciones civiles como a las obligaciones comerciales (respetando, por supuesto, las exclusiones dictadas por el texto convencional).

Por lo tanto, podemos afirmar que la regla general que se refiere simplemente a los “contratos internacionales” abarca los contratos comerciales así como los contratos civiles. Según R. Santos Belandro⁸⁹ esta referencia genérica es positiva, dado que las dificultades para calificar un contrato de civil o de comercial suelen ser frecuentes.

En el 3er párrafo del artículo 1º se hace alusión a los contratos celebrados por los Estados. Se los ha incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la Convención.

c) Inclusión de los contratos celebrados por los Estados

La primera frase del 3er párrafo del artículo 1º dispone que “Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente.”

El Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sólo se refería a las “obligaciones contractuales de naturaleza privada”⁹⁰

Fue en la Reunión de expertos de Tucson donde el tema fue tratado en profundidad por primera vez. Nada impedía incluir en el ámbito de aplicación de la Convención los contratos celebrados por personas morales de derecho

⁸⁸ M. B. Noodt Taquela, “Coloquio de las Sextas Jornadas...”, *op. cit.*, nota 85, pp. 204 y 205.

⁸⁹ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 16.

⁹⁰ Artículo 1º, 1º párrafo, *in fine*.

público cuando actuasen “*jure gestionis*”,⁹¹ lo que habría implicado un tratamiento igualitario a las partes cuando los Estados celebrasen contratos como cualquier otro individuo.⁹² Sin embargo, en esa ocasión se decidió excluirlos, debido a problemas de calificación.⁹³ Esto podemos comprobarlo en el artículo 1º, párrafo 3º del Proyecto de Tucson.⁹⁴ La Convención no debía aplicarse más que a contratos de naturaleza privada.

Pero el texto finalmente adoptado en México eliminó toda distinción entre contratos de naturaleza pública y contratos de naturaleza privada. La CM tiene, por tanto, vocación de aplicación a todos los contratos internacionales, sea cual sea su naturaleza, sean celebrados por personas de derecho privado, sean celebrados por personas de derecho público.

Los Estados, en su carácter de partes contractuales, pueden excluir expresamente la aplicación de la Convención e incluso, al momento de firmar, ratificar o adherir al texto de la misma, pueden declarar que ésta no será aplicable a todos los contratos o a alguna categoría de contratos en los cuales sean parte el Estado o las entidades u organismos estatales (cfr. artículo 1º, párrafo 3º, *in fine*).

Asimismo, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención las nuevas modalidades de celebración de contratos.

⁹¹ Por oposición los actos “*jure imperii*” que son aquéllos en los que el Estado ejerce su potestad soberana.

⁹² Cfr. A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, *op. cit.*, nota 35, p.1042.

⁹³ En Estados Unidos, por ejemplo, la frontera entre los contratos comerciales y los contratos administrativos no está claramente trazada. Además, ciertos sistemas continentales se basan en criterios estrictamente subjetivos (basta con la participación del Estado) para definir los contratos administrativos, lo que podría tornar ilusorio el objetivo perseguido. Cfr. R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 51.

⁹⁴ Dicha norma reza: “Esta Convención no se aplicará a contratos celebrados entre Estados o a contratos de naturaleza pública en los cuales el Estado o una agencia estatal o un organismo estatal sea parte.” R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 51 considera que “En el Proyecto de Tucson se adoptó... una solución atrevida, al excluir... los contratos de ‘naturaleza pública’ en los cuales el Estado o una agencia u organismo estatal fuese parte.”

d) Inclusión de las nuevas modalidades de celebración de contratos

El artículo 3 incluye expresamente en el ámbito de aplicación de la CM "...con las adaptaciones necesarias y posibles... las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional".

Este artículo fue redactado en Tucson (y desde entonces no ha sufrido modificación alguna) a instancias de los Estados Unidos, con la finalidad de incorporar los contratos celebrados mediante el intercambio electrónico de datos y por computadora, entre otras modalidades.⁹⁵ M. B. Noodt Taquela señala que "La mención de las nuevas modalidades de contratación, hace pensar en las declaraciones unilaterales de voluntad y otras formas de obligarse que no sean técnicamente contratos".⁹⁶

Durante la Reunión de Tucson, un experto preguntó si el texto del artículo 3 debía también aplicarse a los contratos civiles, por ejemplo a un mandato que sería utilizado en una negociación inmobiliaria de carácter internacional. Se le respondió afirmativamente.⁹⁷

Si adoptásemos una actitud en extremo positivista, podríamos criticar el artículo porque no es aceptable legislar sobre hechos inexistentes al momento de la elaboración de la Convención. No obstante, está claro que el espíritu de esta disposición es evitar que los nuevos tipos contractuales⁹⁸ y las nuevas formas de manifestar la voluntad valiéndose de la tecnología en constante y acelerada evolución, produzcan lagunas normativas en el texto convencional.

Compartimos la opinión de G. Parra Aranguren, para quien: "*This solution, no doubt, is an important step forward that permits to take advantage of the always increasing technical progress of the present times.*"⁹⁹

⁹⁵ Cfr. L. Pereznieta Castro, "Introducción a la Convención...", *op. cit.*, nota 46, p. 775, nota 38.

⁹⁶ M. B. Noodt Taquela, "Convención interamericana...", *op. cit.*, nota 33, p. 125.

⁹⁷ Informe de la Reunión de Expertos..., *op. cit.*, nota 57, pp. 38 y 39.

⁹⁸ Cfr. A. S. Dreyzin de Klor y T. N. Saracho Cornet, *op. cit.*, nota 35, p. 1042.

⁹⁹ G. Parra Aranguren, *op. cit.*, nota 34, p. 306.

No nos queda sino desear que, en cada estadio (sea al momento de determinar la aplicabilidad de la Convención a un caso concreto, sea al momento de aplicarla realmente), teniendo en cuenta el carácter internacional del texto, se hagan esfuerzos para llegar a una interpretación y aplicación uniformes en todos los Estados Parte.¹⁰⁰ En este sentido, sería decisivo que los jueces nacionales se mantuvieran informados y siempre actualizados acerca de cómo interpretan y aplican la Convención los jueces de otros Estados Parte.

Hemos desmenuzado el ámbito de aplicación de la Convención en el plano espacial, en el temporal y en el material. Si un contrato en particular aprueba cada uno de estos tres “*tests*”, será regido por la CM, que determinará el derecho aplicable a dicho contrato. En la siguiente sección estudiaremos el método del que se vale la Convención interamericana para seleccionar el derecho aplicable al contrato internacional.

III. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

A fin de determinar el derecho aplicable al contrato internacional, la CM distingue dos hipótesis: aquélla en que las partes han elegido el derecho que deberá regir su contrato y aquélla en que no han hecho tal elección. En consecuencia, tendremos un doble sistema de identificación del derecho aplicable, fundado en la imposibilidad de la existencia de un contrato que carezca absolutamente de ley. Para los supuestos de elección del derecho aplicable la Convención consagra el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto que para los de ausencia de elección acoge el principio de proximidad.

Una de las características singulares de la CM consiste en que, en varias ocasiones, apela a la *lex mercatoria*. En efecto, la ley de los mercaderes será considerada tanto en caso de elección como en caso de falta de elección del derecho aplicable al contrato.

¹⁰⁰ Respetando lo prescrito por el artículo 4.

Y sea cual sea el derecho que tenga vocación de ser aplicado al contrato, deberá siempre respetar dos límites: las normas de policía y el orden público.

Así es que estudiaremos en un primer momento el caso de elección del derecho aplicable al contrato (A), luego la hipótesis de ausencia de elección (B), después de lo cual exploraremos la aplicación de la *lex mercatoria* (C), y finalmente haremos lo propio con los límites a la *lex contractus* (D).

A. ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO

La libertad de elección, y por tanto el principio de la autonomía de la voluntad, son ampliamente admitidos por la CM, cuyo artículo 7 comienza así: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes.” Y continúa fijando las modalidades de la elección: “El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.” El *dépeçage* o desmembramiento del contrato es luego autorizado por el mismo artículo. Finalmente, la norma siguiente toma en cuenta la eventual modificación de la elección formulada por las partes. Veremos todos estos puntos sucesivamente.

1) Libertad de elección

He aquí “¡Todo un logro histórico!”:¹⁰¹ la consagración de la autonomía de la voluntad por la CM. Esto implica un vuelco en las soluciones de perfil netamente territorialista tradicionalmente admitidas en los países de América Latina.

¹⁰¹ A. Boggiano, *Contratos Internacionales - International Contracts. Introducción al estudio de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Introduction to the study of the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. VII.

Revisaremos el estado actual de la autonomía de la voluntad en el continente americano antes de concentrarnos específicamente en el texto de la Convención.

a) *La autonomía de la voluntad en el continente americano*

El territorialismo anclado en el continente tiene sus raíces, primeramente, en la legislación española que regía en las “Indias”, dado que España había tenido en esa época períodos de marcada inclinación territorialista. Luego, en los movimientos que se proponían lograr la independencia de las colonias. El territorialismo aparecía como un medio de afirmar la independencia política de los nuevos países.¹⁰² Además, tratándose de países de inmigración, resulta claramente comprensible la tendencia a aplicar la *lex fori* con la mayor frecuencia posible.

El rechazo de la autonomía de la voluntad podría considerarse fundado, tal como lo estima F. K. Juenger,¹⁰³ en el fracaso de las naciones latinoamericanas para establecer, hasta hace poco tiempo, el libre comercio entre ellas. Las “*choice-of-law rules*” no importaban demasiado porque había muy pocas ocasiones para aplicarlas. Los intentos de codificación en la materia también obraron en este sentido: el artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 prohíbe la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección del derecho aplicable y a la jurisdicción competente, salvo en la medida en que sea autorizado por el derecho aplicable.¹⁰⁴

¹⁰² Cfr. L. Pereznieta Castro, “La tradition territorialiste en Droit international privé dans les pays d’Amérique Latine”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1985-I, p. 271.

¹⁰³ F. K. Juenger, “Contract Choice of Law in the Americas”, 45, *American Journal of Comparative Law*, 1997, pp. 196 y 197.

¹⁰⁴ Sin embargo, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 guardaba silencio con respecto al principio de la autonomía de las partes. Aunque algunos autores interpretan dicho silencio como una prohibición, es posible entenderlo como admisión de la autonomía, postura que apoyamos. Para la primera de estas posturas, véase D. Operetti Badán y C. Fresnedo de Aguirre, *Contratos Comerciales*

No obstante, a pesar de la intensidad de la tendencia a la aplicación de la *lex fori*, la práctica contractual parece, en general, reclamarles al derecho positivo y a la jurisprudencia un claro reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad.¹⁰⁵ En efecto, si hacemos un paneo de los principales sistemas jurídicos de la región podremos comprobarlo.

Para realizar tal paneo tomaremos como referencia las respuestas de los Estados americanos al “Cuestionario sobre el contrato internacional” que, en el marco de los preparativos para la celebración de la CIDIP V, les fue distribuido en 1991,¹⁰⁶ aderezándolas con leyes posteriores, cuando sea el caso. Nos interesan especialmente las respuestas a la pregunta 2: “*Conforme a la ley de su Estado, ¿pueden las partes en un contrato internacional escoger la ley aplicable al mismo?*”, y a la número 4 en lo que se refiere a los criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales observados en materia de ley aplicable al contrato internacional.

Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 17 y 18; W. Goldschmidt, *Suma del Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 83; S. L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 97, parece inclinarse por esta primera tesis. Para la segunda, véase A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. II, pp. 769 y 770; Conclusión 3, a) adoptada por la Comisión N° 7, Derecho Internacional Privado, tema “La autonomía de la voluntad como punto de conexión”, *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Corrientes, Argentina, agosto, 1985; en dichas Jornadas: J. R. Albornoz, “La autonomía de la voluntad como punto de conexión”.

¹⁰⁵ Cfr. A. Boggiano, “The Contribution of The Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1992-II, p. 132.

¹⁰⁶ Nos basaremos en el documento: “Antecedentes del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en materia de Contratación Internacional. III. Respuestas de los gobiernos de los Estados Miembros al Cuestionario sobre Contratación Internacional (CP/CAJP-822/91 - addenda 1 al 10)”, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/11/93, 30 de diciembre de 1993.

En Uruguay, ninguna norma de derecho positivo interno acepta la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales, sea con carácter general, sea refiriéndose a ciertos contratos específicos. Al contrario, el artículo 2403 del Apéndice del Código Civil dispone que “Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente.” La doctrina discute la aplicabilidad de esta norma a los contratos comerciales internacionales y algunos autores preconizan la admisión de la autonomía de la voluntad, aunque bajo ciertos límites.

Canadá respondió que ninguna ley federal prevé que las partes en un contrato internacional puedan elegir el derecho del contrato, no obstante lo cual la Corte Suprema admite el derecho de hacer esta elección cuando las partes dejan expresamente constancia de la misma en el contrato, actuando de buena fe, lícitamente y sin oponerse a la política pública o al sistema legislativo básico de la jurisdicción de celebración del contrato. Pero en el ámbito específico del arbitraje, la Ley de arbitraje comercial de 1986 ya permitía a las partes elegir el derecho aplicable al fondo del diferendo (artículo 28). Más recientemente, la Ley de garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (materiales de equipo aeronáutico) de 2005 consagra la elección de la ley aplicable (artículo VIII). Asimismo, el artículo 3111 del Código Civil de la provincia canadiense de Québec (adoptado en 1991, en vigor desde 1994) reconoce la facultad de las partes de cualquier acto jurídico, sea que éste presente elementos de extranjería o que no los presente, de designar la ley que lo regulará.

Cuando Colombia respondió el cuestionario no había en su ordenamiento norma expresa alguna que consagrara la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales. Ni la doctrina ni la jurisprudencia habían aceptado la autonomía de las partes para efectuar esta elección. Sin embargo, desde 1996 cuenta con la Ley 315 de arbitraje internacional, cuyo artículo 2 dispone que “...las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán

de resolver el litigio”. Aunque esta norma sólo se aplique en el ámbito de procesos arbitrales, ya es un avance el hecho de que acoja la autonomía.

Caso similar al de Colombia es el de Costa Rica, donde al momento de responder el cuestionario la autonomía no era admitida. El artículo 26 del Código Civil, excelente ejemplo de territorialismo, establece que “...todo lo que concierna al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República”. No obstante, en virtud de la Ley N° 7727 sobre Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, del 9 de diciembre de 1997, las partes pueden elegir la ley sustantiva que el tribunal arbitral aplicará al fondo del litigio (cfr. artículo 22).

Honduras respondió afirmativamente la pregunta número 2; pero la fundamentó en los artículos 1547 del Código Civil y 714, 1^{er} párrafo, del Código de Comercio. Si bien dichas normas acogen la autonomía de la voluntad, se trata de una autonomía meramente material, de pactar las cláusulas que los contratantes deseen; es decir que no se refieren a la autonomía conflictual en virtud de la cual las partes de un contrato internacional pueden elegir a qué derecho someterlo. La autonomía conflictual ha sido consagrada en el ordenamiento hondureño en materia de arbitraje por la Ley de conciliación y arbitraje, Decreto 161-2000, cuyo artículo 88 sobre normas aplicables al fondo del litigio dispone “Las partes en el arbitraje internacional, estarán habilitadas para escoger tanto las normas sustanciales como las procesales aplicables conforme a las cuales los árbitros habrán de resolver el litigio.”

Brasil respondió negativamente la pregunta número 2, lo que significa que en este país las partes de un contrato internacional no tienen la facultad de elegir el derecho aplicable al mismo. Los jueces brasileños, aplicando el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil (Decreto-ley N° 4.657, del 4 de septiembre de 1942), utilizan para calificar y regir las obligaciones la ley del país en el que se hayan constituido (es decir, la ley del lugar de celebración). Sin embargo, existe una ley posterior a esta respuesta que modifica el

panorama normativo. Se trata de la Ley 9.307/96 sobre arbitraje, en virtud de cuyo artículo 2.1 las partes pueden libremente elegir las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje. N. de Araújo¹⁰⁷ explica que esta admisión de la autonomía sólo abarca los contratos sometidos al arbitraje, sin importar que sean contratos internacionales o internos. Algunos tribunales, asimilando la nueva ley de arbitraje, han comenzado a acoger la autonomía llegando a extenderla a todo contrato internacional (no necesariamente sometido a arbitraje). Una decisión en este sentido fue tomada, por ejemplo, por la 12a Cámara del 1er Tribunal de Apelación de San Pablo, en el caso “R S Components Ltd. c. R S do Brasil Com. Imp. Exp. Cons. Repr. Ltda.”, del 18 de diciembre de 2003.¹⁰⁸ Pero no deja de tratarse de voces aisladas en un sistema que actualmente todavía rechaza la autonomía de la voluntad.

En Chile, el artículo 113, 2º, *in fine*, del Código de Comercio permite a las partes de un contrato internacional (que lo es por haber sido celebrado en el exterior y ejecutado en Chile) elegir el derecho aplicable. Sin embargo, tal como ha sido consignado en la respuesta de este país, la elección no tiene un alcance amplio: sólo abarca lo referente a la ejecución del contrato. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia chilenas reconocen una interpretación en este sentido de la referida norma. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio, Chile cuenta desde el 29 de septiembre de 2004 con una nueva ley sobre arbitraje comercial internacional. Se trata de la Ley N° 19.971, que en su artículo 28 acoge la autonomía de la voluntad de las partes para elegir las normas de derecho aplicables al fondo del litigio sometido a arbitraje comercial internacional, pudiendo incluso (según cierto sector de la doctrina chilena) escoger la *lex mercatoria*.¹⁰⁹

¹⁰⁷ N. de Araújo, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. Atualizado com a Lei de Arbitragem (n° 9.307/96)*. Renovar, Río de Janeiro, 1997, p. 105.

¹⁰⁸ Registro 1.247.070-7, inédito.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo: P. A. Aguirre Veloso, “La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”, *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n° 1. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100007&lng=en&nrm=iso>.

Según la respuesta de Argentina, allí la práctica contractual se muestra favorable a la autonomía de las partes en cuanto a la elección del derecho aplicable. Del Derecho Internacional Privado de fuente interna deriva una autonomía restringida.¹¹⁰ Esta autonomía permite a las partes elegir el derecho aplicable al contrato entre las leyes en vigor en los países donde realmente será cumplido. Se reconoce también una autonomía amplia, consagrada por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 10 de diciembre de 1956, en el caso “Pablo Treviso S.A.F.A.C.I.M.I. y otros c. Banco Argentino de Comercio”, donde se decidió que la elección del tribunal implica la elección tácita pero cierta del Derecho Internacional Privado del tribunal elegido y, si se admite la elección del tribunal, “*ad majore ad minus*”, también es posible elegir el derecho aplicable, que es lo menos.¹¹¹

De la respuesta de Estados Unidos surge que la regla general en esta materia fue establecida en la sección 187 del “*Restatement of the Law Second, Conflict of Laws*”, del *American Law Institute*, donde se afirma que el derecho consuetudinario reconoce la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable, con la condición de que exista una conexión razonable entre el derecho elegido y las partes o el contrato. También encontramos esta regla general en el “*Uniform Commercial Code*”, sección 1-301 (c) (2)¹¹² para los contratos comerciales comprendidos en el ámbito de aplicación de este Código, aunque no se exige conexión alguna entre el contrato y el país cuyo derecho se ha designado. Los tribunales de muchos estados de los Estados Unidos interpretan la regla en los casos comerciales maximizando el efecto de la autonomía de las partes, al permitir que la elección recaiga sobre un derecho que no tenga una conexión estrecha con el contrato. Generalmente las partes prefieren optar por el derecho interno de un país que haya incorporado las nuevas prácticas mercantiles. El criterio que predomina en la

¹¹⁰ Se la deduce de los artículos 1205, 1209 y 1210 del Código Civil argentino.

¹¹¹ Esta teoría de la autonomía restringida y la autonomía amplia en el Derecho Internacional Privado argentino ha sido elaborada por A. Boggiano.

¹¹² En la respuesta al cuestionario no se cita esta sección sino la 1-105 (1) del texto entonces vigente.

doctrina consiste en dar efecto, siempre que esto sea posible, a la elección de las partes, a fin de proteger sus razonables expectativas en las transacciones comerciales.

En México, incluso desde antes de que este país fuera Parte de la Convención, las partes ya gozaban de la libertad de elegir el derecho aplicable a los efectos jurídicos de los actos y contratos, en virtud del artículo 13, fracción V del Código Civil Federal, según el cual dichos efectos "...se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho" que, de hecho, continúa vigente.

En Venezuela, también antes de que fuese Parte de la CM, era posible elegir el derecho aplicable a los contratos que fueran mercantiles, y el derecho elegido podía ser el nacional o uno extranjero. La autonomía de la voluntad de las partes ya estaba permitida por el artículo 116 del Código de Comercio, en los siguientes términos: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en Venezuela, serán regidos por la ley venezolana, a menos que las partes hubieren acordado otra cosa." Después de entrada en vigor la CM se promulgó la Ley de Derecho Internacional Privado (publicada el 6 de agosto de 1998, vigente desde el 6 de febrero de 1999), que en materia de contratos incluye regulación congruente con la de la Convención. En efecto, el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que "Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes".

Entre los países que no respondieron el referido cuestionario, cabe destacar el caso de Perú, cuyo Código Civil dispone que "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes..." (artículo 2095) y cuya Ley General de Arbitraje N° 26572 consagra la libertad de las partes para elegir el derecho que el tribunal arbitral aplicará al fondo del litigio (artículo 117).

Percibimos, por tanto, una tendencia generalizada, más acentuada en algunos países que en otros, a admitir la autonomía de la voluntad de las partes como factor determinante del derecho aplicable a los contratos

internacionales, sin dejar de reconocer que ciertos países todavía siguen muy apegados al territorialismo. Dicha tendencia se ha visto plasmada en el texto de la CM sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en tanto establece la autonomía como regla general.

b) CIDIP V: consagración de la autonomía de la voluntad

La amplia recepción de la autonomía de la voluntad que expresamente hace la Convención constituye, evidentemente, uno de sus puntos más salientes.¹¹³ El artículo 7, 1^{er} párrafo, primera frase, dispone: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes.” La fórmula es idéntica a la empleada por el CR, artículo 3.1.

De la lectura de la primera frase del artículo 7 surge una clara consecuencia: la superioridad del derecho con respecto al contrato. Esto importa el rechazo de la teoría de la incorporación. Persisten, sin embargo, ciertas dudas: ¿cuál es el significado de la palabra “derecho”? ¿es necesario que haya una conexión razonable entre el derecho elegido y el contrato?, ¿pueden las partes “congelar” el derecho elegido?, ¿pueden elegir una ley o derecho no estatal?, ¿el contrato de *electio juris*, es reconocido por la Convención?

El artículo 17 viene a disipar la primera de nuestras dudas. Fija una noción de “derecho” válida a lo largo de toda la CM: es “...el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. La Convención se refiere siempre al derecho interno y el reenvío resulta excluido, lo que entendemos apropiado en un tratado internacional sobre derecho aplicable. Si ese derecho ha sido juzgado satisfactorio por países de todo el continente, el recurso a las normas de conflicto locales y al reenvío que éstas podrían provocar quebrantaría el espíritu mismo del instrumento.

¹¹³ F. K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, 42, *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 388, destaca que: “*In the light of the uneven evolution of party autonomy on our Continent, the Mexico City Convention performs the important function of conferring upon that principle the status of an inter-American tenet.*”

La norma que estamos analizando no exige que exista una conexión entre el derecho elegido por las partes y el contrato. Como su alcance es general, no encontramos motivo alguno que justifique interpretarla de manera restrictiva. Apoyamos, en consecuencia, una interpretación amplia de este texto, de modo que las partes puedan elegir el derecho que deseen, incluso un derecho que no tenga relación alguna con el contrato. Esta disposición es progresista si la confrontamos, por ejemplo, con la autonomía restringida del derecho argentino.

¿Pueden las partes “congelar” el derecho que ellas mismas han elegido? Debemos responder negativamente esta pregunta: las partes no pueden congelar el derecho elegido. El derecho aplicable conserva su *autoritas*;¹¹⁴ es necesario que durante toda la vida del contrato el derecho elegido sea derecho vigente.¹¹⁵ El derecho aplicable al contrato será el de un Estado, tal y como está en vigor al momento de ser aplicado, y no al momento de la celebración del contrato. Cada vez que el Estado en cuestión modifique su derecho, el contrato será regido por el derecho nuevo. Frente a la eventualidad de que la nueva ley no convenga a los intereses de las partes, éstas tienen la posibilidad de cambiar su elección.

La cuestión de saber si las partes pueden elegir un derecho no estatal es muy discutida en la doctrina. De acuerdo con la interpretación de F. K. Juenger,¹¹⁶ la CM permite a las partes elegir directamente un derecho no estatal como la *lex mercatoria* o su versión codificada, los Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional, como único derecho aplicable. Esto sería un enorme progreso con respecto al CR, que no lo permite.

¹¹⁴ Cfr. R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 75.

¹¹⁵ E. García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, 56ª edición, México: Editorial Porrúa, 2004, p. 37, define el orden jurídico vigente como el “...conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias”.

¹¹⁶ F. K. Juenger, “Contract Choice of Law...”, *op. cit.*, nota 103, pp. 204 y 205. Adhieren a esta tesis L. Pereznieta Castro, “Introducción a la Convención...”, *op. cit.*, nota 46, pp. 774 y 775, y G. Parra Aranguren, *op. cit.*, nota 34, p. 308.

Según P. Lagarde el CR se ha ubicado en la perspectiva de la elección de un derecho estatal por las partes, lo que no significa que prohíba la elección de los principios generales del derecho o de la *lex mercatoria*, sólo que no se tratará de una “elección” en los términos requeridos por el CR. Este autor opina que un contrato en el que las partes hayan designado los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* será regido por el derecho aplicable en ausencia de elección, derecho al que le corresponderá definir el lugar a acordar a las reglas no estatales elegidas por los contratantes.¹¹⁷

Una libertad de elección tan amplia como la que según F. K. Juenger la CM confiere a las partes, introduciría en el catálogo de normas a elegir los principios generales del derecho, las leyes modelo, las convenciones internacionales sobre el derecho material de los contratos y la *lex mercatoria*,¹¹⁸ y sería juzgada como más adaptada a la realidad comercial moderna que el CR, con su insistencia en limitar la elección de las partes a los derechos estatales.

En el campo del arbitraje internacional la aplicación de la *lex mercatoria* ya es un hecho indiscutible.¹¹⁹ ¿Por qué, entonces, las partes que deciden resolver su controversia ante un árbitro habrían de beneficiarse con la posibilidad de elegir la *lex mercatoria* (que se supone especialmente adaptada a las necesidades del comercio internacional), mientras que las partes que han decidido hacerlo ante un juez estatal quedarían “condenadas” a elegir el derecho de un Estado?

Sin embargo, según D. P. Fernández Arroyo,¹²⁰ es difícil aceptar que las partes puedan elegir la *lex mercatoria* como derecho del contrato. Como sabemos, es imposible que haya un contrato sin ley, y esta imposibilidad

¹¹⁷ Cfr. P. Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats...”, *op. cit.*, nota 32, pp. 300 y 301.

¹¹⁸ Cfr. D. P. Fernández Arroyo, “La Convention Interaméricaine...”, *op. cit.*, nota 31, p. 182, cuando describe la posición de Juenger.

¹¹⁹ Ha sido consagrada por el derecho francés en el artículo 1496 del Nuevo Código Procesal Civil, que no hace sino recoger la práctica arbitral.

¹²⁰ D. P. Fernández Arroyo, “La Convention Interaméricaine...”, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

constituye el fundamento del doble sistema de determinación del derecho aplicable adoptado por la CM. Este autor expone tres argumentos para sustentar su tesis. Primero: el artículo 7 se refiere al “derecho” elegido por las partes. Segundo: el artículo 17 explica que se entiende por “derecho” el vigente en un Estado. Tercero, y es el argumento más fuerte, de orden sistemático: la Convención recién introduce los “principios generales del derecho comercial internacional” en su artículo 9, para que el juez los considere cuando las partes *no* han elegido el derecho aplicable o cuando lo han hecho pero infructuosamente.

R. Herbert,¹²¹ apoyándose en el artículo 17, sostiene que el derecho elegido debe ser un derecho estatal pero que nada impide a las partes referirse expresamente (habiendo o no habiendo designado un derecho estatal) a otro tipo de normas sustantivas del medio comercial.

Apelar a la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo, en virtud de la elección de las partes o de una conexión objetiva es inadmisibile.¹²² No obstante, lo que sí se admite es su incorporación al contrato por la vía de la autonomía material de las partes.¹²³ Haciendo uso de su autonomía material los contratantes pueden crear disposiciones sustanciales (respetando, claro está, las normas de policía y el orden público), e incluso podrían referirse a la *lex mercatoria*, con la condición de que existieran reglas precisas muy conocidas en el comercio internacional, frente a las cuales el silencio de las partes pudiera interpretarse como referencia implícita a dichas reglas. A. Boggiano cita como ejemplo de esta precisión las Reglas y Usos sobre Crédito Documentario compiladas por la Cámara de Comercio Internacional.¹²⁴

¹²¹ R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, pp. 53 y 54.

¹²² A. Boggiano, “Contratos Internacionales...”, *op. cit.*, nota 101, p. XXIX.

¹²³ *Idem*. Véase también A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Capítulo XXIV “Contratos Internacionales (I)”, en A. L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 377, quienes refiriéndose al sistema del Convenio de Roma llegan a la misma conclusión.

¹²⁴ Para un análisis completo de dichas reglas, véase J. R. Alborno y P. M. All, *Crédito Documentario*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

Nosotros opinamos que nada en el texto de la CM nos autoriza a adherir a la tesis de F. K. Juenger, a pesar de lo atractiva y novedosa que pueda parecer. Hay que tener presente que la Convención no se rebela contra la preeminencia del derecho sobre el contrato: desde el momento en que el contrato “se rige por el derecho” elegido por las partes, no hay dudas de que la CM rechaza una voluntad todopoderosa. Y el juez debe necesariamente aplicar un derecho (dado que la *lex mercatoria* no es coercitiva, no podría ser considerada como “derecho” en el sentido estricto del término).

Desde nuestro punto de vista, la elección de las partes debe recaer en un derecho estatal. Ese derecho será el encargado de definir qué lugar le concede a la *lex mercatoria*. La primera frase del artículo 7, interpretada con el auxilio del artículo 17, es suficiente para inclinarse en este sentido. Sentido que no hace sino confirmarse cuando percibimos que el artículo 9 considera los “principios generales del derecho comercial internacional” (y por tanto, la *lex mercatoria*) como uno de los criterios a ser tenidos en cuenta por el juez en su labor de determinar el derecho aplicable en caso de ausencia de elección, o cuando la elección efectuada por las partes resulta ser ineficaz. En efecto, si la *lex mercatoria* funciona como guía para obtener el derecho aplicable, no debe ser confundida con ese mismo derecho.

Con respecto a la pregunta de si el contrato de *electio juris* es reconocido por la Convención, diremos que no hay reconocimiento expreso. Sin embargo los artículos 12 y 8 lo reconocen implícitamente. El artículo 12, puesto que somete “...la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable...” a “...la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo” (sobre determinación del derecho aplicable). El artículo 8, en tanto concede a las partes la facultad de “...acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquél por el que se regía anteriormente, haya sido éste elegido por las partes o no.”

El contrato de *electio juris* o *pactum de lege utenda* es entonces un contrato diferente del contrato principal; pero es regido por el mismo derecho aplicable al contrato principal. El reenvío que el artículo 12 hace al capítulo 2

sólo se refiere, en realidad, a sus disposiciones sobre derecho aplicable en caso de elección por las partes, ya que hablar de “contrato de *electio juris*”, implica que efectivamente ha habido una elección. Hasta aquí, el artículo 12 se asemeja al artículo 3.4 junto con el artículo 8.1 del CR.

Pero el artículo 8.1 del texto europeo establece: “La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos”. Esta norma exige una condición que la CM no retoma, al menos de forma expresa: “...si el contrato o la disposición fueran válidos”. Esta exigencia de validez es el elemento en el cual se apoya J. Foyer¹²⁵ para destruir el famoso “círculo vicioso”. En lugar de seguir un razonamiento circular se puede seguir otro, en línea recta, con ayuda de una norma material de Derecho Internacional Privado en virtud de la cual el contrato de *electio juris* sería válido *a priori*. “Es una regla material internacional que autoriza a los particulares a celebrar un contrato de elección, pero su efecto se agota desde el instante en que éstos han elegido la ley aplicable, y es entonces reemplazada por la regla de conflicto que designa la *lex substantiae*”.¹²⁶ Pensamos que, aunque en la CM no se halla expresamente esta condición, la norma material que establece *a priori* la validez del contrato de elección forma parte del espíritu de la Convención. Esto nos permite concluir que la CM reconoce implícitamente el contrato de *electio juris*.

Luego de haber analizado diversos aspectos de la libertad de elección, veamos cuáles son las modalidades de dicha elección.

2) Modalidades de la elección

El artículo 7, 1^{er} párrafo, segunda frase, dispone que: “El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes

¹²⁵ J. Foyer, “Le contrat d’*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 174 y 175.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 175.

y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.” Para el CR, la elección que no es expresa debe “...resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (artículo 3. 1, segunda frase). Resaltemos la diferencia entre las dos convenciones cuando hay elección tácita: una establece dos criterios acumulativos; la otra, alternativos. Señalemos también que la referencia a las circunstancias del caso es más amplia que la referencia a la conducta de las partes.

El artículo 7.2 de la CM reza: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.” No “necesariamente”; pero tal selección puede, por supuesto, ser uno de los elementos que el juez considerará.

La finalidad de la CM al regular las modalidades de la elección es que se pueda conocer con certeza la voluntad de las partes de elegir un derecho determinado. Se admite entonces, además de la elección expresa, la elección tácita. En este último caso, el juez pesará la conducta de las partes y las cláusulas contractuales. Pero la voluntad hipotética no ha sido acogida: si el juez no llega a la conclusión de que existe una elección tácita, entrarán en juego las normas para determinar el derecho aplicable en ausencia de elección.

La elección efectuada por las partes se puede referir a todo el contrato o sólo a una parte del mismo. De esta manera, la última frase del 1^{er} párrafo del artículo 7, abre la puerta al *dépeçage*.

3) Posibilidad de *dépeçage* por las partes

Efectivamente, el artículo 7, 1^{er} párrafo, última frase, consagra la posibilidad de *dépeçage* realizado por las partes, ya que la elección de un determinado derecho “...podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. El *dépeçage* “designa la aplicación de normas de países diferentes a los diferentes elementos de una misma situación jurídica”.¹²⁷ Los textos de la

¹²⁷ P. Lagarde, “Le ‘*dépeçage*’ dans le droit international privé des contrats”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649.

Convención de México y el Convenio de Roma sobre este tema son muy similares.

¿Cuál es la extensión de la posibilidad de elegir varios derechos para un mismo contrato? Según una primera interpretación, de corte restrictivo, las partes solamente podrán designar *un* derecho que regirá *una* parte del contrato separable del resto, resto que será sometido al derecho aplicable en ausencia de elección. Se pretende así proteger la unidad del contrato evitando su despedazamiento en tantas partes reguladas por derechos diferentes, como cláusulas contractuales. Sin embargo, estimamos que si la CM admite que la ley escogida rija la totalidad o una parte del contrato, es lógico considerar que admite también la elección de leyes diferentes para regular al mismo tiempo diversas partes de un contrato.¹²⁸ La unidad del contrato no estará en peligro, siempre que las partes actúen dentro del límite que deben respetar en todo *dépeçage*: la coherencia.¹²⁹ La voluntad de las partes de desmembrar el contrato no puede ir más allá de lo que es coherente.

La selección de un derecho (destinado a regir la totalidad o una parte del contrato) hecha por las partes, no es definitiva: puede ser modificada cuando ellas lo deseen.

4) Posibilidad de modificación de la elección

El artículo 8 permite a las partes someter el contrato a otro derecho, en cualquier momento. Gozan de este derecho de modificación tanto cuando el derecho anteriormente elegido regía la totalidad, como cuando no regía sino una parte del contrato.¹³⁰ R. Herbert¹³¹ lamenta que la Convención no haya

¹²⁸ Cfr. R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 60. M. Vargas Gómez-Urrutia, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2000, p. 110.

¹²⁹ Véase A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993, p. 358.

¹³⁰ También cuando no habían realizado selección alguna y el contrato se regía por el derecho aplicable en ausencia de elección. Es el caso de la elección tardía.

¹³¹ R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 54.

considerado aquí problemática especial de la hipótesis de modificación de la elección una vez iniciado el proceso judicial.

Pero la libertad de modificación de la elección de la ley aplicable no es ilimitada: su ejercicio nunca debe afectar la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Hemos estudiado la primera rama del doble sistema de determinación del derecho aplicable al contrato internacional: las disposiciones de la CM que se aplican en caso de elección por las partes. Pasemos ahora a la segunda rama, conformada por las disposiciones para el caso de ausencia de elección del derecho aplicable.

B. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Para el supuesto de que las partes no hayan elegido el derecho aplicable o lo hayan hecho infructuosamente, la CM adopta el principio de proximidad (1). En efecto, el artículo 9, 1^{er} párrafo dispone: “Si las partes no hubiesen elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.” La posibilidad de *dépeçage* judicial está consagrada en el párrafo 3^o del mismo artículo 9(2).

1) La proximidad

La proximidad implica que el derecho aplicable al contrato sea el del país con el que éste tenga los vínculos más estrechos. La Convención la consagra como principio subsidiario en el 1^{er} párrafo del artículo 9, y en el 2^o párrafo del mismo artículo establece los criterios a tomar en cuenta para la determinación de la *lex contractus*.

a) La proximidad como principio

En ausencia de selección por las partes, le corresponde al juez determinar el derecho aplicable al contrato internacional. Debe examinar cuál es el Estado

con el que el contrato tiene una mayor proximidad, y aplicar el derecho de ese Estado. La idea fuerza de este principio cuyas raíces encontramos en los países anglosajones, y que los redactores de la CM han tomado directamente del CR, artículo 4.1, es llegar a identificar el derecho más adecuado para el contrato, el derecho que mejor se adapte a él.

La adopción de puntos de conexión flexibles constituye una novedad para la mayoría de los Estados del continente americano, habituados a la utilización de puntos de conexión rígidos, tales como el lugar de celebración o el lugar de cumplimiento.¹³² Habrá de pasar cierto tiempo hasta que los jueces asimilen el cambio, porque con la CM su papel se torna diferente: de simples “aplicadores” de normas de conflicto rígidas, se convertirán en las *vedettes* del nuevo sistema, gozando de una gran libertad. Esto puede dar lugar a una cierta inseguridad jurídica, porque el derecho aplicable no es fácilmente identificable para las partes; sin embargo, la ventaja de la adaptación al caso concreto tiene un peso importante.

La Convención establece ciertos criterios que los jueces tomarán en cuenta al momento de determinar el derecho aplicable al contrato, a falta de elección por los contratantes.

b) Los criterios a tomar en cuenta

El artículo 9, 2° párrafo, indica algunos índices bastante vagos que, acumulativamente, han de servir de guía al juez para determinar el derecho del Estado con el cual el contrato tiene vínculos más estrechos. Se trata, por un lado, de “... todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato...”; por otro lado, de “... los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

El Proyecto del Comité Jurídico Interamericano¹³³ adoptaba la presunción de proximidad con el Estado en el cual la parte “manifiestamente más obligada”

¹³² Véase, por ejemplo, artículos 1205 y siguientes del Código Civil argentino y los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

¹³³ Artículo 8.

debe cumplir su prestación y donde tenga, además, su residencia habitual o su establecimiento principal. Vemos que este Proyecto retomaba la prestación característica consagrada por el artículo 4.2 del CR, pero al criterio de la residencia habitual del deudor le agregaba el del lugar de cumplimiento de la prestación, debiendo los dos funcionar de manera acumulativa.

En la Reunión de Tucson los expertos no lograron ponerse de acuerdo sobre la cuestión de saber si había que adoptar como punto de conexión de la presunción de proximidad el lugar de ejecución de la prestación característica o bien el domicilio (domicilio, residencia habitual o establecimiento) de la parte que debía cumplirla. Por este motivo, el Proyecto de Tucson llegó a la Conferencia de México con una opción relativa a este tema.¹³⁴

Finalmente, la prestación característica fue abandonada. Beneficia a los exportadores de los países desarrollados, que son generalmente los que deben cumplirla. Y esto es así tanto cuando se aplica el derecho del Estado de su establecimiento, como cuando se aplica el derecho del Estado de ejecución, puesto que en ambos casos tienen la posibilidad de elegirlos. F. K. Juenger¹³⁵ explica el motivo de este abandono: el CR “denigraba deliberadamente” el nuevo derecho de los operadores del comercio internacional y el juego mecánico de su método localizador de los contratos internacionales no respondía a las exigencias de ese comercio. Él considera que la solución de la CM es claramente superior a la del CR.

Detengámonos en los criterios que ha adoptado la CM.

El juez debe tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato. Elementos objetivos son, por ejemplo, los lugares

¹³⁴ Artículo 10, 2º párrafo.

¹³⁵ F. K. Juenger, “The Inter-American Convention...”, *op. cit.*, nota 113, pp. 389 y 390. En contra: M. B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 106, considera la supresión de la prestación característica como infortunada, puesto que goza de la aceptación de la doctrina y la jurisprudencia en la mayoría de los países y aún no ha sido sustituida por un criterio mejor. D. P. Fernández Arroyo, “Coloquio de las Sextas Jornadas...”, *op. cit.*, nota 85, p. 213, destaca la importancia de la manera en que la prestación característica fue suprimida: por una hábil maniobra de F. K. Juenger quien, en la Conferencia, se las ingenió para lograr que se la eliminara del texto de la Convención.

de celebración y de ejecución del contrato, el domicilio y la nacionalidad de las partes. Podemos considerar como elementos subjetivos el equilibrio de intereses, la relación más significativa, los vínculos más estrechos e incluso la prestación más característica.¹³⁶ Agrupará y pesará estos factores y todos los que detecte en el contrato. En nuestra opinión, el juez podría, por esta vía, tomar en cuenta la prestación característica, no ya como presunción sino como un mero elemento más.

El tribunal también debe tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. De este modo la CM se refiere a la *lex mercatoria* como un elemento más que colaborará para encontrar el Estado más próximo. La propuesta de Estados Unidos consistía, directamente, en que a falta de selección del derecho por las partes, el contrato se rigiera por los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por las organizaciones internacionales; pero la oposición que tal propuesta encontraron en el Grupo de Trabajo que elaboró el texto definitivo condujo a la solución de compromiso del artículo 9, 2º párrafo, segunda frase. Según F. K. Juenger, "*While CIDIP-V can be faulted for mixing together the oil of supranationality and the water of positive laws, one can expect, in the natural course of things, the oil to rise and the water to sink.*"¹³⁷

El último párrafo del artículo 9 acoge el *dépeçage* judicial. Desmembrémoslo.

¹³⁶ Estos son los elementos subjetivos examinados durante los trabajos preparatorios de la CM. Véase J. L. Siqueiros, *Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, presentada al Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro, Brasil, CJI/SO/II/doc.6/91, 3 de julio de 1991, cit. por F. González de Cossío, "La Convención Interamericana y los contratos internacionales", *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1997, N° 27, p. 150.

¹³⁷ F. K. Juenger, "The Inter-American Convention...", nota 113, *op. cit.*, p. 391.

2) Posibilidad de *dépeçage* judicial

En virtud del artículo 9, 3er párrafo, "...si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de ese otro Estado a esta parte del contrato." La Convención interamericana, como el CR,¹³⁸ le permite por tanto al juez, cuando las partes no han elegido el derecho aplicable y es a él a quien le toca determinarlo, desmembrar el contrato. Establece, no obstante, más requisitos para el *dépeçage* judicial que para el *dépeçage* realizado por las partes.

Para que pueda haber *dépeçage* judicial deben cumplirse dos condiciones: la separabilidad de una de las cláusulas con relación al resto del contrato y la existencia de una conexión más estrecha de la parte separable con un Estado diferente de aquél cuyo derecho regulará el resto de las cláusulas. Este desmembramiento tiene dos características: es facultativo y excepcional.

Según R. Herbert,¹³⁹ el pragmatismo de la CM en este punto permite resolver con mayor facilidad los litigios referidos no al incumplimiento general del contrato, sino al incumplimiento de ciertas obligaciones accesorias que no afectan el conjunto de la ecuación contractual.

Cuando hablamos, más arriba, acerca del doble sistema de la CM para determinar el derecho aplicable al contrato, nos hemos referido en varias ocasiones a la *lex mercatoria*. Su presencia es uno de los puntos más relevantes de la Convención interamericana. Por eso la examinaremos más de cerca.

C. APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

La *lex mercatoria*, tal como aparece en la CM, tiene dos funciones diferentes: la de coadyuvar a la determinación del derecho aplicable, por un lado, y la de

¹³⁸ Artículo 4.1, *in fine*.

¹³⁹ R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 61.

realizar la justicia y la equidad, por el otro. Evocaremos ambas funciones una vez que hayamos intentado delimitar el contenido de la *lex mercatoria*.

1) El contenido de la *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* es el nuevo derecho de los operadores del comercio internacional, nacido de la práctica y por consiguiente más ajustado a las necesidades del comercio que los derechos estatales. Según L. Pereznieto Castro, la *lex mercatoria* es "...el concepto conforme al cual se describen los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional en la medida que constituyen una normatividad producida de manera descentralizada por grupos u órganos internacionales no necesariamente gubernamentales y que los operadores del comercio adoptan para hacer regir sus relaciones jurídicas y, al hacerlo, se constituyen en derecho acordado entre las partes. Derecho que, eventualmente, podrá ser reconocido por los sistemas jurídicos de los Estados nacionales incorporándolo y a partir de ese momento, convertirlo en derecho nacional."¹⁴⁰

Durante la Reunión de Tucson, B. Kozolchik,¹⁴¹ el coordinador, señaló como característica del Derecho Comercial de fin de siglo el rol predominante de las reglas y prácticas comerciales elaboradas por asociaciones diversas en las ramas de la industria, el comercio y las finanzas, incluidas las cámaras de comercio.

Estas reglas se caracterizan por el hecho de que, a la vez: 1) reflejan fielmente las prácticas comerciales, es decir, el comportamiento cotidiano de los operadores comerciales; 2) determinan su propio nivel de comportamiento ético; 3) abarcan todos los aspectos relativos a un tipo determinado de negocio; 4) descartan la noción kelseniana de la necesidad de considerar la sanción estatal como intrínseca a la norma jurídica, y al contrario, acogen un sistema de auto-sanción en virtud del cual la parte que ha ejecutado sus

¹⁴⁰ L. Pereznieto Castro, "Introducción a la Convención...", *op. cit.*, nota 46, p. 774.

¹⁴¹ Informe de la Reunión de Expertos..., *op. cit.*, nota 57, p. 2.

obligaciones queda automáticamente investida de la facultad de compensar el daño que la otra le ha causado, sin que sea necesaria la intervención de un juez.

La CM alude a la *lex mercatoria* como "... los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (artículo 9, 2º párrafo, segunda frase) y también como "... las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación..." (artículo 10). Señalemos que las organizaciones internacionales del artículo 9 pueden ser gubernamentales o privadas, tales como la CNUDMI (UNCITRAL), UNIDROIT o la CCI.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales son generalmente aceptados como versión codificada de la *lex mercatoria*. El 3er párrafo de su Preámbulo establece: "Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los 'principios generales del derecho', la '*lex mercatoria*' o expresiones semejantes."

Nos parece adecuada, como a R. Santos Balandro,¹⁴² la referencia de la Convención interamericana a los organismos internacionales como vehículo para conocer la *lex mercatoria*. Esto será de gran ayuda para los jueces, que ya no deberán librarse a la búsqueda de principios generales en las legislaciones de todos los Estados que conforman la sociedad internacional a fin de constatar la existencia de la *lex mercatoria*. No obstante, hay que mantenerse alerta, puesto que existe el riesgo de que diferentes organismos lleguen a conclusiones contradictorias. Otra vía de gran relevancia para conocer el contenido de la *lex mercatoria* es la jurisprudencia arbitral, es decir, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales en los litigios que les son sometidos.

Veamos ahora la primera de las dos funciones que la Convención asigna a la *lex mercatoria*: coadyuvar a la determinación del derecho aplicable.

¹⁴² R. Santos Balandro, *op. cit.*, nota 2, p. 74.

2) La función de coadyuvar a la determinación del derecho aplicable

Esta función de la *lex mercatoria* sólo puede desplegarse en caso de ausencia de elección del derecho aplicable por las partes. En efecto, es en el momento de identificar el derecho del Estado con el cual el contrato tiene conexiones más estrechas, que el juez tendrá en cuenta no solamente los elementos objetivos y subjetivos derivados del contrato sino también los principios generales del derecho comercial internacional que forman parte de la *lex mercatoria*.

¿Cuál es el sentido del artículo 9, 2º párrafo, segunda frase? ¿Significa que el juez aplicará un derecho de fuente transnacional en lugar de un derecho de origen estatal?

Para D. P. Fernández Arroyo, “Si aquello llega a tener una incidencia práctica, asistiremos a una modificación profunda en la manera de proceder de la norma indirecta. En efecto, se introduciría no únicamente el carácter de flexibilidad en el mecanismo de localización –elemento novedoso para la casi totalidad de los derechos implicados–, sino que se podría ir más lejos: la solución concreta de los litigios no debería ser obtenida necesariamente de uno de los órdenes jurídicos estatales ligados al caso, ni siquiera del más próximo.”¹⁴³

En nuestra opinión, la frase bajo análisis se propone tan sólo guiar al juez en la búsqueda del derecho del Estado más próximo al contrato. Si hubiera varios derechos vinculados con el contrato de manera tal que fuera muy difícil identificar cuál de ellos es el más próximo, el juez deberá inclinarse por aquél que mejor se adecue a los intereses del comercio internacional.

Subrayemos que siempre hablamos de la aplicación de un derecho estatal, que será el más próximo al contrato y el más adaptado a las necesidades del nuevo derecho de los operadores del comercio internacional.

La *lex mercatoria* también es investida, en la CM, de una segunda función: la de realizar la justicia y la equidad.

¹⁴³ D. P. Fernández Arroyo, “La Convention Interamericaine...”, *op. cit.*, nota 31, p. 184.

3) La función de realizar la justicia y la equidad

La función de la *lex mercatoria* como medio para realizar la justicia y la equidad es consagrada por el artículo 10 de la CM: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

Este artículo todavía no existía en el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano. Fue propuesto en Tucson por G. Parra Aranguren y aprobado por la Reunión de Expertos.¹⁴⁴ No sufrió ninguna modificación en la Conferencia de México. R. Herbert¹⁴⁵ destaca que este artículo guarda un paralelismo deliberado con el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado firmada en Montevideo, en 1979, en ocasión de la CIDIP II, de conformidad con el criterio de sistematización que caracteriza las Conferencias Interamericanas.

La redacción del artículo 10 fue calificada de “enigmática”.¹⁴⁶ Nos faltan pistas para descifrar lo que se debe entender por “cuando corresponda”. A pesar de que el texto establece primero que “se aplicarán, cuando corresponda, las normas”, inmediatamente después reduce el ámbito de dicha aplicación, que se producirá solamente cuando sea necesaria para “realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad...”.

De la primera frase “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores...” se puede colegir que esta disposición está destinada a ser aplicada tanto en caso de elección como en caso de ausencia de elección por las partes del derecho aplicable al contrato.

Sin embargo, cuando las partes han elegido el derecho aplicable a su contrato, no nos parece admisible ni siquiera so pretexto de la especial

¹⁴⁴ Artículo 11 del Proyecto de Tucson.

¹⁴⁵ R. Herbert, *op. cit.*, nota 50, p. 58.

¹⁴⁶ R. Santos Belandro, *op. cit.*, nota 2, p. 75.

adaptación de la *lex mercatoria* a las necesidades del comercio internacional y de su función de realizar la justicia y la equidad en el caso concreto, que el juez haga caso omiso de la voluntad expresada en la elección de un derecho estatal preciso substituyéndolo por las normas, costumbres y principios del derecho comercial internacional. Podrá, en todo caso, completarlo con dichas normas, costumbres y principios, si fuese necesario.

En ausencia de elección, es decir, cuando le corresponde al juez identificar el derecho del Estado más estrechamente conectado con el contrato, el artículo 10 se vuelve reiterativo. En efecto, la consideración de la *lex mercatoria* ya está prevista en el artículo 9, 2º párrafo, segunda frase. Nos queda claro que se trata de referencias distintas, que se aplicarían en momentos diferentes: una a la hora de la localización del contrato, la otra después de la identificación del derecho del Estado con el cual el contrato presenta conexiones más estrechas. No obstante, consideramos que una de las dos está de más.

Pensamos, en consecuencia, que los efectos prácticos del artículo 10 serán relativos. Sin embargo no deja de ser relevante y positivo que la Convención les haga al menos un estrecho lugar a los principios generales del derecho comercial internacional, porque es una manera de acercar el texto de este cuerpo normativo a la realidad social que está llamado a regir (los contratos internacionales) y de evitar que pronto quede obsoleto debido a la evolución de prácticas tan cambiantes como las que siguen los operadores del comercio internacional.

La determinación de la ley aplicable al contrato internacional se hace mediante un sistema dualista clásico, distinguiendo la hipótesis de elección eficaz del derecho por las partes y la hipótesis de no elección o de elección ineficaz. Como elemento original y por ende novedoso, la CM prevé también el recurso a la *lex mercatoria*.

En materia de límites al derecho aplicable en virtud de la Convención, han sido previstos los tradicionales.

D. LÍMITES A LA LEX CONTRACTUS

La CM prevé como límites al derecho del contrato las disposiciones imperativas y el orden público.

1) Las disposiciones imperativas

La Convención no contiene ninguna disposición especial relativa a los contratos celebrados en situación de desequilibrio, entre una parte fuerte que fija las reglas del juego y una parte débil que adhiere a las mismas en bloque, sin tener la posibilidad de negociar el contenido del contrato. En este punto se ha dejado de lado el modelo del CR.¹⁴⁷ Nuestra Convención, habiendo excluido de su ámbito de aplicación contratos que tienen una regulación autónoma, como los contratos de consumo¹⁴⁸ o los contratos de trabajo, ha preferido una cláusula general que fue juzgada lo suficientemente amplia¹⁴⁹ como para proteger a la parte débil contra los abusos de un poder de negociación superior en aquellos casos puntuales en los que puedan presentarse: el artículo 11.

La cuestión de las disposiciones imperativas fue discutida en la Reunión de Tucson. Los expertos no se pusieron de acuerdo acerca de si había que tratar juntos o de forma separada las disposiciones imperativas y el orden público. Fueron redactadas dos versiones de este artículo, y le tocó a la Conferencia de México resolver la controversia: prefirió el tratamiento de ambas cuestiones por separado, siguiendo (aquí sí) el ejemplo del CR. De hecho, el artículo 11 del texto interamericano puede ser puesto en paralelo con el artículo 7 del texto europeo.

¹⁴⁷ El CR contiene disposiciones que protegen a la parte débil. Así, el artículo 5 se refiere a los contratos celebrados por consumidores y el artículo 6 al contrato individual de trabajo.

¹⁴⁸ Uno de los temas que tratará la CIDIP VII es la protección al consumidor. Para ver el avance de los trabajos preparatorios, visitar el sitio del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la OEA: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm>.

¹⁴⁹ Cfr. F. K. Juenger, "Contract Choice of Law...", *op. cit.*, nota 103, p. 204.

El artículo 11 habla de “disposiciones imperativas”. En virtud de su primer párrafo, las disposiciones imperativas del derecho del foro “se aplicarán necesariamente”. Esas disposiciones imperativas son las generalmente conocidas como normas de policía o normas de aplicación inmediata. Son normas que autolimitan “. . .exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional. . . mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio”,¹⁵⁰ ya que protegen intereses esenciales del Estado. Es necesario observarlas para preservar la organización económica, social, incluso política de un país. Cuando se trata de realizar la finalidad que persiguen, estas normas deben ser aplicadas, independientemente del hecho de que la norma de conflicto las designe o no. Por eso son de aplicación necesaria¹⁵¹ y excluyen el recurso a toda otra norma. Cuando un interés fundamental del Estado del foro se pueda ver afectado por la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto, dicha ley extranjera es desplazada *a priori*.

El segundo párrafo del artículo 11 concede al juez el poder de decidir, a su entera discreción, si aplicará o no “. . .las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. Para que el juez valore si es o no conveniente aplicar las normas de policía de un país diferente al del foro, es indispensable que el contrato presente vínculos estrechos con este Estado. Señalemos que aquí el artículo no exige que sean *los vínculos más estrechos*, sino simplemente vínculos estrechos. Esta norma tiene carácter preventivo, ya que permite que el juez aplique las disposiciones internacionalmente imperativas de países donde probablemente se solicitará el reconocimiento y la ejecución de su sentencia.

La Convención prevé otro límite general: el orden público.

¹⁵⁰ A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 73.

¹⁵¹ Cfr. P. Mayer, *Droit international privé*, 6ª edición, Colección Domat droit privé, Editions Montchrestien, E.J.A., París, 1998, p. 81. Véase también M. Vargas Gómez-Urrutia, *op. cit.*, nota 128, p. 126.

2) El orden público

El artículo 18 consagra la violación del orden público del foro como límite al derecho extranjero aplicable: “El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.”

El control de conformidad al orden público es efectuado *a posteriori*, una vez que el derecho aplicable ha sido determinado. Debemos en este punto señalar una diferencia entre el texto interamericano y el CR. En tanto que el primero se refiere al “derecho designado por esta Convención”, el segundo, en su artículo 16, alude a “la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente convenio”. La fórmula empleada en el convenio europeo conduce, quizás de manera más precisa, a apreciar *in concreto* la conformidad del derecho extranjero aplicable con el orden público internacional del país del juez.¹⁵²

Entendemos que el orden público internacional del país del juez actúa como una suerte de filtro, impidiendo que en ese país se apliquen normas extranjeras que lo violen, o cuya aplicación conduzca a soluciones contrarias al mismo. Pero para que los principios fundamentales del derecho del foro no se vuelvan una traba de utilización frecuente para evitar la aplicación del derecho designado por la Convención, se exige que la contrariedad sea manifiesta. Entonces, sólo cuando la *lex contractus* sea *manifiestamente* contraria al orden público internacional del foro, éste entrará en juego impidiendo la aplicación de dicha ley, que será normalmente sustituida por la *lex fori*.

Después de haber visto diferentes aspectos del método de la CM para determinar el derecho aplicable al contrato internacional, debemos intentar responder la siguiente pregunta: ¿a qué aspectos del contrato se aplica el derecho identificado?

¹⁵² J. A. Pérez Beviá, Lección 9 “Las obligaciones contractuales”, en M. Aguilar Benítez de Lugo, B. Campuzano Díaz *et al.*, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 278.

IV. ÁMBITO DEL DERECHO APLICABLE

En esta sección vamos a comprobar que el espectro de temas o cuestiones que rige el derecho aplicable al contrato es muy amplio. A pesar de la existencia de algunas disposiciones especiales sobre la invalidez del consentimiento de una de las partes (artículo 12, 2º párrafo), la forma y la publicidad del contrato (artículos 13 y 16), el ámbito de aplicación de la *lex contractus* sigue siendo vasto. De hecho, la de por sí amplia enumeración de los temas que ésta abarca (hecha en el artículo 14) no es exhaustiva. Entonces, toda cuestión que no haya sido expresamente excluida del ámbito de aplicación del derecho que rige el contrato, quedará comprendida en el mismo.

Enfoquémonos en un primer momento en las normas referidas a la formación del contrato, luego en las que atañen a los efectos del contrato, y finalmente en las que aluden a la extinción de las obligaciones.

A. FORMACIÓN DEL CONTRATO

Con respecto a la formación del contrato debemos distinguir las normas de fondo de las normas de forma.

1) Normas de fondo

El artículo 12, 1º párrafo, que se asemeja mucho al artículo 8.1 del CR, somete a la *lex contractus* “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable...”. La existencia del contrato se refiere a si el contrato se ha formado o perfeccionado, por lo tanto alude al consentimiento de las partes;¹⁵³ la validez, intrínseca, a la ausencia de vicios del consentimiento y de prohibiciones relativas al objeto del contrato. A la validez sustancial del contrato de *electio juris* se aplica, como ya lo hemos visto, el mismo derecho que al contrato principal.

¹⁵³ Cfr. M.B. Noodt Taquela, *op. cit.*, nota 33, p. 112.

Pero cuando se trata de determinar que una parte no prestó debidamente su consentimiento, "...el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte" (artículo 12, 2° párrafo). La versión de la Convención de México en lengua francesa¹⁵⁴ aclara que cuando el juez tome en consideración el establecimiento de la parte de cuyo consentimiento se trate, dicho establecimiento deberá estar vinculado con la operación en cuestión. Aunque esta aclaración no venga incluida en la versión original, en español, estimamos que surge del espíritu mismo de la norma que debe tratarse de un establecimiento que tenga conexión con el contrato del que se trate.

Con respecto al espíritu del artículo 12, 2° párrafo de la CM, es exactamente el mismo que imbuye al artículo 8.2 del CR. No obstante, opinamos que la norma interamericana es superior a la europea, puesto que el derecho de la residencia habitual o del establecimiento de la parte se aplica sin que ésta deba invocarlo, y tampoco se exige que resulte de las circunstancias que no sería razonable determinar el efecto de su conducta según la *lex contractus*.

En cuanto a la nulidad, existe un principio según el cual el derecho aplicable a una condición rige su sanción.¹⁵⁵ Corresponderá por lo tanto al derecho del contrato determinar el régimen de su eventual nulidad. El artículo 14, e) de la CM somete al derecho aplicable al contrato las consecuencias de su nulidad o invalidez. No debemos olvidar, sin embargo, que las consecuencias de la nulidad del contrato que deriven de la incapacidad de una de las partes están excluidas del ámbito material de aplicación de la Convención (artículo 5, a), *in fine*).

Hemos tratado las normas de fondo referidas a la formación del contrato. Veamos ahora las normas de forma.

¹⁵⁴ Publicada en la *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 173 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. B. Audit, *Droit International Privé*, 2a edición, Ed. Economica, París, 1997, p. 683.

2) Normas de forma

El artículo 13 regula la cuestión de la validez formal del contrato y lo hace en dos etapas: primero, se ocupa del caso en el que el contrato es celebrado entre partes que se encuentran en un mismo Estado; seguidamente, del caso en el que es celebrado entre personas que al momento de la celebración se encuentran en Estados diferentes. El último supuesto es el más interesante en el contexto de la Convención, ya que es el más frecuente en el comercio internacional.¹⁵⁶

Este artículo es una norma de conflicto materialmente orientada o con coloración material, que persigue claramente una finalidad: favorecer la validez formal del contrato (*favor negotii*). Abre un abanico de derechos que, alternativamente, tienen vocación de aplicación. La estructura seguida es la del artículo 9 del CR, norma que dispone las conexiones "...en modo *alternativo*, con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, que el contrato sea invalidado por motivos exclusivamente formales (...) el contrato sólo será nulo cuando incurra en un defecto de forma *ad solemnitatem* conforme a todas las legislaciones aplicables".¹⁵⁷ El Código Civil argentino también contiene una norma de este tipo, en la que queda directamente plasmada la finalidad de favorecer la validez. Es el artículo 1181, que en su parte final somete el contrato celebrado entre ausentes a "...las leyes que sean más favorables a la validez del contrato".

"Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.", dispone el 1^{er} párrafo del artículo 13 de la CM. Ni el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano ni el Proyecto de Tucson preveían el lugar

¹⁵⁶ Cfr. M. Szeinblum, "¿La regla '*locus regit actum*' ha perdido su hegemonía?", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, 1994, p. 151.

¹⁵⁷ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, nota 123, p. 421.

de ejecución como punto de conexión. Éste fue incluido durante la Conferencia Interamericana, a propuesta de Estados Unidos.

Cuando las partes se encuentren en Estados distintos al momento de la celebración, el contrato “será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de ejecución.” (2º párrafo). A diferencia del caso precedente, se agrega aquí un derecho más al abanico: el del lugar donde se encuentra la contraparte cuando se celebra el contrato.

Todas las cuestiones atinentes a la publicidad de los contratos internacionales son regidas, en virtud del artículo 16, por “El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse...”. Este artículo está especialmente destinado a aquellos contratos internacionales que recaigan sobre bienes registrables.

La CM también contiene normas sobre los efectos del contrato.

B. EFECTOS DEL CONTRATO

El artículo 14 de la Convención enumera algunas materias que quedan comprendidas en el ámbito del derecho aplicable al contrato.

Como lo hace el CR en su artículo 10.1.a), la CM, en el artículo 14, a), establece que la interpretación del contrato es regulada por el derecho del contrato. La regla es muy lógica, pues la interpretación está íntimamente ligada con el fondo del contrato. De todas maneras, le corresponde a la ley procesal conferirle al juez el poder de interpretar y fijar las posibilidades de control por la Corte Suprema del país del foro.¹⁵⁸ La disposición figuraba tal cual en el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano y también la encontramos en el Proyecto de Tucson; pero allí se le agregaba la consideración de las directivas previstas en el artículo 4 (carácter internacional de la Convención y necesidad

¹⁵⁸ Cfr. J. Foyer, “Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal du Droit International*, 1991, p. 620.

de promover la uniformidad de su aplicación). Durante los trabajos de la Conferencia, la referencia al artículo 4 fue suprimida.

Luego, el artículo 14, b) incluye en el ámbito de la *lex contractus* los derechos y obligaciones de las partes. Esta norma ya aparecía en el Proyecto del Comité y también en el Proyecto de Tucson. No obstante, no encontramos norma alguna en este sentido en el CR. ¿Cuáles son esos derechos y obligaciones de las partes? No sería congruente, desde una perspectiva metodológica, que se tratase ni de la ejecución de las obligaciones, ni de las consecuencias del incumplimiento, porque éstas están previstas en el inciso c). Pensamos que los derechos y obligaciones a los que se refiere el inciso b) podrían ser más bien de orden moral, tales como los deberes y derechos relativos a la información, la confidencialidad, la diligencia.

El artículo 14, c) unifica lo esencial de los incisos b) y c) del artículo 10.1 del CR, sometiendo a la ley del contrato “la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria”. Quedarían comprendidas aquí, entre otras instituciones, la ejecución forzosa, la *exceptio non adimpleti contractus*, la resolución por incumplimiento, la responsabilidad contractual por incumplimiento... No perdamos de vista que los sistemas jurídicos difieren en cuanto a la calificación de los daños como cuestiones de procedimiento o de fondo; merece ser aplaudida su inclusión expresa dentro del ámbito del derecho del contrato. La *lex fori* intervendrá, eso sí, para calificar la responsabilidad por incumplimiento de contractual o extracontractual.

Finalmente, después de las normas sobre la formación y los efectos del contrato, veamos la regla que se ocupa de los modos de extinción de las obligaciones.

C. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En lo que atañe a la extinción de obligaciones, el artículo 14, d) somete a la *lex contractus* “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso

la prescripción y caducidad de las acciones”. Excluye los casos de ejecución, que quedan comprendidos en el inciso c), tales como la remisión de deuda, la novación la confusión, la dación en pago, la compensación. Se percibe en esta disposición el influjo del artículo 10.1.d) del CR.

La inclusión de la prescripción y la caducidad en el ámbito del derecho del contrato es significativa, ya que mientras algunos ordenamientos jurídicos nacionales consideran que la prescripción y la caducidad son cuestiones meramente procesales, otros las consideran un tema de fondo. La CM, al igual que el CR escogen una “*calificación sustantiva* de la prescripción y caducidad”.¹⁵⁹

Señalemos que la Convención no ha previsto nada acerca de la transmisión de obligaciones, ni por cesión ni por subrogación. Este silencio es lamentable, ya que dichas cuestiones generan ciertos problemas que no son fáciles de resolver. Pero habrá que conformarse con aplicarles la ley del contrato que, en su amplitud, rige todo lo que no haya sido extirpado de su ámbito de aplicación.

V. CONCLUSIONES

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aparece como un importante paso al frente, hacia la armonización de los sistemas jurídicos de los Estados del continente americano. Tiende a “facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico” (preámbulo, párrafo 4).

La CM consagra el principio de la autonomía de la voluntad de una manera muy amplia. No olvidemos que esto es un avance con respecto al Derecho Internacional Privado de fuente interna e internacional (en cuanto a la fuente internacional pensamos especialmente en el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940) de la mayoría de los Estados de la región, aunque su

¹⁵⁹ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, nota 123, p. 408.

doctrina y su jurisprudencia se muestren desde algún tiempo favorables a la recepción de la autonomía conflictual. Los contratantes tienen ahora la facultad de elegir, con la mayor de las libertades, el derecho estatal que regirá su contrato internacional, pudiendo incluso llegar al punto de designar el derecho de un Estado que no tiene ningún vínculo con la relación jurídica contractual. Pueden desmembrar el contrato eligiendo un derecho para una parte del mismo, y modificar su elección cuando quieran, tan seguido como les plazca y, obviamente, les convenga.

En ausencia de elección de la ley por las partes, la CM acoge el principio de proximidad y reconoce al juez un vasto margen de maniobra a fin de que identifique, en cada caso, la ley del Estado más próximo al contrato. Las guías que la Convención pone a su disposición para efectuar esta búsqueda son demasiado vagas. Las soluciones son por lo tanto tan flexibles que su previsibilidad puede atacada, siendo muy difícil (cuando no imposible) para las partes conocer la *lex contractus* sin recurrir a un juez.

La inclusión de los usos, costumbres, prácticas y principios generales del derecho del comercio internacional generalmente reconocidos, constituye ciertamente un rasgo singular de la CM, y en cierto modo logra que ésta se adapte mejor a la realidad social que debe regir (los contratos internacionales), en comparación con otros instrumentos similares (el CR, por ejemplo). Además, esta manera de acercarse al comercio internacional evita que haya que estar modificando la Convención cada vez que los crecientes desarrollos técnicos lo requieran, ya que el texto quedará automáticamente ajustado a ellos.

La CM se inserta en un contexto normativo complejo, que es delicado coordinar. Hay convenciones surgidas de la CIDIP, de la integración sub-regional (NAFTA y MERCOSUR, entre otros), de instituciones de alcance universal (Conferencia de La Haya, CNUDCI, UNIDROIT), también encontramos tratados bilaterales, el Código Bustamante, los Tratados de Montevideo, la misma *lex mercatoria*... Será entonces necesario aplicarla con prudencia.

La CM está en vigor entre México y Venezuela, únicos países que hasta el momento la han ratificado. Sería muy positivo que otros Estados del continente la adoptaran también: además de promover la celebración de contratos

interamericanos, podría ser un instrumento de los procesos de integración sub-regional si se aprovechase su existencia a nivel continental utilizándola también en el plano sub-regional, sin duplicar esfuerzos en vano.

El futuro de los trabajos de la CIDIP dependerá en buena parte de cuestiones de técnica jurídica; pero también es cierto que en gran medida dependerá de la voluntad política de los Estados de la región de servirse, de una manera u otra, de los instrumentos que la Conferencia pone a su disposición para regular diversas materias de la actuación transfronteriza de los particulares.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Acta Final. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, 14 al 18 de marzo de 1994.
- AGUIRRE VELOSO, Patricio Andrés, "La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional", *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n° 1. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100007&lng=en&nrm=iso>.
- ALBORNOZ, Jorge R., "La autonomía de la voluntad como punto de conexión", *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Corrientes, Argentina, agosto, 1985.
- ALBORNOZ, Jorge R. y ALL, Paula María, *Crédito Documentario*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- ALBORNOZ, Jorge R., FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y STAGNARO de CHRISTE, Ana María C., "Límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado argentino", *III Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, del 8 al 10 de octubre de 1986.
- Antecedentes del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en materia de Contratación Internacional. I. Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos acerca del cuestionario sobre Contratación Internacional (CP/doc. 2139/91 corr. 1); II. Documento de Antecedentes sobre el tema 'Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional' (CP/CAJP-839/91); III. Respuestas de los gobiernos de los Estados Miembros al Cuestionario sobre Contratación Internacional (CP/CAJP-822/91 - addenda 1 al 10), OEA/Ser.K/XXI.5. CIDIP-V/11/93, 30 diciembre 1993.

- ARCAGNI, José Carlos, “La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *La Ley*, T. 1996-A, p. 1434.
- AUDIT, Bernard, *Droit International Privé*, 2a edición, Ed. Economica, París, 1997.
- BATTIFOL, Henri y LAGARDE, Paul, *Droit international privé*, LGDJ, t. I, 7a edición, 1981, y t. II, 7a edición, París, 1983.
- BOGGIANO, Antonio, *Contratos Internacionales - International Contracts. Introducción al estudio de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Introduction to the study of the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*, 2a edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2a edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. II.
- BOGGIANO, Antonio, “The Contribution of The Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1992-II, p. 99.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Capítulo XXIV “Contratos Internacionales (I)”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 335.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El Derecho internacional privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998.
- “Coloquio de las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado”, *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995*, Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- Conclusiones de la Comisión N° 7, Derecho Internacional Privado, tema “La autonomía de la voluntad como punto de conexión”, *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Corrientes, Argentina, agosto, 1985.
- Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, texte en français, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 173.
- DIJROVIC, Vanessa, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les Etats d’Amérique Latine. La CIDIP V : Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Convention de Mexico du 17 mars 1994)*, mémoire DEA Droit International, Université de Paris II, Paris, 1996.

- DREYZIN DE Klor, Adriana S. y SARACHO CORNET, Teresita Nelly, "Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994)", *La Ley*, 1995-D, p. 1037.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "La CIDIP cabalga de nuevo (algunos comentarios sobre hechos y circunstancias de la próxima CIDIP)", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, N° 186, 1999, p. 231.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "La Convention Interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 178.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Proyecto de convenio sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el ámbito de la CIDIP", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, p. 629.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Universidad Complutense de Madrid, EUROLEX, Editorial Beramar, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Las relaciones entre España e Iberoamérica y la codificación internacional de Derecho internacional privado", *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, UCM, 1997, p. 261.
- FOYER, Jacques, "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal du Droit International*, 1991, p. 601.
- FOYER, Jacques, "Le contrat d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 56ª edición, México: Editorial Porrúa, 2004.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, "Convention de Rome du 19 juin 1980", *Juris-Classeur Europe*, 1996, fasc. 3200 y 3201.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, comentario del artículo de JUENGER (Friedrich K.), "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons; 42, *American Journal of Comparative Law*, 1994.381", *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 250.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
- GOLDSCHMIDT, Werner, "Droit international privé latino-américain", *Journal du Droit International*, 1973, p. 65.

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La Convención Interamericana y los contratos internacionales”, *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1997, N° 27, p. 119.
- HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel, *Circulación de bienes en el Mercosur. Derecho del Comercio Internacional. Contratos Internacionales. Compraventa. Garantías. Formas de intermediación bancaria. Transporte. Seguros. Propiedad intelectual. Propiedad industrial*. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 1998.
- HERBERT, Ronald, “La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1994, p. 45.
- Informe de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional, Tucson, Arizona, 11 al 14 de noviembre de 1993, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/14/93, 30 diciembre 1993.
- Informe del Relator de la Comisión I relativo al Derecho Aplicable a la Contratación Internacional, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 marzo 1994.
- Informe sobre el tema Elaboración de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales que lo requieran: Contratos Internacionales, (aprobado por el Comité Jurídico Interamericano el 17 de agosto de 1992), OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/13/93, 16 diciembre 1993.
- JUENGER, Friedrich K., “Contract Choice of Law in the Americas”, 45, *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 195.
- JUENGER, Friedrich K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, 42, *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 381.
- LAGARDE, Paul, “Le ‘dépeçage’ dans le droit international privé des contrats”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649.
- LAGARDE, Paul, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 287.
- Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.01.2003, COM(2002) 654 final, en *Boletín UE* 1/2-203. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0654es01.pdf>.
- MALBRÁN, Manuel E., “Autonomía contractual y ley subsidiaria en el Derecho internacional privado argentino”, *El Derecho*, t. 98, 1982, p. 865.

- MALBRÁN, Manuel E., "La autonomía contractual en el Derecho internacional privado", *El Derecho*, t. 77, 1978, p. 426.
- MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 6ª edición, Colección Domat droit privé, Éditions Montchrestien, E.J.A., París, 1998.
- NAJURIETA, María Susana, "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", *La Ley*, 1986-A, p. 1006.
- Najurieta, María Susana, "La revisión de la autonomía conflictual en los contratos internacionales", *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Corrientes, Argentina, agosto, 1985.
- NIBOYET, Marie-Laure, "Contrats internationaux", *Juris-Classeur Droit International*, 1998, fasc.552-10 a 552-30.
- NOODT TAQUELA, María Blanca, "Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, UCM, 1997, p. 89.
- OPERTTI BADÁN, Didier, "Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP", *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, UCM, 1997, p. 217.
- OPERTTI BADÁN, Didier, "L'œuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Sur l'unification progressive du droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996, p. 269.
- OPERTTI BADÁN, Didier, "La CIDIP V: Una Visión en Perspectiva", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1994, p. 13.
- OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "Recent Developments of Conflict of Laws Convention in Latin America", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-III, p. 55.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law", *E Pluribus Unum - Liber Amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Sur l'unification progressive du droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1996, p. 299.
- PÉREZ BEVÍA, José Antonio, Lección 9 "Las obligaciones contractuales", en AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Mariano, CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz *et al.*, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 257.

- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Edizioni CEDAM, Padova, 1994, p. 765.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "La tradition territorialiste en Droit international privé dans les pays d'Amérique Latine", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1985-I, p. 271.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas estatales de Derecho internacional privado", *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, UCM, 1997, p. 239.
- Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993), OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/15/93, 23 de diciembre de 1993.
- Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/12/93, 28 de diciembre de 1993.
- SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Vol. 1, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
- SANTOS BELANDRO, Rubén B., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- Sitio web de la Organización de los Estados Americanos: <<http://www.oas.org>>.
- SZEINBLUM, Martha, "¿La regla 'locus regit actum' ha perdido su hegemonía?", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1994, p. 143.
- URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Simetrías y asimetrías en materia contractual", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, N° 18, 1998, p. 513.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2000.
- VILLELA, Anna M., "L'unification du droit international privé en Amérique Latine", *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 233.
- WEINBERG, Inés M., "Contratos internacionales", *La Ley*, 1984-C, p. 916.

DERECHO DE AUTOR Y DIVERSIDAD CULTURAL*

Delia Lipszyc**

1. Los países de América latina, como en general los países en desarrollo, cuentan con una importante actividad autoral en varias áreas como la literaria, la musical (especialmente en el folclore, los ritmos autóctonos y la música popular), la cinematográfica, la televisiva, las artes plásticas. E inclusive en el campo tecnológico, en particular en materia de programas de computación

* El presente trabajo tiene como base el publicado el 7 de agosto de 2006 en el diario jurídico argentino en Internet el.Dial.Express (<http://www.eldial.com>).

** Profesora consulta, titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos e investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las Especializaciones en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia, Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador) y de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú). Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la ALAI). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Sus principales obras son los libros: *Derecho de autor y derechos conexos* –escrito por encargo de la UNESCO– y editado por ésta en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2007. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* –complementario del anterior– editado por la UNESCO en 2004. Se encuentran en curso las traducciones al inglés y francés. *El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires en 2001 por la Editorial La Ley, y reimpresso en 2005 y 2006 con un apéndice de actualización.

“a medida” respecto de las cuales la creatividad individual tiene apreciables posibilidades.

La falta de condiciones propicias para su desarrollo —entre ellas la desprotección de los derechos de los autores— causa la emigración de los creadores nacionales hacia centros que les brindan posibilidades de obtener beneficios económicos y la difusión que merecen sus obras. Retarda igualmente el desarrollo de las industrias de bienes culturales, porque desalienta a los titulares de derechos sobre obras extranjeras a autorizar su reproducción y difusión en territorios que no ofrecen garantías jurídicas, privando al sector laboral de fuentes de trabajo y al fisco de ingresos y, fundamentalmente, restringe las posibilidades de la comunidad de participar de la riqueza que origina la producción y circulación de bienes culturales y de encontrar su identidad y trascender en las obras de sus creadores.

De allí la importancia de favorecer la producción y explotación de obras nacionales como forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción foránea y su indiscutible acceso a los diversos canales de explotación, especialmente en materia de obras impresas en soporte papel, grabaciones sonoras, films, videos, televisión por aire —hertziana— abierta y codificada, terrestre y satelital y distribución por cable. Esta es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural.

2. Si bien la preocupación por asegurar en alguna medida la producción de obras nacionales no es nueva y se ha plasmado en regímenes proteccionistas tanto por medio de subvenciones y otras ayudas por parte del Estado, así como, en el área audiovisual, de medidas de “obligatoriedad de exhibición” y de “cuotas de pantalla”, en los últimos años esa preocupación se ha venido manifestando en los más diversos foros, inclusive en las negociaciones de los tratados de libre comercio, teniendo en cuenta los efectos negativos que, para la producción nacional, puede traer una liberalización completa del mercado en el ámbito de las industrias culturales, toda vez que serían plenamente aplicables los principios que se sustentan en los TLC (tratados de libre comercio), tales como el trato nacional, el libre acceso de mercancías al mercado, el trato de la nación más favorecida, etc.

3. La *reserva cultural* implica la exclusión del tratado de ciertos temas vinculados con las industrias culturales y permite a un país, por ejemplo, mantener los subsidios a una actividad otorgados a través de las leyes de fomento, aunque es más limitada que una *excepción cultural general* porque: 1) no excluye a todas las industrias culturales, sino sólo a las que se indican en la reserva (que se designa formalmente con la expresión “medida disconforme”), mientras que la *excepción cultural* es mucho más amplia porque lo que se aprueba en el tratado no compromete en general a las industrias ligadas al derecho de autor; 2) la reserva tampoco se aplica a todos los bienes o servicios culturales sino a los expresamente indicados en la reserva y garantiza que, en determinados sectores, el Estado podrá adoptar o mantener determinado tipo de normas de promoción o de regulación y 3) las materias ya liberalizadas no tienen vuelta atrás; por el principio de la nación más favorecida pueden ser reclamadas por cualquiera.

4. Según tengo entendido, el TLC de América del Norte (o TLCAN) entre los Estados Unidos de América, Canadá y México fue el primer instrumento¹ donde las reglas por las que se rige el comercio internacional entre los países del tratado fueron excepcionadas en favor de la producción audiovisual canadiense.

5. El segundo, fue el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) donde la reserva se hizo fuera del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC). Entre mayo y diciembre de 1993, durante la última fase de las negociaciones, la Unión Europea –liderada por Francia– se enfrentó a los Estados Unidos con el objetivo de salvaguardar su industria cultural. El compromiso final fue que la cultura se incorporó como un servicio más sin ninguna reserva o especificidad –que era el objetivo de mínima que buscaba Estados Unidos– a cambio de que Europa no tomara ningún compromiso respecto al libre acceso a su mercado interno, continuara protegiendo la producción nacional y la discriminación entre extranjeros, esto último bajo la reserva de que en un período máximo de diez años, en principio, debería desaparecer.²

¹ El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994.

² Vid. Bonet Agusti, Lluís, “La excepción cultural”, ARI N° 94/2004 - análisis.

6. En el TLC suscripto en diciembre de 2002 entre Chile y los Estados Unidos,³ la cuestión se planteó respecto de un interesante porcentaje de cuota de pantalla para obras nacionales en televisión, que Chile consiguió mantener después de un intenso tira y afloje mediante una "reserva cultural". Ambos gobiernos acordaron que, a los efectos del TLC, se mantendría la legislación chilena que da al Consejo Nacional de Televisión el derecho de exigir que hasta el 40% de la programación de los canales de televisión abierta consista en producción nacional. Este porcentaje no es aplicable a la distribución por cable. Sin embargo, desde su creación en 1989, ese Consejo nunca necesitó adoptar semejante resolución, porque la programación de producción nacional siempre excedió el requisito mínimo y, en promedio, la producción chilena en televisión abierta estuvo sobre el 50% de la programación.⁴

7. En el Tratado de Libre Comercio de América Central⁵ —o CAFTA— concluido en diciembre de 2003, Costa Rica, que se tomó un poco más de tiempo para completar su participación en el Tratado, tiene una lista de reservas en el sector audiovisual bastante más extensa que la de los otros Estados centroamericanos, incluyendo una reserva respecto a que el número de programas filmados o grabados en el extranjero podrá estar limitado al 60% del total de los programas difundidos por día en televisión. En el caso de República Dominicana, que recién ingresó en abril de 2004, las reservas contempladas cubren más o menos lo mismo que las de Costa Rica.

8. En el TLC entre los Estados Unidos y Australia, firmado en febrero de 2004, la lista de reservas de Australia se destaca como la más elaborada y compleja de todas las demás en el sector audiovisual, seguramente porque Australia es el único país desarrollado entre los Estados implicados en los recientes tratados de libre comercio con los Estados Unidos que tiene una larga tradición de intervención estatal activa en ese sector con el fin de preservar

³ <http://www.chileusafra.com> o <http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/text/index.htm>.

⁴ *Vid.* Cartas intercambiadas el 6 de junio de 2003 entre la Ministra de Relaciones Exteriores de Chile, Sra. María Soledad Alvear Valenzuela y el Representante de Comercio de los Estados Unidos, Embajador Robert B. Zoellick.

⁵ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana.

y promover la expresión e identidad cultural del país. Las discusiones deben haber sido bastante intensas porque Australia logró mantener las cuotas de televisión comercial vigentes, que alcanzan el 55% de los programas de origen australiano. Pero Australia no podrá adoptar cuotas más altas o medidas más restrictivas.⁶

9. También en las negociaciones del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, concluidas el 27 de febrero de 2006, la discusión se centró en gran medida en torno al sector audiovisual. En Colombia la ley exige a los canales de televisión que cumplan con una “cuota de pantalla” para que, dependiendo del horario, un determinado porcentaje de su programación sea nacional. Por ejemplo, en la franja estelar, como allí se llama al horario central (de 19:00 a 22:30), el 70% de los programas que transmiten deben ser hechos en Colombia. Los canales privados consideran que ha sido esta cuota la que permitió que la televisión de ese país se fortaleciera como productora y comenzara a exportar telenovelas, actividad que entre 2002 y 2004 les representó a los canales ingresos cercanos a los 60 millones de dólares. Otro punto crucial fue preservar el tope del 40% que fija la ley colombiana a la inversión extranjera en empresas de televisión. Sin embargo, se entiende que si bien para la televisión es conveniente mantener la protección que le otorga la ley, para el cine es cuestión de vida o muerte, porque mientras que en los Estados Unidos se producen en promedio 480 películas al año, en Colombia se realizan cuatro y de los 172 largometrajes que se estrenaron en el país en 2004, apenas cinco fueron nacionales.⁷

Además del sector audiovisual, Colombia incluyó en su reserva cultural –es decir, en las medidas disconformes futuras– protección a las siguientes industrias culturales: publicaciones, música, radio, artesanías y diseño de joyas, artes escénicas y artes visuales. Entre las medidas acordadas, Colombia

⁶ Vid. Bernier, Ivan, *Los recientes Tratados de Libre Comercio de Estados Unidos como muestra de su nueva estrategia en el sector audiovisual*.

⁷ Vid. “Shakira y Disney mano a mano. La cultura y el entretenimiento son un tema fundamental en las negociaciones del TLC. ¿Cuáles son las fortalezas y debilidades de las industrias culturales de Colombia?”, Revista electrónica *Semana.com*, <http://semana.terra.com.co>

conserva la posibilidad de subsidiar o apoyar directamente a estos sectores, se reserva la opción de no extender a los Estados Unidos los beneficios que otorgue a países con quienes desarrolle acuerdos de cooperación en temas culturales, permite desarrollar incentivos basados en contenidos nacionales para los servicios relacionados con la cultura, y finalmente, abre la posibilidad de establecer condiciones de reciprocidad cuando se descubra alguna medida que discrimine a inversionistas o prestadores de servicios colombianos en servicios audiovisuales, de música y editoriales.⁸

10. Por su parte, en las negociaciones del TLC entre Perú y los Estados Unidos, concluidas el 6 de diciembre de 2005 y que se firmó el 12 de abril de 2006, Perú incluyó en su reserva cultural a los gastos asociados a la supervisión de proyectos de investigación arqueológica y proyectos de emergencia dirigidos por arqueólogos peruanos, el otorgamiento de créditos y reintegros tributarios que proveen beneficios a la industria editorial del Perú y el otorgamiento de premios monetarios exclusivamente a obras cinematográficas peruanas⁹.

11. Ello no obstante, ni todos están de acuerdo con estas medidas proteccionistas, ni descreen de ellas por los mismos motivos.¹⁰

Sin embargo, frente al uso que Canadá, Francia, Chile, Australia y Colombia han hecho de la excepción y de la reserva cultural cabe preguntarse hasta qué punto hay que negar eficacia a estos recursos en cuestiones que

⁸ Vid. Duque, Gabriel, “La Reserva Cultural y la Televisión en el TLC”, *Boletín Negociaciones Internacionales*, n° 19, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, <http://www.mincomercio.gov.co>; *Informe XIII Ronda de Negociaciones, Washington D.C., Estados Unidos de América –Noviembre 14 al 22 de 2005–*, Ministerio de Cultura de Colombia, noviembre de 2005.

⁹ Vid. Cartas intercambiadas el 12 de abril de 2006 entre el Ministro de Comercio Exterior y turismo del Perú, Sr. Alfredo Ferrero Diez Canseco y el Representante de Comercio de los Estados Unidos, Embajador Robert J. Portman (http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Carta_Adjunta-Medidas_Peruanas.pdf).

¹⁰ Vid. Vargas Llosa, Mario, “Razones contra la excepción cultural”, *El País*, Madrid, domingo 25 de julio de 2004, <http://www.elpais.es>; Getino, Octavio, *Cine y Televisión en América Latina. Producción y Mercados*, Buenos Aires, Ciccus, 1998, pp.19-22.

comprometen seriamente la diversidad y la identidad cultural, aunque no cambien fundamentalmente las posiciones dominantes en los mercados.

12. Por razones estratégicas, pero también de precisión de contenido, se ha producido una evolución semántica de los conceptos “excepción cultural” y “reserva cultural” hacia el de “diversidad cultural”, porque para aproximar posiciones en el plano internacional es preferible utilizar un término positivo.¹¹

13. En la III Cumbre de las Américas celebrada en Québec en 2001, la declaración (en el artículo 17) reflejó la preocupación de los jefes de Estado y gobierno respecto de la diversidad cultural. A instancias de la OEA, el Ministerio de Patrimonio Canadiense (*Canadian Heritage*) reunió a representantes de cultura de los gobiernos de las naciones de América Latina y el Caribe para profundizar en este tema. Así tuvo lugar en Vancouver, en marzo de 2002, el Primer Seminario Hemisférico de Expertos en Diversidad Cultural cuyo objeto fue recoger información para reforzar, proteger y estimular la diversidad cultural, intentando configurar un pliego de recomendaciones que posteriormente serían elevadas al seno de la OEA.

La delegación estadounidense fue la única que rechazó elevar algunas recomendaciones claves para avanzar en el tema, justificando estas abstenciones por el hecho de no desear contradecirse con las acciones del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América. Se ha señalado que, quizás, lo más significativo del seminario fue esta abstención.

14. La UNESCO fue la organización que, a partir de ese momento, lideró la búsqueda de un cierto consenso a escala mundial. Lanzó la Alianza Global para la Diversidad Cultural y, en septiembre de 2004, apoyada por Francia y otros países, presentó el primer esbozo de un anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas.

15. Finalmente, el 20 de octubre de 2005, durante la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, fue adoptada en sesión plenaria la *Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de*

¹¹ *Vid. Bonet Agustí, Lluís, op. cit.*

las Expresiones Culturales, por abrumadora mayoría: de los 154 Estados representados durante la votación, 148 lo hicieron a favor, dos en contra (Estados Unidos e Israel) y cuatro se abstuvieron (Australia, Honduras, Liberia y Nicaragua).¹²

16. La Convención¹³ procura proteger los bienes culturales y evitar que sean tratados como una mercancía más, pues está destinada a liberar a las diversas expresiones culturales de las reglas que rigen el comercio internacional, y convierte a la cultura en una excepción que puede recibir subvenciones y políticas de protección por parte de los Estados. El preámbulo afirma que la diversidad cultural es *“una característica esencial inherente a la humanidad”*, *“uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones”*, y un elemento *“indispensable para la paz y la seguridad local, nacional e internacional”*. Las premisas de la Convención sobre Diversidad Cultural subrayan *“la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material”*, *“la necesidad de adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos”*, *“la importancia de la cultura para la cohesión social”*.

El artículo 4 (*definiciones*), establece en el §1 que, a los efectos de la Convención:

¹² Los Estados que han aceptado o ratificado la Convención son Canadá, Mauricio y México. De conformidad con lo dispuesto en su artículo 29, la Convención entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero sólo para los Estados o las organizaciones de integración económica regional que hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en esa fecha o anteriormente. Para las demás Partes, entrará en vigor tres meses después de efectuado el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (información disponible al 21/07/2006 en <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=S&order=alpha>).

¹³ Texto de la Convención disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=29123&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

“La ‘diversidad cultural’ se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.

La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados”¹⁴

¹⁴ A continuación, el mismo artículo 4º establece otras definiciones:

“2. Contenido cultural. El “contenido cultural” se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan.

3. Expresiones culturales. Las “expresiones culturales” son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural.

4. Actividades, bienes y servicios culturales. Las “actividades, bienes y servicios culturales” se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales.

5. Industrias culturales. Las “industrias culturales” se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales, tal como se definen en el párrafo 4 *supra*.

6. Políticas y medidas culturales. Las “políticas y medidas culturales” se refieren a las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales y el acceso a ellos.

7. Protección. La “protección” significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales. “Proteger” significa adoptar tales medidas.

8. Interculturalidad. La “interculturalidad” se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.”

En el capítulo IV se establecen los derechos y obligaciones de los Estados parte, y comienza con una *norma general relativa a los derechos y obligaciones* (artículo 5) en la cual reafirman “*su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, [...] las que “deberán ser coherentes con las disposiciones de la presente Convención”*”.

El artículo 20 de la Convención, uno de los más cuestionados por los Estados Unidos, establece una cláusula de salvaguardia según la cual, el cumplimiento de este nuevo instrumento jurídico internacional no puede supeditarse a ningún otro, expresión genérica que, por ello, incluye al Acuerdo de la OMC.¹⁵

17. Sería un error pensar que la Convención sobre la diversidad cultural es sólo una declaración de bellos principios desprovistos de aplicación práctica, de incidencia en el día a día. Al finalizar la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el Secretario de Cultura de la Argentina, José Nun, subrayó que “el tratado significa para América latina un nuevo hito en la defensa de las industrias culturales. A partir de ahora cada país podrá tomar las medidas que considere convenientes para proteger y promover la diversidad de sus expresiones culturales”.¹⁶

18. Y más recientemente, con motivo del pliego de objeciones que el pasado 7 de febrero recibieron la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC)¹⁷ y sus 24 miembros del Espacio

¹⁵ Vid. suplemento n° 11 del *Boletín Electrónico del OIC –Observatorio de Industrias Culturales–*, Subsecretaría de Gestión e Industrias Culturales, Secretaría de Cultura de la Nación, octubre de 2005.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Fundada en 1926–1927 en París, donde tiene su sede, la CISAC es una organización internacional no gubernamental sin fines de lucro que agrupa a entidades de gestión colectiva de derechos de autor de todos los continentes. La finalidad de la CISAC es asegurar la salvaguardia, el respeto y la protección de los intereses morales y profesionales derivados de toda producción literaria o artística; cuidar y promover el respeto de los intereses económicos y jurídicos relacionados con estas producciones,

Económico Europeo, pliego en el cual la Comisión europea cuestionó algunas disposiciones del contrato tipo confederal y de los acuerdos de representación recíproca que unen a las distintas sociedades de autores para la radiodifusión satelital, la distribución por cable y la explotación *en línea* de obras musicales¹⁸, la CISAC ha expresado que lamenta que la Dirección general de la competencia haya adoptado una postura exclusivamente formalista para una cuestión tan delicada como la explotación de las obras en Europa, lo cual podría perjudicar la diversidad cultural ya que las creaciones autorales no son comparables con bienes o servicios ordinarios, tal y como lo establece la Convención UNESCO sobre la diversidad cultural, y que en sus relaciones las distintas sociedades de autores no pueden competir entre sí como lo hacen las empresas industriales y comerciales con las marcas, al contrario de lo que indica el pliego de objeciones. La competencia entre las sociedades, que sólo beneficiaría a los usuarios más asiduos a costa de los intereses de las personas con plenos derechos, traería como consecuencia la disminución de la remuneración de los creadores, lo cual al mismo tiempo tendría un efecto perjudicial en las industrias culturales en Europa, en la vitalidad y diversidad de la cultura europea a la cual la Comisión se comprometió públicamente.¹⁹

tanto en el plano internacional como en el de las legislaciones nacionales; coordinar las actividades técnicas entre las sociedades de autores y compositores y asegurar su colaboración en este terreno, quedando bien entendido que cada sociedad sigue teniendo plenos poderes en su organización interna; ser un centro internacional de estudio e información. Al 21/07/2006, la CISAC cuenta con 217 sociedades miembro de 114 países. Estas sociedades representan más de 2,5 millones de creadores intelectuales de todas las disciplinas artísticas: música, drama, literatura, obras audiovisuales y artes gráficas, visuales y fotografía. La CISAC constituye una verdadera organización mundial de autores y ejerce sus actividades rigurosamente al margen de todo partido político y de toda opinión confesional (Estatutos, artículo 4, *in fine*). (Vid. <http://www.cisac.org> - Ser miembro).

¹⁸ El pliego de objeciones es la consecuencia de dos querrelas presentadas por *RTL* en 2000 y *Music Choice Europe* en 2003, y constituye una acción formal destinada a hacer respetar la legislación europea antimonopolio (<http://www.cisac.org>).

¹⁹ “La CISAC reacciona ante pliego de cargos emitido por la Comisión europea sobre la gestión colectiva de los derechos de autor, disponible en <http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=SP&Alias=Web-2005-EUSO>

Además, el presidente del Consejo de Administración de la CISAC destacó que “en un momento en que la creación artística se ve amenazada por la piratería, la CISAC siente que es absolutamente necesario que la contribución de los creadores al mercado y los imperativos de la diversidad cultural sean completamente reconocidos”.²⁰

19. Tanto las industrias culturales como los titulares de los derechos de autor y de intérprete vienen poniendo sus esfuerzos en lograr una explotación óptima de sus productos, obras e interpretaciones.

Por su parte, los usuarios finales –el público– a través de activas asociaciones de consumidores reclaman una aplicación cada vez más amplia de los sistemas de excepciones al derecho de autor. Consideran que toda restricción al libre acceso y utilización de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y conexos –en particular la utilización de medidas tecnológicas de protección de esos derechos en el entorno digital y de redes– constituyen exclusiones o limitaciones impropias, por ejemplo, del derecho de acceso a la información y a la cultura, o bien a beneficiarse de las excepciones legales, por ejemplo, del derecho a realizar copias privadas en los países cuyas legislaciones las admiten.

La cuestión está en saber si un sector debe desplazar a los otros o, si como algunos creemos, existe una forma de convivencia que permite que todos se reconozcan la legitimidad y la necesidad de que logren, en forma equilibrada, sus respectivas aspiraciones.

²⁰ *Ibid.*

ESTUDIO COMPARADO DE LAS EXCEPCIONES A LOS DERECHOS
EXCLUSIVOS DEL AUTOR O TITULAR DEL DERECHO EN LOS SISTEMAS DE
DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT¹

Brenda Carolina González Pineda²

“Si tienes una manzana y yo tengo una manzana y la intercambiamos entonces tu y yo seguimos teniendo una manzana cada uno. Pero si tu tienes una idea y yo tengo una idea y la intercambiamos, entonces cada uno de nosotros tendremos dos ideas” Bernard Shaw

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Autor es una figura jurídica básicamente similar a la del *Copyright* empleada en países de tradición anglosajona, si bien ambas pertenecen a tradiciones jurídicas distintas, ambas convergen en buscar la protección de la obra y otorgar ciertos derechos a sus titulares.

Para entender de mejor manera el alcance de estas figuras partimos de una breve reseña histórica, que permita determinar la diferenciación filosófica que inspira a ambas vertientes, así hasta la configuración del derecho internacional dando un breve repaso a los principales acuerdos que regulan

¹ La presente monografía, es la tesis presentada para obtener el grado académico de Maestría en Derecho Internacional, grado otorgado por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, EGAP, del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey. La tesis fue asesorada por el Dr. Roberto Garza Barbosa.

² La autora es abogada y notario con Maestría en Derecho Internacional. Martha Cocoque, sin ti nada habría sido posible, gracias por el desvelo solidario, por las risas y tu amistad.

tanto al Derecho de Autor como al *Copyright* en la comunidad internacional.

Como segundo punto, corresponde la diferenciación conceptual entre *Copyright* y Derecho de Autor, partiendo de los elementos que los caracterizan, de las obras bajo su tutela, hasta identificar las principales divergencias, así como sus requisitos de protección.

Una vez delimitado lo que ha de entenderse por Derecho de Autor, corresponde el estudio de su contenido, es decir los derechos que regula. Así, podremos hacer un acercamiento a las excepciones que se admiten al ejercicio de los derechos exclusivos del titular, su fundamento, su justificación como equilibrio de intereses entre el titular del derecho y de la sociedad. Además, estudiaremos las excepciones reconocidas en los acuerdos internacionales, así como la llamada doctrina de las tres etapas como criterio amplio y general del cual deben partir las que recogen las regulaciones domésticas, para lo cual se parte de la interpretación que hizo la Organización Mundial del Comercio de la misma.

Una vez identificados los aspectos más relevantes de las excepciones admitidas al derecho exclusivo de autores o titulares, se hace un estudio doctrinario y jurisprudencial del llamado *fair use* de la legislación estadounidense.

La exposición planteada hasta este punto, parte de consideraciones previas al llamado *boom* digital, por lo que en aras de responder mejor las inquietudes, se retoma el tema de la copia privada, generalmente delimitada por el llamado sistema *levy* o pago por copia privada. Para una mejor comprensión del tema, se hace un acercamiento a las medidas tecnológicas de protección, partiendo de un estudio comparado de las regulaciones que al efecto emiten los Estados, hasta llegar al *Digital Millenium Copyright Act* de Estados Unidos.

Como tercer apartado se encuentra un comentario sobre los retos que afrontan las excepciones al Derecho de Autor, y las críticas a ciertas medidas propuestas como armonizar sus preceptos con la realidad, cuestión que no puede dejar de lado el equilibrio de intereses con los usuarios de las obras y futuros autores.

La búsqueda de soluciones es un imperativo para ambos lados de la balanza, usuarios y titulares de derechos buscan proteger sus intereses y es en este punto donde el Estado debe equilibrar las relaciones, permitiendo la protección sin evadir la creación de límites o excepciones, por eso la importancia del tema, no sólo es actual sino que cuenta con las más variadas aristas jurídicas, por eso el estudio de sus alcances, y la actualidad de la temática.

II. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor y el *Copyright* son dos sistemas provenientes de diferentes tradiciones jurídicas que responden originalmente a los mismos intereses, y para entender los alcances de sus limitaciones es necesario partir de la historia común que poseen, para luego proceder su estudio comparativo.

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE AUTOR

La historia del Derecho de Autor ha sido siempre la historia de las respuestas jurídicas a los avances técnicos, ya que en la medida que estos se van logrando, se vuelve necesario regular sus efectos.

Tanto en Grecia como en Roma, se vislumbran raíces de proteccionismo a las obras artísticas, aunque estaban dirigidas más bien a la protección de la personalidad del autor en la obra y no a su reproducción y difusión. Es así como en Roma, los plagiarios de los libros eran mal vistos, ya que sólo el autor tenía la facultad de divulgar su obra; en Grecia, como medio para proteger la integridad de la obra, se exigía que se depositara copias exactas de éstas en los archivos del Estado.³

No puede pese a esto, hablarse de una regulación *per se*, sino más bien de intentos aislados de proteger la propiedad de los autores, pues las obras eran vistas como extensiones de los bienes muebles del autor.

³ LIPSZYC, Delia, "Derechos de Autor y Derechos Conexos", Ediciones UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993. p. 28.

Aun cuando en la edad antigua se perfilan ciertas políticas y regulaciones al Derecho de Autor, su origen parte de la invención de la imprenta, ya que antes de ella los libros eran copiados a mano, lo que volvía cara y compleja su reproducción y es a partir de su creación que comienza un proceso jurídico de protección y regulación propiamente dicha. La imprenta inicia una nueva era en la difusión de la cultura y por lo mismo, al facilitar a la generalidad de la población su acceso, involucra la necesidad de determinar los alcances de los derechos que surgen alrededor de la obra.⁴

En la Europa Medieval aunque eran frecuentes los vendedores de libros ambulantes, la cultura y elaboración de libros estuvo, en su mayoría, a cargo de los monasterios, reproducidos en los *scriptoria*, o habitaciones de escritura de los monasterios, en los cuales monjes escribían e ilustraban hojas de pergamino.

En la Baja Edad Media, la venta de libros se vio fomentada por el crecimiento de las universidades, ya que estas controlaban la preparación de los libros de texto y de obras literarias, y determinaban la tasa de producción y venta. Sin embargo, como parte de la necesidad de difundir las obras escritas, se buscaba constantemente el perfeccionamiento de los métodos de copiado de textos, por lo que a partir de creaciones e inventos de la China antigua se incorporaron avances que permitieron la creación de la Imprenta.

Johann Gutenberg, ha sido considerado tradicionalmente como el inventor de la imprenta en Occidente en el año 1450; lo que abarató los costos y en consecuencia aumentaron considerablemente los tirajes de libros. El logro de Gutenberg contribuyó sin duda de forma decisiva a la aceptación inmediata del libro impreso como sustituto del libro manuscrito. En el periodo comprendido entre 1450 y 1500 se imprimieron más de 6 mil obras diferentes; los primeros impresores solían ser los editores de las obras que producían, quienes las vendían directamente a los lectores.

En el siglo XV, luego de la invención de la imprenta, surge el Sistema de Privilegios, el cual se prolongó hasta la Revolución Francesa, en este sistema

⁴ *Idem.* p. 30.

el rey, confería al autor o al editor de una obra un permiso especial para explotarla con exclusividad; no se reconocía un derecho preexistente sino que se le atribuía, concedido como gracia, derecho que a la vez permitía al Estado decidir que era lo que se imprimía y quien lo hacía.⁵

El sistema de privilegios surge producto de los altos costos que implicaban los nuevos equipos de impresión y los materiales que usaban, ya que la recuperación económica de los editores era lenta; esto los hizo exigir alguna forma de protección de sus inversiones, así como evitar que otros reprodujeran los mismos libros. Básicamente, lo que se pretendía era prohibir la reproducción de las obras sin la autorización del rey, privilegio concedido a los impresores—editores— para explotar de forma monopólica ciertas obras. Según Lipszyc, estos monopolios de explotación tenían dos condiciones: la aprobación de la censura y el registro de la obra publicada.⁶

Por su parte Rengifo García considera que “no se puede hablar propiamente de un derecho de propiedad intelectual, sino más bien un derecho de explotación económica, mediante la publicación y venta de la obra, reproducidos mediante su impresión”,⁷ esto implicaba que el impresor que compraba una obra para imprimirla era considerado su propietario, lo que originó lo que posteriormente se conocería como el derecho patrimonial del Derecho de Autor, ya que los editores retribuían económicamente a los autores de renombre.

El poder de negociación de los autores era mínimo y la retribución era producto del libre arbitrio de impresores y editores.⁸ Con el tiempo el privilegio también conocido como concesión o regalía, fue conformando un monopolio obtenido y ejercido abusivamente por el editor en virtud de la prerrogativa propia y privativa que el soberano convertía en un permiso especial o licencia

⁵ STERLING. “World Copyright Law”. Editorial Sweet & Maxwell. Londres 1999. p. 7.

⁶ LIPSZYC, *op cit.* p. 30

⁷ RENFIJO GARCÍA, Ernesto. “Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1996. p. 54.

⁸ STERLING, *op. cit.* p. 8.

para publicar una obra determinada durante cierto tiempo y dentro de esos territorios donde tenían la seguridad de mantener su privilegio.

Durante la primera mitad del siglo XIX, el comercio de libros cambió drásticamente al inventarse en Francia la prensa cilíndrica. La tecnología de la imprenta no había sufrido apenas variaciones desde los tiempos de Gutenberg, pero la prensa cilíndrica posibilitaba la impresión de libros y revistas a gran escala y permitió abastecer mercados masivos.

A medida se desarrollaban nuevas técnicas para la reproducción de las obras, los gobiernos debían regular los efectos que estos producían. Dichas regulaciones dependían de la naturaleza de los sistemas jurídicos internos, por lo mismo de vislumbran significativas diferencias entre el Derecho Continental (teniendo a la cabeza a Francia y Alemania) y el *Common Law* (Estados Unidos e Inglaterra). Los cambios que se producían alrededor de las obras, los derechos conferidos por su creación y la revolución tecnológica a su alrededor no fue aspecto indiferente al Derecho Internacional y ya entre sistemas regionales, internacionales o incluso como acuerdos bipartitas se buscó dar protección a los titulares de los derechos que trascendiera las fronteras.

1. Surgimiento del *Copyright*

En Inglaterra la protección propiamente dicha del Derecho de Autor inicia en el siglo XVIII, a través del “Estatuto de la Reina Ana” en 1709,⁹ en el que se regulaba un derecho por el cual se otorgaba un derecho exclusivo de producción para el autor, además se establecía que cada ejemplar de una obra llevara la expresión: *Copyright*.

⁹ Llamado “Acta para el reforzamiento de la educación mediante la venta de copias de libros impresos por los autores o vendedores o de sus copias durante los tiempos aquí mencionados”. LEDESMA, Julio C. Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999. p. 26.

Este estatuto destruyó en Inglaterra el sistema de privilegios, pues concedía a los autores la facultad de ser ellos los que autorizaban a los editores para que reprodujeran sus libros. El valor histórico del Estatuto de la Reina Ana radica en haber considerado que la retribución económica de los autores por sus obras publicadas incidía en beneficio de la cultura y en “haber puesto de manifiesto los tres factores esenciales que hay que tener en cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión del Derecho de Autor: cultura, interés público y derechos de los autores”.¹⁰ Las regulaciones existentes hasta este punto protegían las obras escritas, en su mayoría obras literarias, hasta que en 1833 se publica el *Dramatic Copyright Act* en Inglaterra que regulaba las obras artísticas y musicales. En 1710 se aprueba en Inglaterra una ley según la cual sólo los autores podían autorizar la impresión de sus obras,¹¹ la que inspiró las legislaciones del *Commonwealth*, y de Estados Unidos.

Las ideas promulgadas en Inglaterra influyeron directamente en la legislación estadounidense, la cual entre otras, en el artículo 1, sección 8 de su Constitución (1787) contiene la protección del Derecho de Autor, sin perjuicio de lo cual mantuvo los principios consuetudinarios del *common law* inglés. Para 1790 Estados Unidos dicta su primer *Copyright Act*.¹²

2. Surgimiento del Derecho de Autor

De forma paralela se ve como germen de la regulación propia del Derecho Continental las regulaciones que en España surgen en la materia, ya que como parte de la evolución histórica y el desvanecimiento del feudalismo, se promulgaron dos reales ordenes de Carlos III, en las cuales se establecía gozaban de privilegios para imprimir sólo los autores, mismos que eran hereditarios.

De relevante importancia resulta la regulación francesa, que luego de la Revolución Francesa puso fin a todo tipo de privilegios, incluyendo los

¹⁰ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *op. cit.* p. 55.

¹¹ STERLING, *op. cit.* p. 10.

¹² STERLING. *op. cit.* p. 12.

otorgados a favor de los editores.¹³ Como consecuencia, en 1793, se dispuso el reconocimiento de la propiedad literaria y artística, fundado en el trabajo intelectual del autor, elemento esencial para el Derecho de Autor y principal diferencia del *Copyright*. La idea de sustituir los privilegios por la noción de propiedad literaria fue aprovechada y defendida por los autores y sus herederos.¹⁴

Es en este punto que comienza a crearse una diferenciación conceptual entre el Derecho de Autor y el *Copyright*, pues en el fundamento de las regulaciones propias de los sistemas que los acogen, se parte de presupuestos filosóficos dispares, pasando del Derecho Natural al Utilitarismo.

Siempre en Francia, en 1971 y 1973 se promulgaron dos Decretos, en los que se consagra el derecho exclusivo de los autores sobre sus obras, considerándose de igual manera que la obra es propiedad de su creador y que su protección es un derecho natural del hombre, preexistente a toda ley y al mismo tiempo sagrado e inviolable. Con estas disposiciones se configura la esencia del Derecho de Autor como derecho moral.

En Francia se crean las primeras sociedades de autores, las cuales se constituyeron como asociaciones profesionales de mayor rango, con objetivos orientados hacia la lucha por el reconocimiento de los derechos de los autores sobre sus obras.

Una vez iniciado el movimiento al interior de los Estados se ve la necesidad de crear regulaciones que abarcaran un espectro Geográfico cada vez mayor, lo que da origen a Organismos y Acuerdos que regulen la materia.

3. Derecho Internacional

La regulación internacional surge inicialmente como Acuerdos bilaterales que veían a las obras como bienes que siendo objeto de relaciones comerciales requerían especial protección, para asegurar derechos exclusivos de

¹³ *Idem.*

¹⁴ LIPSZYC, Delia. *op. cit.* p. 33.

importación,¹⁵ según estos acuerdos cada Estado aseguraba la misma protección a los ciudadanos del otro Estado que la que se otorgaba a los propios,¹⁶ en 1853 Francia y España suscriben un Convenio de Propiedad Literaria, cuatro años más tarde lo celebran España y Gran Bretaña. Portugal, por su parte celebró con Brasil un acuerdo en 1889. Sin embargo esto generó una situación legal compleja que otorgaba diferentes niveles de protección, dependiendo de la nacionalidad del autor.¹⁷

En la medida que la movilización de las obras era cada vez , aumentaron las necesidades de protección internacional, por lo que se crea de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual cuyo origen se remonta a 1883 y 1886, años en que se adopta el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, creándose las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En materia de Derecho de Autor el Convenio de Berna (1886) es el principal instrumento de carácter internacional que permitió homogeneizar las legislaciones existentes en los Estados parte. Este Convenio ha sido objeto de varias revisiones, la última de ellas en 1971 (Acta de Paris). Su principal objetivo fue volver más eficaz y uniforme los derechos de los autores a escala internacional sobre sus obras artísticas, literarias o científicas; sin embargo la acogida en el *common law* fue menos cálida que en el derecho continental, por las consideraciones que sobre derechos morales hace, al punto que es hasta 1989 que Estados Unidos lo adopta.¹⁸

Las principales estipulaciones del Convenio de Berna son el trato nacional, la ausencia de requisitos de formalidad o registro, plazo mínimo de protección que no excede obligatoriamente el plazo de protección del país de origen de

¹⁵ GOLDSTEIN, Paul. "International Copyright. Principles, Law and Practice". Oxford University Press, 2001. p. 16.

¹⁶ STERLING, *op. cit.* p. 13.

¹⁷ *Idem.* p. 5.

¹⁸ STERLING. *op. cit.* p. 23.

la obra (*comparison term rule*), estos dos últimos incorporados en el Acta de Berlín de 1908,¹⁹ incluye además la protección a los derechos morales del autor en su artículo 6 *bis*²⁰ incorporado en el Acta de Roma de 1926, además establece una serie de excepciones al Derecho de Autor, mismas que serán tratadas en el apartado correspondiente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948 se reconoce al Derecho de Autor como Derecho Humano,²¹ su inserción en los textos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) implica el reconocimiento de éste como un atributo inherente al ser humano.

Sumado a estos esfuerzos por regular el Derecho de Autor, se promulga la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, que buscaba atraer a los países que no fueran parte de Berna, incluyendo por lo mismo el establecimiento de formalidades para la protección de la obra. La Convención estipula que no será aplicable en caso que los Estados sean parte del Convenio de Berna, esto generó que con la entrada en vigor del ADPIC (que exige la ratificación de Berna) perdiera su viabilidad y la eficacia que hubiera tenido.²²

Para 1961, con la Convención de Roma²³ se regula lo relativo a los Derechos Conexos que incluye estándares mínimos de protección, trato nacional y que

¹⁹ *Idem.*, p. 20.

²⁰ “El derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación, u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o reputación” CONVENCION DE BERNA, Artículo 6 *bis*

²¹ DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo 27-2) “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

²² GARZA BARBOSA, Roberto. “Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?”. *Iustitia*, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 12, abril de 2005. p. 270.

²³ Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

en su artículo 12 establece el derecho a una remuneración equitativa para los intérpretes o productores de fonogramas o ambos, si el fonograma es publicado o la reproducción de tal fonograma es usada directamente para transmitirla o radiodifundirla al público, lo que generó el rechazo de los organismos de radiodifusión y una pobre aceptación de la Convención.

En 1967, se realizó una Conferencia Diplomática en Estocolmo, en la que se revisaron todas las cláusulas administrativas de los tratados multilaterales administrados por las BIRPI y se firmó un nuevo Convenio. Se trataba del Convenio que establecía la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que entró en vigor en 1970.²⁴ En 1974 la OMPI, se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas.

Por los mismos años se crean los Convenios de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971) y el de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite (1968).

Las innovaciones legales producidas en estos años tuvieron como impulso la modernización de los métodos de reproducción, los que en la década de 1970 con la flexibilización en el uso de los equipos informáticos permitieron que el proceso de edición e impresión se realizara en estos, y ya a mediados de la década de 1980 se empezó a producir una total automatización de las técnicas de impresión y del proceso de encuadernación.

La edición masiva de libros hizo posible el desarrollo de un nuevo método de encuadernación que reemplazaba la costura de las páginas por su unión mediante cola; el software se desarrolla con mucha rapidez en esa misma época, además surgen los grandes estudios musicales y cinematográficos al paso que se desarrollan nuevas tecnologías para la reproducción y almacenamiento de música y video. Estos avances tendientes a facilitar el

²⁴ Documento Preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. "La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual". Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica: Año 1, Número 1, Enero-Marzo 1997. Publicado en la página Web de la Secretaria de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt>. (consultado 30 de enero de 2007).

proceso de fabricación, tuvieron un papel determinante al permitir la reducción de costos y el incremento de la producción, ajustándose así a las necesidades del mercado.

Sterling considera tres aspectos como los más sobresalientes en la nueva era de protección a las obras: el aumento de la piratería, la comunicación satelital y el Internet.²⁵

Lo anterior implicó necesariamente una revisión y readecuación de las normas jurídicas que regulaban los Derechos de Autor, en tanto que hacían más fácil la reproducción y posibilitaban el empleo de medios técnicos más baratos en la reproducción ilegal, atentando contra los intereses de los países desarrollados.²⁶

Con la creación de la Organización Mundial del Comercio, OMC, y la adopción de Acuerdos tutelados por ésta se da un nuevo rumbo a la protección de los Derechos de Autor, ya que se crea el Acuerdo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC (TRIPS por sus siglas en inglés, *Trade Related Intellectual Property Rights*). Este acuerdo establece las normas mínimas que deben cumplir los miembros de la OMC para conceder derechos con miras a proteger la propiedad intelectual, y velar por el cumplimiento de esos derechos; incluye condiciones

²⁵ STERLING. *op cit.* p. 6.

²⁶ “Ante las pérdidas que estas actividades generaban Estados Unidos aprobó la sección 301 de la Trade and Traffic Act (1974), mediante la cual el gobierno estadounidense podía “aplicar sanciones económicas unilaterales consistentes en restricciones cuantitativas a las exportaciones, en contra de aquellos países que obstaculizaban el acceso a su mercado a productos estadounidenses, o negaban una adecuada y efectiva protección en su territorio, a los derechos de propiedad intelectual cuyos titulares eran ciudadanos o empresas de los Estados Unidos” FLORES de Molina, Edith. “Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo sobre los ADPIC”. Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica”. Año 4, número 4, octubre-diciembre. 2000. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt> (consultado 30 de enero de 2007). Estas pérdidas generaron presión ante el Gobierno que llevó sus necesidades a las Rondas de negociación del GATT, tema que encontró acogida en la ronda de Uruguay, dando frutos con la aprobación del ADPIC.

mínimas por separado que todos los países deben aplicar con respecto a Derechos de Autor y Derechos Conexos.²⁷ Sus principales regulaciones son el establecimiento del principio de Nación más Favorecida para el Derecho de Autor, la obligación de cumplir lo estipulado en Berna, con excepción del artículo 6 *bis*, asimila al software con obras literarias, protege las bases de datos, incorpora el derecho al arrendamiento de soportes (software y obras cinematográficas), además está sujeto a la solución de diferencias de la OMC.

Mención especial requiere la revolución digital de las últimas décadas que originaron la posibilidad no sólo de la creación y reproducción digital de las obras, sino que la red global de información que creó el Internet permitió que su distribución, comunicación y eventual uso inapropiado se facilitara a extremos no sospechados. Acuerdos como el ADPIC buscaron adaptarse a las necesidades de la época equiparando el software a obras literarias y dando protección a las bases de datos, sin embargo ante los continuos avances de la tecnología se ha llegado a un punto en el cual se tienen que “aplicar principios legales de antaño a problemas que no fueron previstos durante su elaboración”.²⁸

Internet se ha convertido en un desafío para el Derecho de Autor, la facilidad con la que se propaga la información, la posibilidad de difundir material protegido desde el anonimato sin mencionar a las redes *peer to peer*, por lo que puede considerarse que la legislación internacional debería ser objeto de una revisión general que permita, manteniendo el espíritu del Derecho de Autor, dar una solución efectiva y razonable, pues en la práctica ha sido la legislación interna la que ha tenido que buscar soluciones, lo que no deja de presentar dificultades cuando se trata de determinar cuál sería la aplicable en el caso puntual en un proceso judicial.

²⁷ LEHMAN, Bruce A. “Apoyo para la libertad económica y política”. Artículo publicado por el Departamento de Estado de Estados Unidos, como parte de sus programas de información internacional en el sitio web <http://www.usinfo.state.gov/espanol/ipr/lehman.htm> (consultado 30 de enero de 2007).

²⁸ GARZA BARBOSA, Roberto. “Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?” *op. cit.* p. 279.

La tecnología digital no constituye el primer desafío, ni probablemente será el último, a la capacidad de los propietarios de Derechos de Autor para autorizar o prohibir la reproducción, adaptación, distribución, exhibición pública o representación de sus obras. No obstante, la combinación de los adelantos de la tecnología digital con el rápido desarrollo de las redes electrónicas y de otras tecnologías de comunicaciones ha aumentado grandemente lo que está en juego. La obra puede ser entonces almacenada y usada en ese formato digital. Esto aumenta dramáticamente la facilidad y velocidad con que puede ser copiada, la calidad de las copias, la capacidad para manipular y cambiar la obra, y la velocidad con que las copias de la misma, tanto autorizadas como no autorizadas, pueden ser “entregadas” al público.

La multiplicación de recursos tecnológicos llevó a los titulares de los derechos a buscar soluciones e impulsar propuestas de protección que como producto de un amplio cabildeo político derivaron en la creación de los llamados Tratados de Internet de la OMPI, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor; y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor incluye disposiciones sobre protección de Derechos de Autor en programas de computadora y bases de datos, derechos de distribución, alquiler y comunicación al público, incluye además la protección de los mecanismos electrónicos contra acceso y copia del trabajo, conocidos como *anti-circumvention measures*²⁹ de los que se hablará más adelante.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, incluye derechos mínimos concedidos a los intérpretes y productores de grabaciones sonoras, entre ellos los derechos de reproducción, distribución y alquiler.

Según la exposición hecha vemos como las concepciones sobre el Derecho de Autor sufrieron una bifurcación en sus inicios, teniendo por un lado la

²⁹ GARZA BARBOSA, Roberto. “Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?” *op. cit.* p. 273.

visión utilitarista del *common law* y la noción personalista del derecho continental, las que han servido de modelos para el resto de regulaciones estatales. Siguiendo a Rengifo García puede catalogarse la evolución de los Derechos de Autor en tres etapas: una en la cual la protección de las obras artísticas, científicas y literarias se consagra en las legislaciones internas; una segunda que abarca la incorporación de estas en convenios internacionales; y finalmente una tercera que implica crear una legislación internacional uniforme y con aplicación universal, tendiente a la minimización de la piratería y adecuar el resto de normativas a las modernas tecnologías informáticas.

Una vez establecido el origen de los Derechos de Autor y del *Copyright* podemos proceder a conceptualizarlo a fin de establecer los elementos característicos de estos derechos, sus alcances y las obras que protegen, así como la diferencia básica de ambas vertientes, que aun cuando comparten elementos característicos y una finalidad similar, tienen fundamentos diferentes.

B. DERECHO DE AUTOR Y *COPYRIGHT*

Como se vio inicialmente el Derecho de Autor y el *Copyright* surgen de la necesidad de dar por terminado el sistema de privilegios otorgados a los editores, sin embargo el fundamento filosófico que inspira a estos es diferente; por una parte uno lo ve como un atributo propio del autor, cuya personalidad se refleja en las obras, mientras que el *Copyright* vela por el derecho patrimonial proveniente de las obras, indistintamente si su titular es el autor u otra persona, física o moral. No existe una definición exacta del Derecho de Autor o del *Copyright*; al primero se le ve como algo inherente a la persona, mientras que el segundo parte de una perspectiva más utilitarista.

La tradición romano germánica concibe al Derecho de Autor como un derecho natural, es decir, como un derecho inherente a la persona por el simple hecho de realizar un acto creativo, ya que la base del carácter

³⁰ Para el Derecho Natural existen derechos inherentes a las personas (que en este caso serían los autores) que no necesitan del reconocimiento de su existencia por parte de ningún ordenamiento jurídico para que sean válidos.

personalista de la protección se encuentra en la relación de pertenencia de la obra a su creador. Esta concepción de los Derechos de Autor como uno de los derechos de la persona lo convierte en un Derecho Humano; lo que se fundamenta en una concepción naturalista y humanista.³⁰ El reconocimiento como Derecho Humano del Derecho de Autor parte de la concepción *iusnaturalista* que rodeaba el término de la segunda guerra mundial; en el ámbito del derecho continental se logra un paso significativo al considerarlos como derecho inherente al autor.

Para poder entender no sólo los derechos que confiere el Derecho de Autor y el *Copyright* debemos iniciar con una diferenciación de ambas figuras.

1. Elementos característicos del Derecho de Autor

La tradición romano germánica engloba las facultades inherentes a los autores en el llamado Derecho de Autor, cuyo fundamento filosófico parte de la consideración de las obras como una extensión de la personalidad de sus autores,³¹ tal como lo consideran autores como Gierke y Kant.³²

El objeto de la protección del Derecho de Autor es el resultado de la creación intelectual de una persona en las áreas literarias y artísticas. Al resultado de esa creación se le denomina obra, para el caso hablamos de obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales, que han sido enumeradas a manera de ejemplo por los cuerpos legales, por lo que como se ha visto con las bases de datos y el software el Derecho de Autor no es estático y se adapta a situaciones concretas mientras los mínimos requeridos se cumplan. La obra, es una “expresión personal de la inteligencia que

³¹ Gierke y Kant consideran al Derecho de Autor como “*ius personalissimum*”, por ser la obra un reflejo del espíritu del autor que ha logrado individualizarla a través de su actividad creadora, y es de esta facultad de la que derivan los derechos patrimoniales. Ver LIPSZYC, *op cit.* pp. 24 y 25.

³² GARZA BARBOSA, Roberto. “La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?”. *Iustitia*, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 8, noviembre de 2003. p. 216.

desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser reproducida y difundida.³³

Se entenderá por Derecho de Autor al conjunto de derechos reconocidos a los autores por su actividad creadora, que en su doble vertiente, morales y patrimoniales, responden a la necesidad de reconocimiento de la personalidad del autor reflejado en su obra o de la justa retribución económica que le corresponde por la misma.

Es necesario establecer cuáles son las obras sujetas a protección por el Derecho de Autor ya que estos brindan protección a sus titulares sobre una amplia variedad de creaciones intelectuales, entre ellas, obras literarias, musicales, artísticas, fotográficas, mapas, películas y programas de cómputo.

Las obras que protege el Derecho de Autor se han clasificado históricamente en³⁴ obras literarias, obras musicales, obras teatrales, obras artísticas, obras científicas, obras audiovisuales, obras del folklore nacional, programas de computación (“*Software*”). Esta clasificación se retoma en la mayor parte de Tratados Internacionales y leyes en la materia y en todo caso se presenta a manera de ejemplo, por lo que cómo se verá a más adelante para que una obra sea protegida por el Derecho de Autor debe reunir una serie de requisitos que lo sitúen bajo su protección.

2. Elementos característicos del *Copyright*

El *Copyright* surge de la tradición anglosajona del *Common Law*, con una perspectiva más utilitaria sobre las obras; la filosofía del *Copyright* consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo y capital en la producción de obras de autoría, ya se trate de inversiones de autores individuales o de entidades corporativas.³⁵

³³ LIPSZYC. *op cit.* p. 41.

³⁴ LEDESMA, Julio C. *Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas.* Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999. p. 166.

³⁵ GARZA BARBOSA, Roberto. “La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?”. *op cit.* p. 207.

Los derechos exclusivos que otorga el *Copyright* buscan proporcionar al autor los medios para controlar los principales usos comerciales de su obra. El *Copyright* es una forma de propiedad, y como tal puede ser libremente transferida; dichas transferencias se rigen por acuerdos contractuales entre las partes y se incluyen plazos, limitaciones territoriales, una enumeración de los derechos transferidos y el suministro de pago de regalías.

El *Copyright Act* (EU) en su sección 106 garantiza a los autores cinco derechos económicos exclusivos:

1. Derecho exclusivo para reproducir o autorizar la reproducción de su obra en copias o fonogramas.
2. Derecho exclusivo de realizar o autorizar la realización de trabajos derivados, y es también conocido como derecho de adaptación. Incluye traducciones, versiones cinematográficas, dramatizaciones, y arreglos musicales.
3. Derecho de distribución pública. Esto sólo confiere al titular del *Copyright* el derecho de control sobre la primera distribución pública autorizada de copias de una obra, lo que implica que una vez que un tercero adquiere legalmente la titularidad de las copias autorizadas, el titular del *Copyright* no puede, generalmente, controlar posteriores disposiciones de tales copias por aquellos propietarios.
4. Derechos de interpretación pública. Interpretar una obra significa recitarla, presentarla, ejecutarla, bailarla o actuarla, ya sea directamente o por medio de cualquier dispositivo o proceso, o bien, en el caso de las obras cinematográficas y de otras obras audiovisuales, mostrar sus imágenes en cualquier secuencia o hacer los sonidos audibles.
5. Derecho de exhibición de la obra. Exhibir una obra es mostrar una copia de ella, ya sea directamente o por medio de filmación, transparencia, imagen televisiva, o cualquier otro dispositivo o proceso, o bien, en el caso de las obras cinematográficas u otra obra audiovisual, mostrar imágenes individuales en forma no secuencial.

Estos derechos, se han venido desarrollando en la jurisprudencia, sujetos a ciertas excepciones como se verán más adelante.

Los derechos que otorga el *Copyright* concede no se dan en beneficio del autor, sino en beneficio del público.³⁶ La evolución del *Copyright*, aun cuando parte de disposiciones legislativas, se afirma y desarrolla en las decisiones judiciales que surgen en la materia; tal es el caso de la jurisprudencia estadounidense, que va creando parámetros de evaluación y que determina en gran medida en alcance del *Copyright*. En el caso de *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co Inc.* el juez O'Connor determinó que "el principal objetivo del *Copyright* no es la recompensa del autor de la obra, tanto como promover el progreso de la ciencia y la utilidad del arte".³⁷

Otro elemento sustancial del *Copyright* es la definición de autor que incluye a los creadores, y a quienes contratan sus servicios para realizar la obra, siendo estos los titulares originales de los derechos que confiere.

Con relación a los Derechos Morales la ley inglesa de 1988, introduce por primera vez los derechos a la paternidad e integridad de las obras que aun y cuando no pueden ser cedidos a otra persona o entidad, los autores tienen derecho, si lo desean, a renunciar a ellos; otra distinción importante es que no son perpetuos, ya que su duración es la misma que la de los derechos patrimoniales.³⁸

Por su parte la legislación estadounidense no reconoce expresamente derechos morales al autor, aunque protege algunas de las facultades que lo componen a través de otras normas: las de competencia desleal, las que protegen contra la difamación, o el derecho a la privacidad.³⁹ La adhesión de al Convenio de Berna no significó un cambio a favor del reconocimiento de los

³⁶ STERLING, *op. cit.* p. 60.

³⁷ FEIST PUBLICATIONS INC. V. RURAL TELEPHONE SERVICE CO. INC.. 499 US 340, 111 S Ct, 1282, 113 L.Ed. 2d 358 (Suprema Corte de los Estados Unidos, 1991).

³⁸ DAVIES, Gillian. "The Convergente of Copyright and Author's Right-Reality or Chimera" (1995). Artículo publicado en DINWOODIE, Graeme B, et al. "International Intellectual Property, Law and Policy". Lexis Nexis Case Book Series. Editado por Matthew Bender & Company Inc. 2001. p. 771.

³⁹ GOLDSTEIN. *op cit.* p. 284.

derechos morales de los autores, el Acta de Implementación de la convención de Berna de 1988 no incorpora expresamente dentro del *Copyright Act* los derechos morales, sin embargo hace referencia al derecho a la paternidad y a la integridad de la obra.⁴⁰ Por su parte la *Visual Artists Rights Act* de 1990⁴¹ reconoce derechos morales a los creadores de obras visuales (fotografías, cuadros, dibujos, esculturas, etc.)

También cabe mencionar que el *Copyright* no hace diferencia entre Derecho de Autor y Derechos Conexos, trata a estos como un todo.

3. Principales Diferencias entre Derecho de Autor y *Copyright*

Una vez establecidos los elementos distintivos de ambas tradiciones jurídicas se puede establecer las principales diferencias entre el Derecho de Autor, y el *Copyright*:

- a) El sistema de Derecho de Autor se basa en el derecho del autor como derecho natural mientras que el *Copyright*, generalmente o al menos en el campo académico, se fundamenta en el instrumentalismo desarrollado por Locke para la propiedad en general.⁴²
- b) En el sistema de *Copyright* el autor puede ser tanto una persona natural como jurídica, mientras que para el Derecho de Autor es siempre una persona física natural.⁴³
- c) En el *Copyright* el desarrollo de los derechos morales ha sido mínimo, mientras que en el Derecho de Autor los derechos morales son el pilar de la concepción humanista de ese derecho.⁴⁴

⁴⁰ Berne Convention Implementation Act of 1988.

⁴¹ LIEMER, Susan P. "How We Lost Our Moral Rights and the Door Closed on Non-Economic Values in Copyright". 5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1. (2005).

⁴² GARZA BARBOSA, Roberto. "La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?". *op. cit.* p. 195.

⁴³ LIPSZYC, *op. cit.* p. 43.

⁴⁴ LIEMER, *op. cit.*

Las diferencias existentes se vuelven latentes en la aplicación de la ley, en los casos concretos, pues aun y cuando los Acuerdos Internacionales en materia de Derecho de Autor han sido suscritos por casi todos los Estados, y se han armonizado algunos supuestos, las tradiciones jurídicas a las que pertenecen sus sistemas jurídicos tienen una tendencia determinada que puede volver diametralmente opuesta la solución a un mismo caso. Podemos mencionar en este orden de ideas el caso *Lewis Galoob Toys Inc. v. Nintendo of America, Inc.*⁴⁵. según el cual *Galoob* manufacturaba un artículo que permitía al usuario de *Nintendo* alterar las características de los juegos, de manera que se obtuvieran más elementos para ganarlo, de acuerdo a las normas del *Copyright* en Estados Unidos se determinó que no había elementos para considerar que se estuviera creando un trabajo derivado a partir de la obra de *Nintendo*, sin su autorización, ya que al artículo que promocionaba *Galoob* no se incorporaba de manera “permanente” a los cartuchos de juego de *Nintendo*, razón por la cual no había lugar a una nueva obra basada en la anterior, sin embargo al amparo del Derecho de Autor pudo alegarse la violación al derecho de integridad de la obra, ya que sin autorización del autor se incluyeron modificaciones a los juegos, lo que atenta contra uno de sus derechos morales intrínsecos.

C. REQUISITOS DE PROTECCIÓN

La obra es el resultado de un hecho personal, un resultado de la proyección de la personalidad del autor; por eso se le considera una creación espiritual que va más allá de una simple relación de dominio sobre una cosa; es importante anotar, sin embargo, que no toda obra es susceptible de protección.

La protección que otorga el Derecho de Autor está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos que permitan el efectivo cumplimiento de su finalidad, ya que al carecer de formalismo en la creación del derecho, debe establecer los

⁴⁵ LEWIS GALOOB TOYS V. NINTENDO OF AMÉRICA INC. 964 F.2ed 965 (US Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992).

parámetros legales que vuelvan efectiva su tutela y que de la misma forma posibiliten un efectivo desarrollo de la cultura y la difusión del conocimiento, mientras se evita la creación de monopolio sobre las ideas.

Para beneficiarse de la protección del Derecho de Autor, no es necesario cumplir formalidad alguna, esta se obtiene por el mero hecho de la creación; por lo mismo la obra intelectual debe cumplir una serie de requisitos que parten de la originalidad de la misma y la forma en la que se expresa.

1. Protección de la Obra y no de la Idea

Se reconoce internacionalmente el principio según el cual no puede protegerse la idea tal cual, sino la manera en la que se expresa ésta en un medio material.⁴⁶

Toda idea requiere ser fijada en un medio material tangible para que sea susceptible de protección, independientemente del sistema jurídico que se trate; este es quizá la mayor convergencia que existe entre el *Copyright* y el Derecho de Autor.

El Derecho de Autor protege exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.⁴⁷ El *Copyright* por su parte da mayor importancia a la fijación de la obra, ya que para el Derecho de Autor, basta con que la obra sea creada bajo una serie de condiciones como la originalidad para que sean susceptibles de tutela. Para que una obra quede protegida por el Derecho de Autor, es necesario que sea una creación formal (en cuanto pueda adquirir una forma inteligible), original y susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.⁴⁸

Esta protección, sin embargo, no se aplica al contenido ideológico o técnico de las obras científicas ni su aprovechamiento comercial o industrial; a los descubrimientos, conocimientos, enseñanzas, ni a los métodos de investigación.

⁴⁶ DRASSINOWER, Abraham. "A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law". 16 Can. J.L. & Juris. 3 (2003).

⁴⁷ LIPSZYC, *op. cit.* p. 62.

⁴⁸ *Idem.*

2. Originalidad

También se exige como requisito la originalidad de la obra; esta originalidad se manifiesta en la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que estas sean, es decir que “exprese lo propio de su autor que lleve la impronta de su personalidad”,⁴⁹ es por esta razón que se considera a este requisito como de carácter subjetivo, ya que a partir de esto se afirma que las obras son extensiones de la personalidad del autor.

Debe aclararse que el concepto de originalidad no es absoluto y no se requiere que la obra sea novedosa, es decir, que sea la primera en su género o que no exista otra obra que se refiera al mismo tema,⁵⁰ ya que esto sería prácticamente imposible, pero sí es necesario que en la obra creada exista la pauta de distinción de su creador. La mayoría de autores que han tratado este tema coinciden en considerar que dicha originalidad no puede exigirse como absoluta pues en la generalidad de los casos existe previamente otra creación que se puede tomar como punto de partida para la creación de otras y no por esto dejan de ser originales,⁵¹ esto quiere decir que debe poseer elementos que la distinguan de otra obra,⁵² y que aunque se base en la misma idea o en fórmulas que ya son parte del dominio público, la forma en la que se exprese sea lo suficientemente original como para que un ciudadano promedio la distinga de otra.

La originalidad no debe confundirse con la novedad, ya que la primera se aprecia subjetivamente, mientras que la novedad se mide objetivamente y se define como “la ausencia de homólogo en el pasado”,⁵³ sin embargo en todo

⁴⁹ LIPSZYC, Delia, *op. cit.* p. 65.

⁵⁰ PIOTRAUT, Jean-Luc. “An Authors’ Rights-Based Copyright Law: The Fairness And Morality Of French And American Law Compared”. 24 *Cardozo Arts & Ent LJ* 549 (2006).

⁵¹ STERLING, *op. cit.* p. 254.

⁵² SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA. *op. cit.*

⁵³ COLOMBET, Claude, “Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo”. *Estudio de Derecho Comparado. Tercera Edición. Ediciones UNESCO/CINDOC. Traducción Petite Almeida. Madrid, 1997. p. 13.*

caso y en presencia de algún conflicto en la materia deberá considerarse el caso particular para determinar la existencia o no de originalidad.

La Suprema Corte de Estados Unidos en *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*⁵⁴ determinó que la originalidad es el elemento *sine qua non* del *Copyright*, de tal manera que su protección se extiende sólo a los elementos de la obra que son originales, ya que cualquiera puede copiar los elementos esenciales de una publicación pero no las palabras exactas que se emplean en ella; por lo mismo implica que el autor haga un despliegue mínimo de originalidad para que la obra sea protegida.

3. Posibilidad de Divulgación de la Obra

El derecho de divulgación es la facultad del autor para determinar si su obra permanecerá en su esfera privada o si saldrá de ésta para ser conocida por el público, a través de la forma que decida.⁵⁵ La obra debe ser susceptible de divulgarse, que pueda comunicarse al público.

Para ejercer el derecho de divulgación no es necesario realizar algún trámite como registro o depósito, para obtener la protección y ejercer los derechos respectivos, fijar o no la obra en un soporte material dependerá de lo que se determine en la legislación doméstica; para el Convenio de Berna (que no reconoce expresamente el derecho a la divulgación) es permitido que las leyes establezcan que las obras o algunos de sus géneros (como por ejemplo las obras orales, las coreográficas y pantomimas) no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material;⁵⁶ las legislaciones centroamericanas por su parte no requieren fijación previa ya que el derecho surge desde el momento en el que la idea se exterioriza o manifiesta.⁵⁷

⁵⁴ FEIST PUBLICATIONS INC. V. RURAL TELEPHONE SERVICE COMPANY INC. 499 US 340, 111 S Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (US Supreme Court, 1991).

⁵⁵ STERLING, *op. cit.* p. 282.

⁵⁶ Art. 2.2, ver *supra*.

⁵⁷ LA PROPIEDAD INTELECTUAL. PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL. Documento publicado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana. <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007)

4. Irrelevancia del Destino de las Obras

Para efectos de la protección es irrelevante la finalidad de la obra, lo que implica que no se toma en cuenta el destino con el que corra la obra; el Derecho de Autor siempre la acogerá como parte de aquellas que merecen protección, una vez cumplidos el resto de requisitos de protección.

Los requisitos planteados facilitan el análisis de cada obra, para determinar si la misma puede o no ser protegida.

La creación de obras, que cumplen con los requisitos antes mencionados, incorporan una serie de derechos para el autor, que se dividen doctrinariamente en Morales y Patrimoniales y que conforman el contenido del Derecho de Autor.

D. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

El contenido del Derecho de Autor, está referido en un inicio a la doble esfera derecho moral – derecho patrimonial, que se le otorga a un autor desde el momento de la creación o materialización de su obra.

Lipzyc⁵⁸ dice que existen dos teorías que tratan respecto de esta separación:

- i. Teoría monista. Cuyo principal exponente es Kant, considera que no puede hacerse un verdadero deslinde de los derechos patrimoniales y los morales, pues estos no son más que manifestaciones de un derecho unitario que garantiza en su conjunto la protección de los intereses de los autores.
- ii. Teoría dualista. Representada por Hegel, divide las facultades conferidas al autor en dos derechos, los espirituales o morales y los patrimoniales, los cuales tienen esferas de aplicación diferentes.⁵⁹

⁵⁸ LIPSZYC, Delia. *op. cit.* pp. 152 y sig.

⁵⁹ ROSENTHAL KWALL, Roberta. "Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul". 81 Notre Dame L. Rev. 1945 (2006).

Independientemente de la tesis a emplear, el Derecho de Autor reconoce en todo caso la convergencia de dos tipos de derechos provenientes de la creación, unos dependientes de la existencia del autor y por lo mismo irrenunciables, y los otros, de carácter patrimonial y por lo mismo negociables.

1. Derechos Morales

El derecho moral de autor tiene su origen en la legislación francesa, de donde se extiende al resto de países latinos y de la Europa continental y tiene como punto de partida el hecho según el cual la obra forma parte integrante de la personalidad del autor,⁶⁰ al ser una creación de su espíritu, el fruto de su pensamiento; de manera que no puede disociarse enteramente de aquél, por lo que incluso cuando ha cedido sus derechos patrimoniales sobre la obra, ésta continúa, en cierta medida, bajo su dependencia.

Precisamente por su naturaleza personal, los derechos morales tienen dos características básicas que los diferencian claramente de los derechos patrimoniales: irrenunciabilidad e inalienabilidad.⁶¹ Sin embargo, en casos como Alemania, donde la inspiración kantiana ha llevado a establecer en la ley que el derecho es uno solo, por lo tanto no acepta la tradición de los mismos, a menos que sea por disposición testamentaria.⁶²

Por el contrario, en los países de la tradición jurídica anglosajona, los derechos morales han quedado casi fuera de las leyes de *Copyright*, que dedican su interés principalmente a los derechos de carácter patrimonial de los autores, considerando a los derechos morales como algo ajeno a su tradición jurídica.⁶³ En Estados Unidos, solamente la *Visual Artists Rights Act* (VARA), reconoce la existencia de derechos morales, de manera bastante limitada, ya que sólo aplica a las pinturas, esculturas, grabados y dibujos; los

⁶⁰ STERLING, *op. cit.* p. 280.

⁶¹ RIGAMONTI, Cyrill P. "Deconstructing Moral Rights". 47 Harv. Int'l L.J. 353 (2006).

⁶² NETANEL, Neil. "Alienability restrictions and the enhancement of author autonomy in United States and continental copyrightlaw". 12 Cardozo Arts & Ent LJ 1 (1994).

⁶³ GOLDSTEIN. *op cit.*, p. 284.

derechos que atribuye son el de integridad, paternidad y el *recognized stature*, que implica que las obras que son parte de un edificio no pueden ser destruidas.⁶⁴

Sin embargo, al menos los dos derechos morales más importantes, paternidad e integridad, son reconocidos y protegidos por las legislaciones de prácticamente todos los países del mundo. Es interesante destacar que las diferencias entre el *Copyright* y el Derecho de Autor en esta área generan resultados totalmente diversos en los resultados de los conflictos que puedan surgir, ya que en el sistema del derecho continental si los derechos patrimoniales entran en conflicto con los derechos morales, prevalecen los morales.⁶⁵

Los derechos morales que se le atribuyen al autor, tienen como punto de partida, el hecho de no ser apreciables en dinero y estar ligados al individuo; pues aún cuando el irrespeto a estos pueda causar un perjuicio económico, su naturaleza descansa en su vinculación al autor como ser individual.

La finalidad de los derechos morales es la preservación del honor, la dignidad y la autonomía del autor sobre sus obras y por lo mismo su duración abarca la vida de este.

a) Derecho de Divulgación

Parte del reconocimiento expreso de que el autor es el único responsable de la publicación y difusión de su creación, lo que implica de igual forma la elección de los medios para darla a conocer al público.

Como un primer elemento de este derecho se presente el derecho al inédito, es decir la potestad que tiene el autor de determinar en que momento saldrá la obra de su esfera privada, este derecho se agota en el momento mismo en que se da la divulgación de la obra.

El Convenio de Berna considera que las obras publicadas son aquellas que siendo editadas con el consentimiento del autor, han sido puestas al alcance

⁶⁴ ROSENTHAL K WALL. *op cit.*

⁶⁵ STERLING. *op. cit.* p. 281.

del público en cantidad suficiente, de manera que satisfagan las necesidades de este; el acuerdo no hace referencia a la divulgación.

La divulgación implica básicamente cuándo, dónde y de qué forma se pondrá la obra a disposición del público o si no se pondrá a disposición. Algunos llaman a este derecho acceso al público⁶⁶ ya que corresponde al autor, determinar si su creación es por ejemplo apta para darla a conocer al público o bien podrá considerarla inadecuada para ese efecto, o simplemente decidir, por el motivo que fuere, que su obra debe permanecer en su intimidad.

b) Derecho de Paternidad

Es una potestad jurídica inherente a la persona del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su nombre, como su creador, lo que nace en el momento de la materialización de la idea, siempre que goce de originalidad.⁶⁷

El autor puede elegir ejercer este derecho desde dos perspectivas, primero dando a conocer su nombre al momento de divulgar su obra o bien por medio del anonimato, por medio de un seudónimo.

Por lo anterior se desprende, la existencia de dos derechos:⁶⁸

- i. El derecho de reivindicar su condición de autor, la forma de expresar su nombre e incluso su seudónimo.⁶⁹
- ii. El derecho de defender su autoría, en caso de impugnación, como cuando se le atribuye una obra que no es suya.⁷⁰

⁶⁶ El artículo cuatro de la ley de Guatemala ofrece la siguiente definición: "Conjunto de personas que reunidas o no en el mismo lugar, tienen acceso por cualquier medio, a una obra, interpretación artística o fonograma, sin importar si lo pueden hacer al mismo tiempo o en diferentes momentos o lugares".

⁶⁷ MOUNCHET, Carlos y Sigfrido Radaelli., "Los derechos del escritor y del artista". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1957. p. 115.

⁶⁸ LIPSZYC, Delia. *op. cit.* 167.

⁶⁹ STERLING. *op. cit.* p. 282.

⁷⁰ RIGAMONTI. *op. cit.*

Se puede concluir que este es el derecho del autor a que se reconozca su autoría, tanto por el beneficio económico que le pueda reportar, como el prestigio social que esto implica.

c) Derecho al Respeto e integridad de la obra

Finalmente, el derecho a la integridad de la obra consiste en la facultad que tiene el autor de exigir que su obra sea divulgada respetando su integridad, es decir, sin supresiones, adiciones o modificaciones que alteren la concepción de la obra o su forma de expresión.

Llobet Collom considera que “el Derecho de Integridad o *droit au respect*, obedece, como su propia expresión francesa define, a la necesidad de respetar la obra tal y como fuera concebida por su autor”.⁷¹ Cualquier modificación no consentida implica por lo mismo atentar contra la esencia creadora que manifestada en la obra es parte de la personalidad del autor.

El Convenio de Berna en su artículo 6 *bis* consagra este derecho, estableciendo que:

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos.

Algunas legislaciones siguen la llamada concepción objetiva y protegen la obra contra cualquier deformación, mutilación o cualquier otra modificación

⁷¹ LLOBET COLOM, Juan Antonio. “El Derecho de Autor en la legislación de Centroamérica y Panamá”. Editorial Piedra Santa. 19ª Edición. Guatemala, 1982. p. 9.

que perjudiquen los intereses de autor,⁷² lo que implica que si el cambio no cambia la esencia de la obra, no altera su estructura, el cambio es válido y no violenta el derecho a la Integridad, como en el caso de Honduras;⁷³ otras siguen la concepción subjetiva, prohibiendo cualquier modificación a las obras, sin importar si perjudican o no al autor, ya que sólo el autor tiene la capacidad de variar, partiendo de su concepción particular, el sentido de sus ideas, como en el caso de El Salvador⁷⁴ y México.⁷⁵

Algunos autores consideran la posibilidad del autor de elegir a los interpretes de la obra, enmarcándose este derecho en el derecho a la integridad, esta teoría es apoyada por Mouchet y Radaelli, quienes sostienen que, “si mediante la interpretación de la obra [...] se desfigura la obra original por falta de comprensión del intérprete o por deficiencias técnicas u otros motivos el autor debe tener la facultad de oponerse”.⁷⁶

Este derecho busca mantener la obra en las condiciones y términos en los que fueron concebidas sus ideas.

⁷² DAVIDSON, Benjamin. “Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters”. 38 *Cornell Int’l L.J.* 583. (2005).

⁷³ LEY DEL DERECHO DE AUTOR Y DE LOS DERECHOS CONEXOS (Honduras). Artículo 36. El derecho moral del autor comprende las facultades siguientes:

2) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando pueda causar o cause perjuicio a su honor o reputación o la obra pierda mérito literario, académico, artístico o científico;

⁷⁴ LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (El Salvador). Art. 6. El derecho moral del autor es imprescriptible e inalienable y comprende las siguientes facultades:

i) La de salvaguardar la integridad de la obra oponiéndose a cualquier deformación, mutilación, modificación o abreviación de la obra o de su título, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra;

⁷⁵ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). 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;

⁷⁶ MOUNCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido. *op. cit.* p. 62.

d) Derecho de Retracto o Arrepentimiento

Este derecho es la atribución de una facultad según la cual, el autor que considera que su obra ya no debe ser expuesta al público, sacándola del comercio, por ser contraria a sus convicciones morales o intelectuales; le quita el derecho cedido, a su cesionario, previo a una indemnización por el daño que pueda ocasionarle.⁷⁷

Colombet afirma por su parte que “el arrepentimiento alude a la fase interna, mental, de la operación, mientras que la retractación se refiere a la externa, a la manifestación de voluntad del acto mismo”.⁷⁸ El derecho a la divulgación implica decidir si la obra sale o no de la esfera privada del autor, retractarse parte del supuesto que la obra ya ha sido divulgada y se está por reproducir, publicar o comunicar, por lo mismo el autor se arrepiente de haberla sacado de su esfera íntima y busca evitar que sea dada a conocer al público o que continúe su puesta a disposición del mismo.

Como dato curioso cabe mencionar que en Francia existe el derecho de acceso al soporte material en el que se fija la obra.

2. Derechos Patrimoniales

El Derecho Patrimonial es el que posee el autor o titular de una obra con la finalidad de obtener un beneficio pecuniario mediante su explotación exclusiva. El argumento económico del Derecho de Autor busca incentivar a los individuos para que continúen creando obras para el público,⁷⁹ dándoles una expectativa razonable de recuperar su inversión y obtener beneficios. Este derecho se funda en la justicia de asegurar para el autor y sus sucesores los beneficios producidos por el trabajo intelectual. Pero no es un derecho ilimitado en el tiempo, ya que casi todas las legislaciones han fijado términos de duración, respondiendo a justas razones de interés público.

⁷⁷ RIGAMONTI. *op. cit.*

⁷⁸ COLOMBET, Claude. *op. cit.* p. 57.

⁷⁹ PIOTRAUT, Jean-Luc. *op. cit.*

Debido a que las posibilidades de explotación son infinitas, las modalidades previstas en las leyes y convenciones tienen carácter enunciativo y cualquier forma de utilización de la obra requiere de la autorización del autor, salvo las excepciones legales establecidas. A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales sí pueden ser objeto de comercio y están sujetos a un plazo de protección.

Los Derechos Patrimoniales se caracterizan por lo siguiente:⁸⁰

- i. Son independientes entre sí: lo que implica que el ejercicio de uno no exime el ejercicio de otro.
- ii. No son taxativos: las formas de explotación son variadas y en consecuencia no puede la ley limitar el ejercicio de los derechos patrimoniales a los autores en tanto que este no perjudique al derecho moral, en el caso de la tradición continental.
- iii. Son limitados: la ley les señala ciertos límites a su ejercicio, en atención al beneficio de la sociedad, que son las llamadas excepciones al Derecho de Autor, que se tratarán en el siguiente capítulo.
- iv. La autorización contempla la posibilidad de recibir una remuneración por ella. La finalidad básica de la regulación jurídica del Derecho de Autor, es que este obtenga beneficios económicos por la obra que ha creado.
- v. Son negociables: Como diferencia entre los derechos morales y los derechos patrimoniales, estos pueden cederse a cambio, obviamente, por beneficios económicos, sin embargo como se mencionaba anteriormente en legislaciones como la alemana, y algunas otra pertenecientes a la tradición romano germánica, incluso los derechos patrimoniales se consideran inalienables.

Dentro de las facultades que las leyes de Derecho de Autor consideran que forman parte de los derechos patrimoniales se incluyen las siguientes:

⁸⁰ LIPSZYC. *op cit.* pp. 174 y sig.

a) Derecho de Reproducción

La reproducción es la multiplicación material en cualquier forma o por cualquier medio de objetos corporales idénticos o similares, lo que implica crear copias o duplicados de la obras.

El derecho de reproducción, que consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir la fijación⁸¹ de su obra en un soporte material, con el objeto de que se puedan obtener copias o ejemplares de ella.⁸² La fijación de la obra puede ser permanente o temporal, total o parcial, y para ello puede emplearse cualquier forma o procedimiento. Así, una obra puede ser reproducida en soportes como papel, cintas magnetofónicas, cintas digitales, discos compactos, entre otras. La multiplicación se realiza por el medio natural que se aplica para la publicación de la obra que se trate. Por ejemplo, la impresión, para las obras literarias; la fotografía para una obra de arte figurativo; la pintura para un mural o cuadro; la grabación para una obra musical, entre otros.

Lipszyc, lo considera “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 de varias copias de todo o parte de ella”.⁸³ Esto implica que la fijación se haga en un soporte material que susceptible de distribución comercial.

La misma autora estima que el contenido de este derecho está determinado tanto por el objeto reproducido (manuscritos, software, dibujos, obras audiovisuales), como por el modo de reproducción (impresión, dibujo, moldeado, fotografía, microfilmación, fotocopiado, grabación mecánica).

Por lo que el derecho de reproducción comprende la edición, la reproducción mecánica de obras en forma de grabaciones sonoras

⁸¹ Fijar una interpretación o ejecución es incorporar imágenes o sonidos o ambos a la vez en un soporte material que permita que esos sonidos o imágenes puedan ser comunicados.

⁸² GOLDSTEIN. *op. cit.* p. 196.

⁸³ LIPSZYC, Delia. *op. cit.* p. 179.

(fonogramas) y de fijaciones audiovisuales, la reproducción reprográfica, la realización de un ejemplar tridimensional a partir de una obra bidimensional y de la realización de una obra bidimensional a partir de una obra tridimensional (el ejemplo típico es la construcción de un edificio a partir de un plano (en el caso de una obra arquitectónica y para el segundo caso cuando se toma una fotografía de un edificio o de una escultura), o la inclusión de una obra en un sistema de ordenador.

Por lo mismo el derecho de reproducción no cubre solamente la explotación de la obra en su forma original sino también las transformaciones de que esta pueda ser objeto. En consecuencia para realizar una traducción, arreglo, adaptación o compilación es necesario haber sido autorizado por el autor o el titular de ese derecho.

Colombet, acertadamente señala que “el ejercicio del derecho de reproducción está indisolublemente ligado al derecho de divulgación, la interrelación del derecho pecuniario con el derecho moral es en este caso evidente, puesto que el autor, al decidir entregar su obra al público, determina las condiciones de dicha publicación, es decir las modalidades prácticas de la reproducción autorizada”.⁸⁴

Sterling⁸⁵ considera como elementos a considerar: la forma de la reproducción, que puede ser material o no, la duración del derecho, y su alcance (adaptación, traducciones, distribución, renta).

A partir de lo antes expuesto se deducen dos reglas: 1) el derecho recae sobre toda la obra, y sobre cualquiera de las partes que la componen, asimismo abarca las reediciones y copias de la misma; 2) la exclusividad en beneficio del autor lo faculta para oponerse a cualquier forma de reproducción, cualquiera que sea el procedimiento empleado para reproducirla, si este se hace sin su autorización o contrario a lo pactado.

⁸⁴ COLOMBET, Claude. *op. cit.* p. 65.

⁸⁵ STERLING. *op. cit.* p. 309.

b) Derecho de Comunicación Pública

Lipszyc define la Comunicación Pública como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de una obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”.⁸⁶

Esto implica que la comunicación pública es el acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o procedimiento, así como el proceso necesario y conducente a que la obra se ponga al alcance del público. Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público,⁸⁷ ya sea de manera directa (representaciones o ejecución en vivo), o indirecta (mediante la utilización de discos, cintas y grabaciones audiovisuales en general), o mediante cualquier forma de radiodifusión (radio y televisión) o distribución por cable. Se considera que será pública, cualquier utilización de una obra que rebase el círculo familiar o de los amigos más íntimos de una familia o de un individuo.

A este derecho también se le denomina, Derecho de Representación, partiendo de la tradición de la legislación francesa, pues se considera que “representar una obra es comunicarla al público mediante cualquier procedimiento, distinto de aquellos que se usan para hacer efectivo el derecho de reproducción”.⁸⁸

Existen dos tipos de comunicación pública: la que permite comunicar directamente la obra al público, por medio de la actuación de intérpretes en vivo, y otra que permite una comunicación al público por medio de una fijación por soportes materiales.

Podemos concluir que el derecho de comunicación, consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir el acceso del público a su obra por medios distintos a la distribución de ejemplares, como por ejemplo, la declamación, la disertación, la ejecución musical y coreográfica, la representación

⁸⁶ LIPSZYC, Delia. *op. cit.* p. 183.

⁸⁷ GOLDSTEIN. *op. cit.* pg. 265.

⁸⁸ COLOMBET, Claude. *op. cit.* p. 82.

teatral, la escenificación para cinematografía y televisión, la radiodifusión, la transmisión por cable, la exposición pública y el acceso a bases de datos.

c) Derecho de Transformación

Este derecho es entendido por Lipszyc como “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, etc.”⁸⁹

Se basa en el derecho del autor de mantener la integridad de su obra, por lo que cualquier adaptación de que sea objeto debe respetar el sentido de la obra; para que haya transformación de una obra, esta modificación debe ser externa, sin alterar su esencia.

d) Derecho de Participación o “Droit de Suite”

Este derecho tuvo su origen en una ley francesa de 1920, y en esencia lo que busca es que los autores de obras artísticas obtengan parte del precio de las ventas posteriores de su obra.

Este derecho puede definirse como “el derecho que tiene un autor, y posteriormente sus herederos, a percibir un derecho –generalmente un porcentaje del precio, y a veces, del aumento de valor de las reventas en subasta pública o mediante la intervención de un comerciante- de una obra de artes plásticas”.⁹⁰

Básicamente, consiste en la participación que los autores obtienen sobre el aumento de valor que pueden adquirir sobre sus obras en posteriores y sucesivas transferencias. Busca proteger a los artistas plásticos, pues la forma de comercializar sus obras es a través de la venta del original, lo que pueden hacer sólo una vez. Por lo mismo se considera que este es un derecho

⁸⁹ LIPSYC, Delia, *op. cit.* p. 212.

⁹⁰ COLOMBET, Claude. *op. cit.* p. 91.

compensatorio, que equivale a los beneficios de los autores de obras literarias y musicales que reciben por cada comunicación de estas a un público nuevo.

El *droit de suite* consiste en el derecho que tiene el autor de una obra de arte de percibir, en todas las ventas de su obra que se realicen con posterioridad a la primera que él efectúe, un porcentaje del precio de la reventa; el porcentaje a que tiene derecho el autor varía en cada país.

El convenio de Berna reconoce este derecho en su art. 14 *ter*. En su § 1 al afirmar que tanto las obras de arte originales como los manuscritos originales de autores y compositores conceden a estos el derecho de participar en las ventas posteriores a la primera cesión⁹¹ y lo complementa de la siguiente manera:

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

El *droit de suite*, se caracteriza por ser inalienable, ya que el objetivo fundamental es la protección de los autores. La mayor parte de la doctrina establece que la participación en beneficio del autor sólo debe aplicarse sobre las enajenaciones realizadas públicamente, sea por remate o licitación.

El estudio de los derechos otorgados a los autores reviste gran importancia a la hora de determinar las excepciones a los mismos; estas excepciones son producto de la necesidad de la difusión de la cultura, aspectos que se analizarán en el siguiente apartado.

⁹¹ CONVENIO DE BERNA. Artículo 14 *ter*.1) “En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”.

III. EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Como se ha visto, el Derecho de Autor abarca dos categorías de derechos, los morales que buscan proteger la manifestación de la personalidad de los autores en sus creaciones y los derechos patrimoniales que son los que determinan los alcances de la explotación económica de las obras; es esta última categoría de derechos la que se ve limitada por ciertas excepciones, legal y doctrinariamente reconocidas, objeto de estudio de éste apartado.

Las excepciones al Derecho de Autor obedecen a la necesidad de crear un equilibrio entre el monopolio concedido a los autores y la sociedad que necesita acceder a sus obras. Al ser un objetivo el desarrollo de la ciencia y la cultura era necesario establecer ciertas limitantes a los derechos exclusivos de los autores en la explotación de sus obras, mismas que sujetas a lo dispuesto por las leyes tampoco deberían resultar lesivas a los creadores o a quienes acrediten la titularidad de estos derechos.

En el derecho continental “el objetivo de estas excepciones y limitaciones es permitir que la sociedad, bajo determinadas condiciones, pueda beneficiarse del uso de una obra sin requerir la autorización del titular de los derechos”.⁹²

Para efectos del presente estudio, siguiendo la definición de Sirinelli, entenderemos por excepción o limitantes al Derecho de Autor aquellos “actos realizados por los usuarios de las obras que escapan al derecho exclusivo del derechohabiente”.⁹³

⁹² LEPAGE, Ann. “Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital”. UNESCO. e-Boletín de Derecho de Autor, enero-marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007).

⁹³ SIRINELLI, Pierre. “Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y los derechos conexos”. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. p. 2.

Es importante establecer los alcances de las excepciones y el fundamento en el que se basan las excepciones al Derecho de Autor, pues queda dicho que los derechos que otorga la creación de una obra protegida son un monopolio otorgado por el Estado.

A. FUNDAMENTO DE LAS EXCEPCIONES

El Derecho de Autor admite la existencia de excepciones a los derechos patrimoniales desde dos perspectivas, la primera como limitaciones temporales, coincidiendo en la mayoría, en conceder protección por la vida del autor y un lapso variante de años, a partir de su muerte; en el caso de México son cien años después de la muerte del autor.⁹⁴ La segunda categoría son excepciones aplicables durante el período de vigencia de la protección de la obra, es decir mientras aún son parte de un monopolio otorgado al autor o al titular de los derechos, por lo mismo están sujetas a parámetros muy bien definidos o a supuestos previamente establecidos por el legislador.

Las leyes observan ciertas exclusiones a la protección del autor en cuanto a los derechos patrimoniales, específicamente en lo que se refiere a los derechos de reproducción y comunicación pública de la obra, apuntando aquellos casos en los que se limita al autor o a quien haya adquirido la titularidad de la obra el derecho absoluto sobre la utilización de la misma. Las justificaciones son variadas, dependiendo del caso que se trate, sin embargo se parte en la mayor parte de los casos de un supuesto según el cual algunas de las excepciones o limitaciones previstas tienen como objetivo asegurar el acceso a las obras para satisfacer necesidades de enseñanza o de información, en tanto que

⁹⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). Artículo 29. Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.

Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Cien años después de divulgadas.

otras tienen como finalidad la satisfacción de intereses públicos y humanitarios.⁹⁵

El intercambio de beneficios entre el autor (a quien se le confiere el derecho) y la sociedad (quien los confiere y quien hace uso de las excepciones) es la base de los sistemas de Derecho de Autor y de *Copyright*; es a fin de cuentas el desarrollo de la cultura el fundamento de la protección del Derecho de Autor en la mayor parte de los Estados. Francia representa una interesante excepción al basar la protección en el autor, y aunque reconoce excepciones al Derecho de Autor, su sistema jurídico y político no admite que el Derecho de Autor conlleve una contrapartida en beneficio de la sociedad.⁹⁶

La búsqueda del equilibrio entre los derechos del autor y los de los usuarios se basan en los principios fundamentales del derecho, intereses públicos y factores económicos; estos criterios interactúan entre sí, vinculándose en atención a cada caso.⁹⁷

Hugenholtz⁹⁸ propone tres categorías de explicaciones que justifican la concesión de limitaciones al Derecho de Autor y son el respeto a las libertades fundamentales, el interés público y las deficiencias del mercado; a estas otros autores agregan aquellas limitantes que se basan en otras consideraciones, y que se estudian a continuación.

⁹⁵ LA PROPIEDAD INTELECTUAL. PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL. Documento publicado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana. *op. cit.* <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007). Un acceso humanitario es el que establece por ejemplo la legislación estadounidense para los no videntes.

⁹⁶ LEPAGE, *op. cit.* p. 4.

⁹⁷ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". Consejo de Europa. Memorando Secretarial preparado para la Directora de Derechos Humanos. Estrasburgo, octubre de 1998. Disponible en <http://www.ivir.nl> (consultado 20 de abril de 2007).

⁹⁸ HUGENHOLTZ, Bernt. "Fierce Creatures. Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance". Conferencia IFLA/IMPRIMATUR. Ámsterdam, 30-31 de octubre de 1997. Disponible en www.ivir.nl (consultado 15 de abril de 2007).

1. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Respeto a las Libertades Fundamentales

Respeto a las libertades fundamentales, especialmente la libertad de expresión,⁹⁹ el derecho de prensa y el derecho a la información; en esta categoría se encuentran entre otros el derecho de cita y el de parodia. Si el monopolio del autor fuese lo bastante amplio para poder impedir tales usos, resultaría imposible, por ejemplo, informar de una exposición, citar una obra para realizar su estudio, por lo que toda crítica sería imposible ya que no podría circular información relativa a una obra sin la autorización previa de los titulares de derechos. En este supuesto, las limitaciones al Derecho de Autor son la garantía de una sociedad democrática.¹⁰⁰

Guibault,¹⁰¹ por su parte considera que el respeto a las libertades fundamentales parte de la protección a la libertad de expresión, libertad de información y de la protección a la intimidad; estas limitaciones tienen su base en los Tratados Internacionales que regulan la protección de los Derechos Humanos. La libertad de expresión y de información son el mecanismo para generar un adecuado flujo de información en la sociedad;¹⁰² el Derecho de Autor regula expresiones y no ideas, lo que vuelve más flexible las excepciones que por consideraciones de flujo de información se generen.

2. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Interés Público

La protección del interés público implica que las limitaciones se justifican en las necesidades de la sociedad de acceder a las obras, por lo que acá se agrupan los usos que de las mismas realizan las bibliotecas, los museos y el

⁹⁹ HARPER & ROW, PUBLISHERS, INC., ET AL. V. NATION ENTERPRISES ET AL. 471 U.S. 539 (1984) y A&M Records Inc. v. Napster Inc. 114 F. Supp2d. 896, 55 USPQ2d 1780 (2000).

¹⁰⁰ LEPAGE, *op. cit.* p. 4.

¹⁰¹ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". *op. cit.*

¹⁰² ZEMER, Lior. "'We-intention' and the limits of Copyright". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 99 (2006).

sistema escolar.¹⁰³ La delimitación precisa de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor dependerá en última instancia de los criterios políticos de los legisladores que, por ejemplo, pueden decidir la restricción del monopolio del autor en beneficio de los centros docentes, de las bibliotecas o de los minusválidos. Esta categoría responde a la promoción de la educación y la cultura, o a la difusión del conocimiento.

3. Excepciones al Derecho de Autor basadas en las fallas del mercado

Incluye aquellas excepciones que se aplican cuando los titulares se ven incapaces de ejercer sus derechos exclusivos sobre la obra para autorizar o prohibir las copias que de sus obras se realizan con aparatos de reproducción ya sea en casetes de audio o vídeo, discos vírgenes o por su almacenamiento en una computadora o memoria externa, lo que se conoce como copias caseras; se generan licencias no voluntarias de uso, como en el caso de las compensaciones por copia privada que implica el cobro de un porcentaje de la venta de aparatos que permiten el almacenamiento de las obras, sin que se realice un pago por cada copia, sino por el aparato que realiza la copia,¹⁰⁴ las consideraciones propias del tema se verán más adelante, cuando se exponga lo relativo a los mecanismos de protección de las obras.

4. Excepciones al Derecho de Autor basadas en otras consideraciones

El interés público también se invoca en la adopción de otras formas de limitantes, pero que resultan más bien de un fuerte cabildeo,¹⁰⁵ como en el caso de lo dispuesto en la Sección 110.6 del *Copyright Act* de Estados Unidos,

¹⁰³ STERLING. *op cit.* p. 353.

¹⁰⁴ DUSOLLIER, Séverine, et al. "Derecho de Autor y acceso a la información en el entorno numérico". Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007) p. 13.

¹⁰⁵ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on Copyright and neighbouring rights in the digital era". *op. cit.*

según la cual se permite el uso de fonogramas a las organizaciones agrícolas u hortícolas sin fines de lucro, en el curso de una feria anual o de una exposición agrícola u hortícola (se encuentran también otras excepciones como esta, cuyo principal requisito es que no impliquen lucro por parte de quien hace uso de las mismas).

Una vez estudiado el fundamento de las excepciones, procede el análisis de los diferentes tipos de excepciones reconocidas.

B. TIPOS DE EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Las legislaciones que siguen el derecho continental enlistan dentro de sus normas una serie de supuestos que son admitidos como excepciones al Derecho de Autor de manera taxativa, es decir que sólo habrá lugar a una limitante cuando la ley de manera expresa la reconozca.¹⁰⁶

El estudio de las excepciones tiene como punto de referencia los acuerdos internacionales en la materia ya que son el parámetro que deben seguir los Estados, en armonía con el sistema jurídico en que se enmarcan.

Los convenios internacionales sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, citados anteriormente, contienen una variedad de limitaciones y excepciones a la protección que puede otorgarse con arreglo a las legislaciones nacionales. Estas limitaciones y excepciones pueden clasificarse, de manera muy general, en los siguientes grupos:¹⁰⁷

¹⁰⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el entorno digital". XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El Derecho de Autor y los derechos conexos en el entorno digital". Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), conjuntamente con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay. Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005.

¹⁰⁷ RICKETSON, Sam. "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a Los Derechos Conexos en el entorno digital". Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena sesión Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003. Disponible en www.OMPI.org (consultado 25 de abril de 2007). pp. 3 y 4.

- a) Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales: los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, las noticias del día y los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.
- b) Disposiciones que conceden inmunidad en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa, la enseñanza o cuando se cumplen determinadas condiciones: citas y utilización para fines de enseñanza, reproducción y comunicación por la prensa de conferencias, a estas disposiciones de les llama “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que pese a que las obras que se utilizan están protegidas su uso no genera responsabilidad jurídica. El interés público justifica la anulación de los derechos privados que tienen los autores sobre sus obras en estas circunstancias particulares.
- c) Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el Derecho de Autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “licencias obligatorias”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los Artículos 11 bis2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna. Dicha utilización está sujeta al pago de una adecuada remuneración,¹⁰⁸ tal es el caso de lo establecido en México en el caso en el que no es posible obtener consentimiento del titular.¹⁰⁹

En lo que respecta a los Derechos Conexos, las excepciones admitidas al Derecho de Autor les son aplicables, no se entendería que una obra que escapa al monopolio de su autor deba requerir la autorización de los titulares de los Derechos Conexos.¹¹⁰

¹⁰⁸ LIPSZYC, Delia, “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, Ediciones UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993. p. 220.

¹⁰⁹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). Artículo 147.

¹¹⁰ SIRINELLI, Pierre. *op. cit.* p. 7.

Al respecto dice Guibault que la Convención de Roma no trajo consigo una armonización de las limitaciones de los derechos conexos si bien el artículo 15 contiene la única disposición relativa a la posible adopción de limitaciones de los derechos conexos, se basan exclusivamente en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna y está sometida entonces a la doctrina de los tres pasos.

Estas limitaciones se aplican a las tres categorías de beneficiarios, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, pero sólo en la medida en que estén previstas en la legislación nacional. El segundo párrafo evita el riesgo que los titulares de derechos conexos reciban un mejor trato que los autores en cuanto a las limitantes.¹¹¹

La forma en la que se desarrollan las excepciones es determinada por cada Estado, adoptando para ello los criterios propios de su sistema jurídico, los principios establecidos por el Derecho Internacional en los Tratados de los que son parte y las exigencias propias de los actores políticos que lo componen; por lo mismo existe un amplio margen en la selección de las mismas, iniciando desde el planteamiento de su existencia en los cuerpos legales, en los cuales puede establecerse un sistema abierto de excepciones o uno cerrado:

a) Sistemas de excepciones abiertos

Se trata de una cláusula general de excepciones, no de una lista nominativa de las mismas, como en el caso del *fair use* de los Estados Unidos, único en el mundo.¹¹² En los sistemas abiertos se definen criterios de aplicación de las excepciones, no las limitaciones en sí ya que dependen del estudio de los casos concretos.

¹¹¹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". e.boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Octubre-diciembre 2003. Disponible en <http://text.unesco.org> (consultado 15 de abril de 2007). p. 8.

¹¹² COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 107.

b) Sistemas de excepciones cerrados

Parte de una lista exhaustiva de actos permitidos como excepciones al Derecho de Autor, es una cláusula taxativa, fuera de la cual no se admite ninguna limitante ya que sólo admiten interpretaciones estrictas. En Francia, por ejemplo, este sistema está reflejado en el artículo L122-5 del Código de la Propiedad Intelectual.

En el derecho inglés, la Ley sobre Derecho de Autor, Dibujos y Patentes de 1988 del Reino Unido enuncia una serie de excepciones al Derecho de Autor, las que deben ser interpretadas a la luz del *fair dealing*, que es un criterio de apreciación de la validez de las excepciones, y los jueces británicos han delimitado su uso para situaciones concretas por lo que su aplicación está condicionada a una lista de excepciones expresamente definidas.¹¹³ Además de los mencionados poseen sistemas cerrados México¹¹⁴ y los países de Centroamérica.

¹¹³ LEPAGE, *op. cit.* p. 7.

¹¹⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México) Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

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

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

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

Caso interesante a este respecto es la Unión Europea, cuya Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información,¹¹⁵ establece en un inicio un listado de posibles excepciones al Derecho de Autor, y por otra parte en su artículo 5.5 delimita la llamada doctrina de las tres etapas, propia de los sistemas abiertos, al considerar que el listado propuesto debe ser considerado a la luz de estos pasos de análisis puntual; lo que implica una mezcla de los sistemas.¹¹⁶

Dentro de las diferentes excepciones reconocidas por las legislaciones encontramos:

1. Cita

Se entiende por cita, la mención de un fragmento relativamente breve de una obra para apoyar las opiniones de quien escribe o para hacer referencia a lo dicho o hecho por otro autor.¹¹⁷

Su regulación jurídica parte de lo dispuesto en el Convenio de Berna, en su Artículo 10.1 que establece que:

Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

¹¹⁵ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

¹¹⁶ LEPAGE, *op. cit.* p. 14.

¹¹⁷ LIPSZYC. *op. cit.* p. 231.

citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

Siempre ha de indicarse la fuente y el autor de la obra citada de manera que no se atribuya lo escrito a otro autor y respetándose así el derecho moral.¹¹⁸

Por lo general, las exigencias de brevedad y de finalidad de las citas se han interpretado restrictivamente. Dichos requerimientos se ponderan teniendo en cuenta tanto la naturaleza de la obra citada como la de la obra en la que figura la cita. El artículo 51 de la Ley sobre Derecho de Autor de Alemania estipula, por ejemplo, que una obra científica aislada puede ser reproducida íntegramente, en una obra independiente, con miras a explicar el contenido de la nueva obra.¹¹⁹

2. Copia Privada

Lipszyc define a esta excepción como la reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el Derecho de Autor exclusivamente para uso personal; en este sentido la reproducción puede implicar una transformación de la obra (traducción por ejemplo) y siempre estará referida a un uso privado, es decir que la obra no saldrá de la esfera privada de su usuario aun cuando no sea con fines de lucro.¹²⁰

¹¹⁸ Como se vio anteriormente es un derecho moral del autor el reconocimiento de su paternidad de la obra por lo que debe atribuírsele siempre su autoría.

¹¹⁹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *op. cit.* p. 13.

¹²⁰ LIPZYC. *op. cit.* p. 222.

En Japón se ha ido más allá al autorizar la copia de un ejemplar por usuario con fines de estudio o de investigación,¹²¹ en México sucede algo similar con las obras literarias.¹²²

La figura de la copia privada reviste gran importancia en la era digital, por la facilidad de reproducción de las obras gracias a los avances tecnológicos, razón por la cual se estudiará con detenimiento en un apartado especial. Dado que el Convenio de Berna no estipula nada, se sujetan las excepciones para la difusión del conocimiento en lo dispuesto en el art. 9.2, que fija los parámetros para la autorización de la reproducción, atendiendo a lo que la doctrina se ha dado en llamar doctrina de los tres pasos, que se verá más adelante.

3. Uso para la difusión del conocimiento

Una de las finalidades de la protección del Derecho de Autor es fomentar el arte y la ciencia, derecho conferido por la sociedad que tiene como contrapartida la posibilidad de hacer uso de las obras.

La utilización que se hace de la obra abarca una mayor proporción de la misma que las citas, y puede abarcar la totalidad de la obra, siempre que dicha utilización tenga como fin la enseñanza,¹²³ de igual forma que con las citas debe identificarse al autor, la fuente y no debe causar un perjuicio injustificado al titular del derecho.

¹²¹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *op. cit.* p. 1.

¹²² LEY FEDERAL DEL DERECHO DEL AUTOR (México). Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

¹²³ STERLING. *op. cit.* p. 353.

Algunas legislaciones autorizan a las bibliotecas y archivos a realizar reproducciones de las obras para su propio uso, como en el caso que sea necesario reemplazar un ejemplar, tal es el caso de la legislación estadounidense¹²⁴ para una sola copia hecha sin fines lucrativos; la India permite a las bibliotecas realizar hasta tres copias de libros para su uso, si esos libros no están disponibles en el país.¹²⁵

La difusión del conocimiento encuentra su principal medio de expansión en la educación, por lo que es en los centros de enseñanza donde mayor uso se le da a las obras. En la práctica y a la vista de toda la sociedad, los establecimientos escolares hacen diariamente en todos los países millones de fotocopias de material protegido, se interpretan o ejecutan obras, se utilizan transmisiones de radio o televisión, se utilizan videos y programas de computadoras, se comparten estudios e investigaciones científicas, en muchos casos estos usos van acompañados de la reproducción de la obra.¹²⁶ El convenio de Berna a este respecto establece en su artículo 10.2, que:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

Las legislaciones internas han desarrollado esta excepción para la enseñanza de las más variadas formas, Estados Unidos por su parte, en la Sección 107 de la *Copyright Act*, establece que la enseñanza (incluyendo las copias utilizadas en las aulas), la erudición y la investigación son parte de las actividades respecto de las cuales puede excusarse en virtud de la doctrina del *fair use*,

¹²⁴ COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 108.

¹²⁵ HUGENHOLTZ. *op. cit.* p. 3.

¹²⁶ BARTOW, Ann. "Educational fair use in Copyright: reclaiming the right to photocopy freely". 60 U. Pitt. L. Rev. 149 (Fall 1998).

cuyos límites se definieron en el *Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions*,¹²⁷ producto de la negociación entre autores y editores, por un lado, y los educadores, por otro; en este documento se establece por ejemplo que se permite en ciertas circunstancias, la realización de una sola copia empleada por un maestro y la ejecución de copias múltiples utilizadas en clase.¹²⁸ Aun cuando la fotocopia de obras para clases es un uso educativo de naturaleza no lucrativa,¹²⁹ los tribunales en Estados Unidos han sostenido que la copia aunque sea educativa si se realiza en un establecimiento comercial, se convierte en comercial al generar un beneficio al dueño del establecimiento en el que se realiza.¹³⁰

En lo que respecta a la educación a distancia Estados Unidos aprobó en 2002 una reforma a su *Copyright Act*, conocida como *Teach Act*,¹³¹ que buscaba dar respuestas a la necesidad de regular la difusión de las obras que por este medio se hacía mediante redes digitales. La *Teach Act* permite a los organismos gubernamentales y a las instituciones educativas sin ánimo de lucro reconocidas transmitir y mostrar casi todos los tipos de obras no dramáticas en el contexto de actividades de enseñanza a distancia;¹³² para su implementación las instituciones educativas deben cumplir las condiciones siguientes: se deben prever una serie de medidas técnicas para limitar el acceso

¹²⁷ Acuerdo sobre las directrices para la realización de copias destinadas a las clases en las instituciones de educación sin fines de lucro. House Committee Report on the 1976 Copyright Bill (House Committee on the Judiciary, House Report N° 94-1476 to accompany S. 22, 94th Cong., 2d Sess., 3 de septiembre de 1976, pp. 65-74.

¹²⁸ De igual forma se acordó la *Guidelines for Educational Uses of Music* (Directrices para usos educativos de la música).

¹²⁹ STERLING. *op. cit.* p. 353

¹³⁰ PRINCETON UNIV. PRESS V. MICHIGAN DOCUMENT SERVS., INC., 99 F.3d 1381, 1389 (6th Cir. 1996).

¹³¹ Technology, Education and Copyright Harmonization Act, TEACH Act (Ley de armonización de la tecnología, la educación y el Derecho de Autor)

¹³² COPYRIGHT OFFICE (USA). *Technology, Education and Copyright Harmonization ("TEACH") Act* (S. 487). Documento publicado por The Copyright Office de los Estados Unidos el 13 de marzo de 2001 en su sitio web <http://www.copyright.gov> (consultado 25 de abril de 2007).

a los materiales con objeto de garantizar que únicamente los alumnos oficialmente inscritos en el curso pueden acceder al material didáctico, los materiales no podrán ser reproducidos una vez que finalice el curso.

La Unión Europea por su parte ha establecido los parámetros a las excepciones en virtud de la enseñanza en la Directiva sobre Derecho de Autor en la sociedad de la información, según este documento, serán válidas siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la necesidad no comercial perseguida.¹³³

Se considera además razones de índole humanitario, cuando la autorización de uso de las obras es para personas discapacitadas, como en el caso de los no videntes y la autorización de reproducir la obra en método Braille para que puedan acceder a la misma. El artículo 44 del reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, establece que no constituye violación la reproducción, interpretación, ejecución, edición, traducción y adaptación de obras para hacerlas accesibles a los sordomudos o invidentes, cuando se realice sin fines del lucro.¹³⁴

Las excepciones en esta área más allá de las consideraciones en materia de *Copyright* o Derecho de Autor parten de la premisa que deben circunscribirse a la investigación o enseñanza, deben respetar en todo caso el

¹³³ DIRECTIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (Unión Europea) Artículo 5.3 “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”.

¹³⁴ REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. Art. 44 “No constituye violación al Derecho de Autor la reproducción de obras completas o partes de una obra, fonograma, videograma, interpretación o ejecución o edición, siempre que se realice sin fines de lucro y con el objeto exclusivo de hacerla accesible a invidentes o sordomudos; la excepción prevista en este artículo comprende las traducciones o adaptaciones en lenguajes especiales destinados a comunicar las obras a dichas personas”.

derecho de paternidad, limitarse a usos no comerciales y entran a funcionar sólo si no hay manera de obtener autorización del autor.

4. Uso con fines de información

La divulgación de información actual y veraz es una prioridad para los Estados, por lo mismo cuando esta información proviene de fuentes protegidas por el Derecho de Autor se debe considerar una serie de limitantes, en la medida que no infrinjan el resto de disposiciones de protección a los autores.

El Convenio de Berna en su artículo 10 *bis* establece que:

1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.

2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.

Dentro de las excepciones correspondientes para fines de información, encontramos:

- a) Reseña de prensa. Se permite su reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se indique la fuente.

- b) Discursos. El artículo 2bis.2 permite también a los Estados miembros regular las condiciones por las cuales la transmisión oral de este tipo de obras puede utilizarse con fines de información. Su reproducción se autoriza para informar siempre que sean públicos, sin embargo la publicación de una serie de discursos del mismo autor debe ser hecha con su autorización.
- c) Obras implicadas en acontecimientos públicos. Cuando una obra se implica de manera casual o accesoria con un acontecimiento público, como por ejemplo en el caso de obras musicales en desfiles o eventos deportivos, en estos casos no se está obligado a dar el nombre del autor.
- d) Retratos. Siempre que se relacione con fines científicos, didácticos, culturales o con acontecimientos públicos, como lo establece la legislación argentina.¹³⁵

Como siempre lo importante es respetar lo dicho por el autor, identificar la fuente y tener claro que la utilización de la obra debe estar justificada por el fin de la información.¹³⁶

5. Otros usos

Siempre enmarcados dentro del interés común se encuentra una serie de excepciones que pueden enlistarse de la siguiente manera:

- a) Usos legales. Las leyes, reglamentos y sentencias son objeto de excepción al Derecho de Autor, independientemente de si su reproducción es con fines comerciales.¹³⁷
- b) Fijaciones efímeras. Es la fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada

¹³⁵ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Ley 11.723 (Argentina) Artículo 31.

¹³⁶ RICKETSON. *op. cit.* p. 20.

¹³⁷ LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (El Salvador). Art. 39 y 40.

para un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y utilizada en sus propias emisiones de radiodifusión, Berna lo regula en su art. 11 *bis* 3.

- c) Obras artísticas situadas en lugares públicos.
- d) Parodias. Siempre que no se confunda con la obra originaria, ni sea una parodia del autor. En cuanto al elemento material, la extensión de lo extraído no tiene trascendencia, lo importante es que no entrañe el riesgo de confusión en el público y que no haya un afán de apropiación de la obra original por parte del autor de la parodia.¹³⁸ En Estados Unidos se ha sostenido por los tribunales que como forma humorística de crítica, la parodia puede ser socialmente provechosa, al arrojar luz sobre una obra anterior y, al mismo tiempo, crear una nueva. Para cumplir con el primer requisito del uso leal, una parodia debe contener algo nuevo, tener otro propósito o un carácter diferente, modificando la obra inicial con una expresión, un significado, o un mensaje novedoso.¹³⁹ Sin embargo, debe considerarse siempre el respeto al derecho moral.

Sin importar si el sistema es abierto o cerrado las excepciones no deben causar perjuicios a los derechos morales, por lo que su existencia se justifica sólo si esta encaminada a limitar el ejercicio de los derechos patrimoniales; de tal manera que se hacen efectivos luego que el autor ejerza su derecho de divulgación.

El Convenio de Berna (art. 9.2), el ADPIC (art. 13) y los Tratados de la OMPI de 1996, sujetan las excepciones a que las mismas se circunscriban a determinados casos especiales, que tales casos no atenten contra la explotación normal de la obra y, finalmente, que no se cause un perjuicio

¹³⁸ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *op. cit.* p. 15.

¹³⁹ CAMPBELL V. ACUFF-ROSE MUSIC, INC., 114 S. Ct. 1164 (1994).

injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, lo que se conoce por la doctrina como la regla de los tres pasos.

C. DOCTRINA DE LAS TRES ETAPAS

En el Acta de París del Convenio de Berna se incluye una cláusula mucho más flexible para el establecimiento de limitantes y excepciones al Derecho de Autor, al establecer como regla general de las excepciones, en su artículo 9.2 que:

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

A lo dispuesto en el artículo 9.2 se le denomina prueba en tres etapas, la que se encuentra regulada en el ADPIC.¹⁴⁰

Artículo 13:

Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

La misma regulación se encuentra del Tratado de la OMPI sobre los Derechos de Autor:

¹⁴⁰ Igual disposición se regula en el TLCAN, Art. 1705.5. “Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”.

Artículo 10.2

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

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

Las tres condiciones que establecen los anteriores cuerpos normativos son en primer lugar, las excepciones previstas en casos especiales y, por tanto, se prohíben las excepciones generalizadas; las otras dos condiciones (que no atenten a la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor) se deben evaluar en el contexto de cada excepción. No se podrá aceptar la excepción en cuestión si permite que terceros exploten la obra haciendo la competencia a los titulares del Derecho de Autor o si su aplicación afecta al mercado potencial de la obra.¹⁴¹

La finalidad de esta prueba es establecer parámetros a los Estados para el establecimiento de las excepciones en su sistema jurídico; la interpretación de la que son objeto debe tener en cuenta la finalidad del Derecho de Autor y el equilibrio de intereses del que se ha hablado.

1. La interpretación de las Tres Etapas por la OMC

La relevancia de la aplicación de la prueba de las tres etapas, ha trascendido la escena nacional, al ser reclamada en ante el Organismo de Solución de Diferencias de la OMC.¹⁴² En 1999, la Unión Europea solicitó la celebración

¹⁴¹ DUSOLLIER, *op. cit.* p. 11.

¹⁴² WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial. 15 de junio de 2000.

de consultas con los Estados Unidos con motivo de una disposición del *Copyright Act*, que establece una excepción al Derecho de Autor para el uso privado de obras musicales por parte de establecimientos comerciales,¹⁴³ a este uso lo denominaban uso doméstico.

En un Informe de la Cámara de Representantes de 1976 que acompañaba el proyecto del *Copyright Act* se explicaba que el artículo 110 (5), en su forma inicial, se aplica a las interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras, y tiene por objeto eximir de la responsabilidad por Derecho de Autor a toda persona que se limite a hacer funcionar, en un lugar público, un receptor común de radio o televisión de un tipo que se vende corrientemente al público para su utilización privada.¹⁴⁴

Para poder aplicarse, esta excepción tiene que cumplir con tres condiciones: no debe realizarse ningún cobro directo para poder ver u oír la emisión o la retransmisión; la emisión o la retransmisión no se retransmite a su vez fuera del establecimiento en que es recibida; la emisión o la retransmisión cuenta con licencia del titular del derecho del autor de la obra que de este modo se

¹⁴³ COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 110.5 apartado B.

Esta excepción se aplica siempre que no se trate de un establecimiento de servicios de comidas y bebidas, que el establecimiento en que se efectúa la comunicación tenga una superficie bruta inferior a 2.000 pies cuadrados brutos (186 m²).

Esta excepción también se aplica al mismo tipo de establecimiento, pero con una superficie bruta igual o superior a 2.000 pies cuadrados brutos, siempre que la ejecución se efectúe por medios limitados. Estos medios son los siguientes: si la ejecución se efectúa únicamente por medios sonoros, se admiten no más de seis altavoces, de los cuales no más de cuatro podrán estar situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente; si la ejecución se efectúa por medios audiovisuales, la parte visual de la ejecución o representación deberá comunicarse mediante no más de cuatro dispositivos audiovisuales, de los cuales uno como máximo podrá estar situado en una misma habitación, ninguno podrá tener una pantalla de una dimensión superior a 55 pulgadas (15 cm) de diagonal, y la parte sonora de la ejecución deberá comunicarse mediante no más de seis altavoces, de los cuales no más de cuatro podrán estar situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente.

¹⁴⁴ WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial. 15 de junio de 2000, p. 4.

ejecuta o representa en público. El fundamento básico de esta cláusula consiste en que el uso secundario de la transmisión que resulta de poner en funcionamiento un receptor común en público es tan remoto y mínimo que no corresponde imponer otra responsabilidad.¹⁴⁵

La enmienda de 1998 agregó una nueva parte B) a la sección 110(5), llamada exención empresarial que exonera, en determinadas condiciones, la comunicación por un establecimiento de una transmisión o retransmisión que incorpore la interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público, originada en una emisora de radio o televisión autorizada con ese carácter por la Comisión Federal de Comunicaciones; o, si se trata de una transmisión audiovisual, en un sistema de cable o de difusión mediante satélite.

Los beneficiarios de la exención empresarial son los establecimientos que no son de servicios de comidas o bebidas, y los establecimientos de servicios de comidas y bebidas.¹⁴⁶ Si la superficie de un establecimiento excede de los límites, la exención se aplica siempre que el establecimiento no supere las restricciones impuestas al equipo utilizado (no existe ninguna superficie máxima).

Los países europeos consideraban que esta excepción no estaba en conformidad con el ADPIC, ya que no se justifica por ningún Tratado internacional. Por consiguiente, consideraban que esta excepción causaba un

¹⁴⁵ TWENTIETH CENTURY MUSIC CORP. V. AIKEN, 422 U.S. 151 (1975). Los factores considerados para establecer la exención se basan en gran medida en las circunstancias del asunto Aiken, para el tribunal el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no incurría en responsabilidad por difundir música mediante un receptor de radio con salidas a cuatro altavoces instalados en el techo; la superficie del local era de 1.055 pies cuadrados (98 m²), de los cuales estaban abiertos al público 620 pies cuadrados (56 m²). El Informe de la Cámara de Representantes califica la situación de hecho del asunto Aiken como "límite máximo de la exención" que figura en el artículo 110 (5). Esa exención se conoció con el nombre de "exención de uso doméstico".

¹⁴⁶ En cada una de estas categorías quedan exonerados los establecimientos que no alcanzan determinado límite de superficie, con independencia del equipo que utilicen. Los límites son de 2.000 pies cuadrados (186 m²) para los establecimientos de comercio minorista y de 3.750 pies cuadrados (348 m²) para los restaurantes.

perjuicio a los intereses legítimos de sus nacionales, titulares de Derecho de Autor.¹⁴⁷

La OMC estableció un Grupo Especial encargado de emitir conclusiones y recomendaciones sobre este litigio, el 27 de julio de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC adoptó el informe de este Grupo Especial, según el cual todos los derechos contemplados en el ADPIC (derechos de reproducción, derecho de representación, etc.) pueden ser objeto de excepciones siempre y cuando estas limitaciones satisfagan las exigencias de la prueba de las tres etapas (es decir, que estén circunscritas a determinados casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos).¹⁴⁸

... es suficiente que una limitación o excepción a los derechos exclusivos previstas por el Artículo 11 *bis* (1)... tal como están incorporadas al Tratado ADPIC satisfagan las tres condiciones contenidas en el Artículo 13 para que estén permitidas. Si estas tres condiciones son satisfechas, un gobierno podrá escoger entre las diferentes opciones para la limitación del derecho en cuestión, incluyendo el uso libre de pago y sin el consentimiento del titular de los derechos.

El Grupo Especial determinó que la exención de uso doméstico contenido en la parte A) de la sección 110(5) no causa un perjuicio injustificado a los intereses

¹⁴⁷ ABARZA, Jacqueline y Jorge Katz. "Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC". División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Red de Reestructuración y Competitividad. Disponible en <http://www.eclac.org> (consultado 7 de mayo de 2007).

¹⁴⁸ Ante la negativa de Estados Unidos de cumplir lo dispuesto por el Órgano de Solución de Controversias, OSD, se realizó un arbitraje; las observaciones no se cumplieron según lo dispuesto y el 23 de junio de 2003, los Estados Unidos y la Comunidad Europea comunicaron al OSD que habían llegado a un acuerdo temporal mutuamente satisfactorio. OMC, Información disponible en la dirección electrónica http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm (Consultada 20 de abril de 2007).

legítimos de los titulares de los derechos en el sentido de la tercera condición del artículo 13; no así la exención empresarial. Lo realmente importante de este caso es la manera en la que se retoma esta doctrina, revitalizándola y estableciendo que aun cuando puede ser deseable para los titulares de las obras límites taxativos, la sociedad en constante cambio necesita flexibilidad a la hora de acceder a la información. México tiene una regulación similar a la estadounidense, al establecer en su artículo 150 de la Ley Federal del Derecho de Autor que:

Artículo 150. No se causarán regalías por ejecución pública cuando concurren de manera conjunta las siguientes circunstancias:

- I. Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados;
- II. No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios;
- III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y
- IV. El receptor sea un causante menor o una microindustria.

Sin embargo en este caso, como ocurrió en lo relativo al uso doméstico de la sección 107 A del *Copyright Act*, no se infringe el derecho al ser aplicable la doctrina de las tres etapas, en el sentido que no se causa perjuicio al titular del derecho, al menos no uno significativo.

2. Las Tres Etapas

De lo anterior se desprende la importancia de esta doctrina, ahora toca estudiar los alcances de la misma. Al atender a los supuestos de la doctrina de las tres etapas, se debe considerar lo siguiente:

a) Casos Especiales

Los adjetivos “determinado” y “especial” sugieren que todas las excepciones al derecho de reproducción realizadas en virtud del Artículo 9.2) deben ser limitadas.¹⁴⁹

En primer lugar, toda excepción deberá limitarse a un caso especial, es decir, una situación excepcional o esporádica frente a las situaciones habituales y generales de explotación de la obra. Además, la excepción aplicable a un caso especial no deberá atender a la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.

El Grupo Especial de la OMC consideró que una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y cualitativo, en este sentido, Ginsburg¹⁵⁰ afirma de una manera convincente que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco del segundo y tercer criterio, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.¹⁵¹

b) Que no atente contra la explotación normal de la obra

En segundo lugar, la exclusión no debe entrar en conflicto con la explotación normal de la obra. El titular está facultado para ejercer sus derechos plenamente, sin estar limitado de una u otra manera por la presencia de una excepción, esto implica examinar la situación actual y desestimar los posibles modos de explotación que puedan surgir en el futuro.

¹⁴⁹ RICKETSON. *op. cit.* p. 22.

¹⁵⁰ GINSBURG, J., “Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions”. *Revue internationale du droit d’auteur*, enero 2001.

¹⁵¹ RICKETSON. *op. cit.* p. 23.

Las excepciones tendrán que tener un carácter evidente de interés público que vaya más allá de los intereses puramente individuales de los usuarios del Derecho de Autor sin causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (incluidos los derechos morales, en el contexto de Berna, ya que el ADPIC no los reconoce directamente).

c) Perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Finalmente, la exclusión no debe perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. El que se diga “un perjuicio injustificado” permite establecer excepciones que puedan ocasionar un perjuicio importante o sustancial a los intereses legítimos del autor, siempre y cuando la excepción satisfaga de otro modo la primera y segunda condición estipuladas en el Artículo 9.2 y que sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, es decir, no sea injustificada, considerándose, por ejemplo, el valor económico de los derechos.¹⁵²

Una vez determinados los supuestos y consideraciones que se emplean para determinar las excepciones al Derecho de Autor partiendo de las obligaciones internacionalmente contraídas, procede estudiar la doctrina del *fair use*, que se emplea en los Estados Unidos, para las consideraciones puntuales sobre posibles excepciones al *Copyright*.

D. FAIR USE

El *Fair use*, propio de los Estados Unidos, es ampliamente conocido como una doctrina bajo la cual las obras protegidas por el *Copyright* pueden ser usadas sin permiso y aún en contra de los deseos del titular.¹⁵³

¹⁵² “el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del Derecho de Autor”.

¹⁵³ ROSEMONT ENTERS. V. RANDOM HOUSE, INC., 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966).

La piedra angular del *fair use* es la protección exclusiva de la expresión de las ideas y no de las ideas en sí, lo que es común con el Derecho de Autor. Para ilustrar lo anterior, en el proceso *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*,¹⁵⁴ el la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos debía decidir si la publicación de fragmentos de un manuscrito no publicado de las memorias del Presidente Ford por la revista *The Nation* podía justificarse en virtud de la doctrina del *fair use*. *The Nation* sostuvo que el interés del público por conocer las memorias del Presidente, garantizado en virtud de la Primer Enmienda, era más importante que el Derecho de Autor. Tras examinar los hechos en el contexto del *fair use*, el Tribunal dictaminó que la reproducción de fragmentos de las memorias por *The Nation* no se enmarcaba en sus supuestos.

Actualmente, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de aquél país ha determinado que de la doctrina del uso leal en *Harper & Row* sigue constituyendo un precedente válido. Por ejemplo, al examinar la extensión y hasta qué punto es esencial el fragmento utilizado de la obra original, los tribunales determinan si dicho uso, centrado en los elementos más expresivos de la obra, excede el necesario para divulgar los hechos y si la parte copiada constituye el fondo de la obra protegida.¹⁵⁵ Para determinar esto se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Propósito. El propósito y carácter del uso, incluido el de si ese uso es de naturaleza comercial o tiene fines educativos no lucrativos. Si la reproducción se realiza para obtener beneficios con una finalidad comercial no se aplica el *fair use*. Una importante consideración es que, mientras que la presencia de fines comerciales imposibilita la aplicación del *fair use*, la ausencia de motivos comerciales aun cuando

¹⁵⁴ HARPER & ROW PUBLISHERS, INC. V. NATION ENTERPRISES. 471 U.S. 539 (1985).

¹⁵⁵ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *op. cit.* p. 10.

haya un propósito educativo, no determina concluyentemente que exista *fair use*.¹⁵⁶

- b) Naturaleza de la obra protegida. Se refiere al carácter de la obra si la misma es objeto de protección o no, por lo que debe considerarse cada caso de manera particular. Como se mencionó en el caso *Sega v. Accolade*¹⁵⁷ no todas las obras son susceptibles del mismo nivel de protección.
- c) Cantidad sustancial utilizada en relación con la obra protegida en su conjunto. La consideración sustancial de las copias va desde una parte de la obra a su reproducción completa, sin embargo una copia completa no se considera *fair use*, ni siquiera cuando tiene fines educativos, ahora bien, no sólo debe considerarse la proporción sustancial de la obra sino además si este uso contiene la esencia o idea principal de la obra que se copia.
- d) Efecto potencial que se tenga en el mercado o el valor de la obra protegida. Para muchos autores este es el principal elemento de la doctrina del *fair use*.

La importancia del *fair use* parte de las consideraciones judiciales que se desprenden en cada caso, algunos autores consideran que esto genera inseguridad por la indeterminación del mismo, sin embargo es fruto de un sistema jurídico anglosajón, que si bien no es perfecto, si cuenta con los recursos necesarios para aplicar de la mejor forma posible este criterio, además siguiendo lo dicho anteriormente, en un mundo en constante cambio reglas taxativas vuelven difícil la aplicación legal, tanto por la posibilidad de infracción del Derecho de Autor, como por la imposibilidad del autor de acceder a una obra, pues como se ha dicho al ser límites a un derecho legítimo, sobre todo en sistemas cerrados, no se admiten más excepciones que las fijadas en la ley.

¹⁵⁶ SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982).

¹⁵⁷ SEGA ENTERPRISES LTD V. ACCOLADE, INC. 977 F.2d 1510 (1992).

Una vez determinados los alcances propios de las excepciones admitidas tanto por el Derecho de Autor como por el *Copyright*, es necesario hacer una reevaluación, de las consideraciones correspondientes a la copia privada como limite al monopolio del autor o titular del derecho; esta es cada vez más compleja, tienes mayores formas de realizarse y por lo mismo es un reto para la regulación internacional.

E. COPIA PRIVADA

Como se mencionaba anteriormente la copia privada es una de las excepciones al Derecho de Autor más compleja, a raíz de los avances tecnológicos y la globalización del conocimiento en Internet, su regulación se ha vuelto de gran importancia para los titulares de los derechos, quienes han cabildeado en busca de soluciones al problema de la reproducción ilegal.

Esta excepción surge inicialmente ante la imposibilidad de los autores de impedir que el usuario de la obra la reprodujera por si mismo para uso privado o como respaldo; esta reproducción se realizaba a mano, lo que requería tiempo y esfuerzo; con el devenir tecnológico se contaron con instrumentos que facilitaban el copiado de las obras, es así como surgen las radio grabadoras y los videocasetes, sin embargo la calidad de la copia evidenciaba su origen, sin embargo el desarrollo tecnológico, la creación digital, sin mencionar los formatos como el MP3 han revolucionado la copia tradicional.¹⁵⁸

Existen diversos medios de copiado, dispositivos que van desde computadoras hasta teléfonos celulares, pasando por medios un tanto más específicos para esta función como las videograbadoras, o grabadoras de DVD, éstas permiten grabar cualquier programa televisivo, además de películas rentadas o prestadas.

Antes de la guerra de protección digital que se vive actualmente y de la que se hablará más adelante, la posibilidad de realizar copias privadas a partir

¹⁵⁸ BESEK, June M. "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts". 27 Colum. J.L. & Arts 385 (2004).

de la oferta televisiva, se discutió en Estados Unidos si estas eran legítimas, en el caso *Sony Corp v. Universal City*,¹⁵⁹ la Suprema Corte de los Estados Unidos concluyó que la mayoría de usuarios utilizaban el Betamax para hacer grabaciones de emisiones de televisión con el objetivo de verlas en otro momento, siendo este *time-shifting* un uso legítimo amparado por la doctrina del *fair use*. Si un aparato para copiar se utiliza para hacer copias de las obras protegidas con fines comerciales o para obtener beneficios, tal uso sería ilegal por lo que una presunción contraria se aplica cuando las copias se hacen para una actividad no comercial o lucrativa.

Aun cuando sigue siendo válido y de mucha riqueza jurídica este caso se enfrenta a nuevas realidades, para cada tipo de obra protegida se encuentran formas de copiado, por ejemplo para los libros esta la copia manuscrita (desfasada hoy en día) y la fotocopidora; el panorama es más complicado de resolver cuando esos medios son digitales, por la facilidad de su uso y lo cada vez más difundido del mismo, por lo que leyes como la estadounidense buscan fijar los supuestos en los que es válida, como en el caso del software, según esta el usuario podrá realizar copias de los mismos en los siguientes casos:¹⁶⁰

1. Cuando la copia o adaptación es creada como paso esencial en la utilización de un programa en conjunción con una máquina y no se emplea de otra forma.
2. Cuando la nueva copia o adaptación solamente es con propósito de archivo.

Así como éste se encuentran los más diversos casos, todos buscando dar salidas legales que impidan la infracción del Derecho de Autor; por lo mismo

¹⁵⁹ SONY CORP. V. UNIVERSAL CITY. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax). En este caso se determinó que la copia para fines privados constituía *fair use*, cuando se creaba a partir de programas de televisión para ser vistos con posterioridad a su transmisión ("*timeshifting*"), una regulación similar se encuentra en la legislación inglesa.

¹⁶⁰ COPYRIGHT ACT, Sección 117.

se dictan supuestos en los que actúa la ley y se dan permisos a los usuarios de las obras para la reproducción de las mismas, admitiendo o no una remuneración a cambio de la copia privada.

Cuando a cambio de la reproducción permitida hay una remuneración se le conoce a este uso como licencia obligatoria,¹⁶¹ esta remuneración no corresponde a quien realiza la copia sino al fabricante del aparato por medio del cual se realiza la copia, como dice Lipszyc el pago no es por el uso concreto sino por la posibilidad que esos aparatos ofrecen para realizar copias,¹⁶² quien recibe la remuneración será el titular del derecho a quienes perjudica la explotación de la obra, que suele fijarse sobre la venta del aparato que copia y sobre los materiales de reproducción (CD, videocasete, etc.), es la legislación nacional la encargada de delimitar los alcances de la retribución y los mecanismos para hacerla efectiva.¹⁶³

Se estudia a continuación el sistema de retribución o pago por copia privada.

1. Levy System (pago por copia privada)

Las grabadoras de sonido y de video impactaron contra la protección del Derecho de Autor al llenar el mercado de copias idénticas a las obras, pese a la protección que les otorga el Derecho de Autor, a raíz de esto y como se mencionaba anteriormente, ante la posibilidad de determinar si la copia privada se maneja como excepción o como licencia, muchos Estados han optado por imponer retribuciones sobre las máquinas y medios de reproducción de las obras, como fotocopiadoras, grabadoras de sonido, incluso para los CD.

¹⁶¹ GOLDSTEIN, Paul. *op cit.* p. 312.

¹⁶² LIPSZYC, *op. cit.* p. 242.

¹⁶³ Caso por demás interesante lo representa la Unión Europea, la mayor parte de países que la integran tienen sistemas de compensación salvo el Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo, por lo que en virtud del principio de no discriminación imperante un autor inglés en Alemania recibe una retribución por las copias que se realicen de su obra, mientras que un autor alemán no obtiene compensación por la misma causa en Inglaterra.

El *levy system* o el pago de un canon por copia privada es una tasa aplicada a diversos medios de grabación y cuya recaudación reciben los autores, editores, productores y artistas en compensación por las copias que se hacen de sus trabajos;¹⁶⁴ esta remuneración por copia privada, busca compensar los derechos que se dejaron de percibir por la reproducción de la obra en el ámbito privado.

El derecho a la remuneración en beneficio de los autores y titulares de derechos conexos no fue creado como una compensación al derecho de copia privada, sino como una compensación al reconocimiento legal de la excepción de copia privada.¹⁶⁵

Cada Estado determina la forma de aplicación de esta retribución a los autores, algunos optan por cargar un porcentaje a los equipos de reproducción (fotocopiadoras, grabadoras de audio o video, entre otras); o a los dispositivos en los que se graba en blanco y en caso de venta de equipo de reproducción y almacenamiento a partir de las copias realizadas.¹⁶⁶ En Bélgica el pago compensatorio se ha establecido sobre el tiempo de reproducción o almacenamiento de los dispositivos, en España y Alemania el pago se hace sobre la venta del equipo,¹⁶⁷ como en Estados Unidos, en donde la remuneración procede bajo las circunstancias previstas por la *US Digital Home Recording Act*, la que requiere el pago sólo en relación a los dispositivos de grabado de audio digital y multimedia, sobre el pago establece en la sección 1004 párrafo (a)(1) que:

¹⁶⁴ PESSACH, Guy. "An international-comparative perspective on peer-to-peer file-sharing and third party liability in Copyright Law: framing the past, present, and next generations' questions". 40 Vand. J. Transnat' l L. 87 (2007).

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A.

¹⁶⁶ STERLING. *op. cit.* p. 352.

¹⁶⁷ HUGENHOLTZ Berna, et al. "The Future of Levies in a Digital Environment". Institute for Information Law Amsterdam. Marzo 2003. Disponible en www.ivir.nl (consultado 20 de abril de 2007).

Las regalías a las que se refiere la sección 1003 para cada dispositivo para grabar de audio digital, importado o distribuido en los Estados Unidos o cuya manufactura se realice en los Estados Unidos será de un 2 por ciento sobre el precio de transferencia. Solo la primera persona que manufacture y distribuya o importe y distribuya cada dispositivo deberá requerir el pago de la regalía que corresponda a ese dispositivo.

Uno de los principales problemas que surgen ante la regulación incesante del Derecho de Autor es que cuando coexisten un sistema de compensación por la copia privada y a la vez se reconoce la protección de medidas tecnológicas de acceso a las obras, los usuarios podrían terminar pagando por la compra del artículo con el cual realizar la copia privada y además del pago que se realiza directamente al titular en un concepto similar; peor aún podría pagarse por el derecho a realizar una copia privada cuando se adquiere el medio para hacerlo y no poder copiar la obra por las medidas tecnológicas que posee,¹⁶⁸ algo como lo que sucede con las películas contenidas en DVD protegidos. Ante este planteamiento el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dijo que:

... el hecho de que una remuneración por copia privada haya sido pagada supuestamente por el usuario no significa que el legislador haya querido crear una relación entre la remuneración y el derecho de copia privada. En efecto, con arreglo a la legislación, la remuneración debe realizarse para cada aparato que permita la reproducción de obras sonoras y audiovisuales, cualquiera que sea la utilización efectiva de dicho aparato, es decir independientemente de que éste sirva para realizar una copia privada o no. Por lo tanto, la remuneración no es proporcional a la utilización de los aparatos de reproducción.¹⁶⁹

¹⁶⁸ ALFANO, Kenneth M. "Copyright in exile: restoring the original parameters of exclusive reproduction". 11 J. Tech. L. & Pol'y 215 (2006).

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A.

Lo complejo de los avances tecnológicos ha llevado a los titulares, en los países desarrollados, a buscar protección legal en aspectos no contemplados inicialmente ni por el Derecho de Autor, ni por el *Copyright* y que responde exclusivamente a medidas de protección tecnológica para el uso y acceso de las obras.

F. MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

En el entorno digital se ha visto la evolución más interesante del Derecho de Autor desde la creación de la imprenta, ya que permite la creación de copias exactas de las obras con la misma calidad que la original y en muchos casos con la posibilidad de hacer modificaciones a las mismas; han sido estas posibilidades de copia y modificación las que llevaron a los titulares de las obras a crear medidas tecnológicas que limitaran el uso de estas a usuarios autorizados y en condiciones permitidas;¹⁷⁰ los métodos de encriptación y otras técnicas similares permiten a los titulares de derechos controlar con mayor eficacia el uso que se hace de sus obras. Algunas de esas técnicas pueden traer consigo el bloqueo total del acceso a las obras, mientras que otras permiten a los titulares vigilar el uso concreto que una persona hace de una obra protegida por el Derecho de Autor con relativa facilidad.¹⁷¹

Ahora bien que las medidas de protección existan no es suficiente como para asegurar que no se hagan violaciones a las mismas, por lo que se buscó la protección de estas medidas, lo que va más allá de la protección que otorga el Derecho de Autor.

¹⁷⁰ En este punto cabe destacar que los autores de las obras rara vez tienen que ver con las medidas tecnológicas, son en este caso las grandes empresas con grandes intereses en el mercado quienes han cabildeado su implementación legal; sin embargo no debe olvidarse que en el *Copyright* se reconoce la autoría de las obras a personas morales y físicas, por lo que la salvedad expuesta aplica al Derecho de Autor.

¹⁷¹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *op. cit.* p. 40.

La búsqueda de protección encontró eco en el ámbito internacional antes que en el nacional, así, los Tratados de la OMPI de 1996 incluyen por primera vez disposiciones sobre la protección de medidas tecnológicas; su finalidad es impedir, en el entorno de la red digital, el acceso sin autorización a las obras protegidas por el Derecho de Autor, o el uso no autorizado de esas obras.

El artículo 11 del Tratado de la OMPI¹⁷² sobre Derecho de Autor estipula que:

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

Este artículo exige que dicha protección de las mencionadas medidas se conceda sólo respecto de las tecnologías empleadas para la protección de obras protegidas por el Derecho de Autor, lo que implicaría que no deben aplicarse a obras que se encuentren en el dominio público; por lo que muchos autores consideran que el hecho de eludir una medida a fin de utilizar una obra cuando se es beneficiario de una de las excepciones al Derecho de Autor, no está, en principio, prohibido por el artículo 11 del Tratado en comento.

Los efectos de la ratificación de estos Tratados y de la protección a las medidas tecnológicas varía dependiendo de cada legislación, en Japón la regulación ante la violación de dichas medidas incurre en pena de prisión por la puesta a disposición del público de mecanismos de elusión de las medidas,¹⁷³ sin embargo no sanciona penalmente la fabricación del dispositivo de piratería ni el hecho de que el usuario final eluda las medidas. Contrario a las disposiciones japonesas en Australia se sanciona la fabricación de los

¹⁷² El artículo 18 de Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece una medida similar.

¹⁷³ Ley Sobre Derecho De Autor (Japón). Traducción no oficial al inglés disponible en el sitio Web del Copyright and Information Center: http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html (consultado 10 de abril de 2007).

dispositivos que eluden las medidas de protección y el ofrecimiento de estas medidas no la elusión en sí misma.¹⁷⁴

La Unión Europea en su Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información de 2001 prohíbe no solamente el comercio de las tecnologías de elusión de la protección, sino también el acto de elusión en sí mismo cometido por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo;¹⁷⁵ un detalle a considerar es que se exige que la medida de protección sea eficaz.

En el contexto de la protección digital se habla del *Digital Rights Manangement*, DRM, que es un sistema que previene o impide que los usuarios copien contenido digital, de tal forma que se ha configurado un nuevo sistema de comercio según el cual los usuarios pagan por acceder a las obras;¹⁷⁶ estos componentes se encuentran en reproductores de DVD, CD y en decodificadores de televisión, servicios en línea como iTunes de Apple, ebooks y sistemas operativos de aparatos móviles, de esta forma controlan el acceso y copiado de sus obras.

1. *Digital Millenium Copyright Act*

Para superar las dificultades que presenta la copia digital los titulares de los derechos han buscado la aplicación de medidas que aseguren la efectividad del *Copyright*, es así como se cabildeó en el Congreso estadounidense la expansión de la aplicación de las sanciones por infracción al *Copyright*. Las medidas de protección surgen para controlar el acceso de ciertas obras y prevenir el copiado de las mismas sin autorización.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, Act N° 110 de 2000 (Australia).

¹⁷⁵ Directiva 2001/29/CE. Art. 6.1.

¹⁷⁶ BECHTOLD, Stefan. "Digital Rights Management in the United States and Europe". 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004).

¹⁷⁷ LITMAN, Jessica. "Digital copyright: protecting intellectual property on the Internet". Amherst, N.Y. : Prometheus Books, 2001.

Lunney considera que cuando las compañías comenzaron a introducir controles tecnológicos (en la mitad de la década de los 80) se enfrentaron a una serie de dificultades, primero rápidamente se descubrieron las llaves de acceso, estas llaves eran baratas y de fácil adquisición, lo que permitió copiar las obras que las contenían; cuando como respuesta generaron encriptaciones más complicadas se desarrollaron sistemas de descifrado más avanzados y otros medios para derrotar la protección,¹⁷⁸ lo que generó una especie de guerra digital.

Los titulares de los derechos ante la imposibilidad de evitar las violaciones a sus medidas, optaron por medios políticos y legales para detenerlas, es así como el Congreso emite inicialmente la *Audio Home Recording Act* en 1992, AHRA, la que incluía la adopción de limitadas medidas tecnológicas aplicables a dispositivos de grabación de audio digital, sin embargo no tuvo el éxito esperado, por lo que a raíz de la suscripción de Estados Unidos de los Tratados de la OMPI de 1996 se emite la *Digital Millennium Copyright Act*, DMCA,¹⁷⁹ en la que se expandió la protección de las medidas tecnológicas a cualquier forma de almacenamiento digital.

En Estados Unidos, el DMCA, añadió un nuevo capítulo al título 17 del Código de Estados Unidos, y entre otras cosas, prohíbe eludir las tecnologías de control de acceso empleadas por los titulares del Derecho de Autor para proteger sus obras. Concretamente, el artículo 1201 establece con todo detalle:

¹⁷⁸ LUNNEY, Glynn S. "The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813 (2001).

¹⁷⁹ Comenta Garza Barbosa que "Se ha establecido que esta protección legal a los mecanismos de protección tecnológica, son producto del cabildeo de titulares de Derecho de Autor de los Estados Unidos, quienes al no tener el soporte interno en su país para lograr que se emitiera el Digital Millennium Copyright Act, acudieron a la arena internacional, en donde obtuvieron lo que buscaban y que el DMCA, que es la implementación de estas obligaciones internacionales por parte del Congreso Norteamericano, sobrepasa por mucho las obligaciones dictadas por el tratado internacional". GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?". Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 12, abril de 2005. p. 273.

Ninguna persona eludirá una medida tecnológica que controle efectivamente el acceso a una obra protegida en virtud del presente título.

El artículo 1201(a) del *Copyright Act* de Estados Unidos prohíbe eludir toda medida tecnológica que proteja el acceso a una obra declarando ilícitos dos tipos de comportamientos: el acto de elusión en sí y el negocio o tráfico ilícito de medios para eludir la tecnología.

Esta disposición ha suscitado numerosas críticas ya que se considera que crea un nuevo “derecho de acceso” de las obras en favor de los propietarios de derechos,¹⁸⁰ ya que cada acceso a una obra digital está sometido a las condiciones impuestas por el titular del derecho. Además, el artículo 1201(b) de la Ley prohíbe las actividades preparatorias para eludir una medida tecnológica que protege el uso de una obra.

Antes de la DMCA en el caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*,¹⁸¹ comentado anteriormente, se consideró que habría infracción por la distribución de mecanismos para la reproducción de obras protegidas, cuando el dispositivo no era apto para un uso que implicara infracción, por lo mismo era cada vez más difícil probarla para los titulares; Lunney¹⁸² indica como ejemplo de lo complejo del asunto el hecho que de aplicarse el estándar *Sony Corp.*, en un caso donde se intente detener la distribución de una clave de descifrado, las cortes probablemente determinarían que no hay una infracción, sin embargo bajo la sección 1201(a)(2), la producción o distribución de una clave de descifrado puede violar la DMCA.

Las medidas propuestas por la DMCA tienen dos dimensiones: primero distingue entre medidas de protección tecnológica como los controles de acceso y las medidas de protección de los derechos de los titulares, llamados controles de uso; segundo, distingue entre las actuales medidas de protección

¹⁸⁰ WERRA, J. de. “The legal system of technological protection measures under the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other national laws (Japan, Australia)”, RIDA 2001/189, p. 104.

¹⁸¹ SONY CORP. V. UNIVERSAL CITY. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax)

¹⁸² LUNNEY. *op. cit.*

y las actividades preparatorias, en particular la producción y distribución de las herramientas que se usan para eludir dichas medidas.¹⁸³ La primera prohibición, contemplada en la sección 1201(a)(1), prohíbe el acto consistente en la elusión de una medida tecnológica de protección usada por el titular de derechos de autor para controlar el acceso a sus obras (control de acceso). Así, por ejemplo, esta disposición hace ilegal vulnerar los sistemas de encriptado usados en los DVD. De usarse un programa para descryptar un DVD, con propósitos educativos, bajo las premisas del *fair use* no habría infracción, sin embargo bajo las estipulaciones de la DMCA descryptar el DVD viola las medidas de protección y por lo tanto no aplica el *fair use*.¹⁸⁴

Con relación a este punto puede citarse el caso *Universal City Studios v. Reimerdes*,¹⁸⁵ en el cual ocho grandes estudios cinematográficos entablaron una acción judicial contra operadores de páginas *Web* por haber incitado a la copia y haber puesto a disposición del público un programa informático llamado DeCSS. Este programa contiene la clave que permite desbloquear el sistema de encriptado CSS¹⁸⁶ que protege los DVD contra la copia y contra su lectura en aparatos no autorizados. Los jueces consideraron que el sistema DeCSS permitía controlar efectivamente el acceso a las obras mediante lectura en un DVD y que era un sistema de elusión del CSS creado esencialmente para este fin. En su defensa, el operador de la página *Web* invocó el *fair use*, pero el Tribunal desestimó la alegación, aduciendo que el *fair use* no se aplicaba a una acción fundada en la DMCA. Finalmente, el Tribunal se pronunció a favor de los demandantes. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, en noviembre de 2001, para éste el código de un programa informático es susceptible de protección en concepto de la libertad de expresión (Primera Enmienda de la Constitución), pero prevalece la DMCA por ser una restricción legítima de esa libertad.

¹⁸³ BECHTOLD. *op. cit.*

¹⁸⁴ BOHANNAN, Christina. "Reclaiming Copyright". 23 *Cardozo Arts & Ent LJ* 567 (2006).

¹⁸⁵ UNIVERSAL CITY STUDIOS INC V. REIMERDERS. 111 F.Supp.2d 294 (SD NY 2000).

¹⁸⁶ Sistema de encriptado de DVD llamado CSS que solo permiten la lectura del DVD en aparatos la tecnología que reconozca sus licencias que permiten ver pero no copiar las películas.

La segunda, secciones 1201(a)(2) y 1201(b), declara ilícita la manufactura, venta, distribución o tráfico de mecanismos y tecnologías que hacen posible la elusión. Estas disposiciones prohíben tanto las tecnologías que vulneran el control de acceso, como también las tecnologías que vulneran las restricciones impuestas por los titulares del Derecho de Autor, tal como controles de copiado.

En la sentencia del caso *RealNetworks v. Streambox Inc*¹⁸⁷ se reafirman estos criterios. *Real Networks* creó un sistema que permitía a los derechohabientes de obras musicales codificar sus obras y comunicarlas a través del servidor *Real Server*. Para acceder a estas obras, los usuarios tenían que recurrir al software *Real Player*, a sabiendas que el servidor sólo permitía la lectura de los archivos a los clientes exclusivos de este software. *Stream Box* elaboró el *Stream Box VCR* que induce a error el *Real Server* y sustituye el *Real Player* consiguiendo, de este modo, que el servidor le comunique las obras; además, el *Stream Box VCR*, contrariamente al *Real Player*, permite que los usuarios hagan copias de las obras, incluso cuando los titulares de los derechos se oponen a las mismas. El demandante invocó la violación de la legislación sobre el *Copyright* por parte de *Stream Box*. Para el Tribunal, el *Stream Box VCR* es un sistema de elusión de las medidas de protección puestas a punto por *Real Networks*, creado exclusivamente con este fin, ya que el dispositivo no tiene ninguna otra finalidad comercial significativa.

Las implicaciones de esta ley llevaron una modificación del sección 108(c) de la *Copyright Act*, de esta forma se permite a las bibliotecas la realización de copias de una obra cuando para sustituir obras dañadas, en vías de deterioro, que han sido robadas, o si el formato en que está guardada la obra se ha vuelto obsoleto,¹⁸⁸ siempre que se haya realizado un esfuerzo razonable para reponer al obra sin que sea posible hacerlo a un precio justo; y que

¹⁸⁷ REALNETWORKS, INC. V. STREAMBOX, INC., 2000 WL 127311 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000).

¹⁸⁸ La Ley define el "formato obsoleto" como el que requiere una máquina o dispositivo para hacer perceptible una obra conservada en un formato que ya no se fabrica o no puede obtenerse a un precio razonable en el mercado del lugar.

dicha copia o grabación sonora reproducida en formato digital no se ponga a disposición del público fuera de los locales de la biblioteca o archivo a los que incumbe la posesión legítima de dicha copia.¹⁸⁹

El artículo 1201(c)(1) dispone que “nada en el presente artículo afectará a los derechos, recursos, limitaciones, o defensas contra la infracción del Derecho de Autor, incluido el *fair use*, dentro de este título”, sin embargo no es aplicable a la elusión de una medida tecnológica de protección del acceso a una obra, dado que el acceso no es un derecho protegido en el marco del *Copyright Act*.

Con relación a las posibles excepciones la DMCA¹⁹⁰ autoriza al Bibliotecario del Congreso¹⁹¹ a determinar de manera precisa las obras exentas de aplicación de la sección 1201(a)(1)(A) sobre las medidas de elusión, inicialmente se han exceptuado dos clases de obras, las compilaciones consistentes en sitios Web bloqueadas por programas con aplicaciones de filtrado, y obras literarias que han sido protegidas mediante mecanismos de control que fallan al permitir el acceso por mal funcionamiento, daño o porque se han vuelto obsoletos.¹⁹²

Ante la capacidad cada vez más latente de hacer copias perfectas y económicas, la DMCA, busca sustituir las demandas por infracción individuales que presupone el *Copyright* por una cerradura tecnológica eficaz contra todos los posibles infractores;¹⁹³ lleva sus restricciones más allá de las encriptaciones y cerraduras tecnológicas adoptadas por los titulares, ya que prohíbe importar o distribuir tecnología para descifrar que pueda servir para eludir una medida de protección.

¹⁸⁹ GUIBAULT, Lucie. “Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital”. *op. cit.* p. 30.

¹⁹⁰ SAPP, Heather A. “Garage door openers and toner cartridges: why congress should revisit the anti-circumvention provisions of the DMCA”. 3 *Buff. Intell. Prop. L.J.* 135 (2006).

¹⁹¹ La cabeza de la Biblioteca del Congreso.

¹⁹² LUNNEY, Glynn S. “The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act”. 87 *Va. L. Rev.* 813 (2001).

¹⁹³ *Idem.*

Lunney considera que la DMCA confiere a los titulares del Derecho de Autor la misma combinación de control legal y tecnológico para distribuir sus obras de la que gozaba la *Stationers' Company* hace más de trescientos años.¹⁹⁴

Los efectos de la aplicación de medidas tecnológicas aun y cuando son optativas para los Estados parte de los Tratados de la OMPI de 1996, el hecho que se apliquen en Estados Unidos y la Unión Europea vuelve compleja la situación para países como los latinoamericanos, que no han implementado estas medidas, ya que al aplicarse a medios digitales incluyen el Internet, de esta forma aun cuando las legislaciones internas no contemplen disposiciones de esta naturaleza deben considerarse ya que por ejemplo Estados Unidos puede ejercer jurisdicción para acciones ocurridas fuera de su territorio de comprobarse la existencia de contactos mínimos en ese país, sumado a la influencia comercial y política que este país ejerce ante sus socios comerciales.

IV. LOS RETOS DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Se ha visto como las diferencias entre *Copyright* y Derecho de Autor perfiladas desde concepciones filosóficas opuestas han creado dos sistemas jurídicos de protección, que aún y cuando se enfocan en objetivos comunes, difieren en procedimientos y aplicación de las normas que contienen.

Quizá lo más complicado de la aplicación de ambos sistemas sea que en un mundo cada vez más globalizado y digital los ciudadanos entran en contacto con regulaciones, que en principio no les serían aplicables, de haber hecho un uso exclusivo en su país.

¹⁹⁴ LUNNEY. *op. cit.* "La Stationers' Company controlaba la copia no autorizada de las obras publicadas a través de la posesión exclusiva de las imprentas, ya que la ley inglesa prohibía a cualquier otro operarlas; la historia parece repetirse con las llamadas medidas contra la elusión (anti-circumvention provisions), la única diferencia se encuentra en la forma antes se controlaba a las imprentas y la tecnología que en eso entonces aplicaban, hoy en cambio se busca controlar la tecnología de descifrado, prohibiendo a otros su uso".

A. EL PAPEL QUE JUEGA LA REGULACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR, FRENTE A LA REGULACIÓN DOMÉSTICA

Hay tres cuerpos normativos básicos que regulan las limitantes permitidas al Derecho de Autor, el Convenio de Berna, el ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que como se mencionó anteriormente fijan los criterios para que cada Estado establezca las excepciones que conforme a lo dispuesto y su sistema jurídico se adapten a su realidad.

Los avances tecnológicos marcan pautas cada día, se vuelven obsoletos, avanzan en el desarrollo y exigen de la legislación flexibilidad para adaptarse a sus cambios o que se adapten a estos, este es quizá el mayor reto, responder a la realidad de la sociedad y mantenerse fiel a la finalidad de la protección.

Por un lado el Convenio de Berna, el más importante cuerpo normativo del Derecho de Autor, tuvo su última modificación en 1976, antes de la revolución del mundo digital o de que se proyectara la importancia del Internet en el devenir diario de la sociedad; además el contener regulaciones sobre derechos morales limitó su aplicación, al punto que ni los Estados Unidos, ni el ADPIC incluyen el artículo 6 *bis*. El ADPIC por su parte se enmarca en la regulación de la apertura comercial de los Estados al amparo de la OMC, por lo que presenta la más grande ventaja comparativa en relación al resto de Acuerdos en materia de Propiedad Intelectual, la incorporación de un procedimiento de solución de diferencias obligatorio para los Estados; en tercer lugar se encuentra el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que es el parte agua a la regulación de las medidas tecnológica de protección a las obras digitales.

En los tres acuerdos internacionales se establece la prueba de las tres etapas, que es en esencia el más importante parámetro para fijar las excepciones, este es de obligatorio cumplimiento, sin embargo, la aceptación mundial de la prueba de las tres etapas no garantiza uniformidad alguna en su interpretación por los diversos tribunales y legisladores nacionales, ya que la determinación de las mismas obedece a las necesidades y prioridades de cada Estado, lo que genera un enorme problema en el mundo digital, el acceso a la información

puede realizarse en cualquier punto del globo, indistintamente de donde se haya publicado la obra o de la nacionalidad del autor o titular de la misma, esto implica que no puede actuarse al amparo de una excepción que puede no existir en los restantes países, desde donde la obra podría ser accedida.

Otro aspecto a considerar es la existencia de sistemas de excepciones abiertos o cerrados, qué tan efectivo puede considerarse uno frente al otro,¹⁹⁵ para quienes consideran que los casos especiales deben de determinarse de manera en atención a que la regla siempre ha de ser la existencia de un derecho exclusivo; por otra parte para quienes no puede determinarse el daño ocasionado sino en el estudio de cada caso, son los sistemas abiertos lo que mejor solución dan al problema. La solución no depende de la imposición de un sistema sobre otro, sino en un adecuado balance de intereses para beneficio tanto de la sociedad como del autor o del titular de los derechos patrimoniales.

No hay un sistema totalmente cerrado, no sólo en cuanto al texto de sus leyes, que en algunos casos puede ser mixto, por ejemplo México además de la delimitación puntual en ciertos casos, abre la consideración para los casos de interés público, lo que da un arma de análisis adicional a los jueces a la hora de evaluar un caso en particular; la Unión Europea, es quizá un ejemplo de lo complejo de la armonización de varios sistemas jurídicos, por lo que además de delimitar los casos puntuales retoma de manera directa las tres etapas; Estados Unidos, que aun cuando basa su sistema de excepciones en el *fair use*, también establece casos puntuales de excepción en el resto de secciones de su *Copyright Act*, como por ejemplo los usos que permite a las bibliotecas, en la educación a distancia o en el caso de copias privadas, de manera que la solución admitida en los casos que se planteen ante los tribunales debe partir de si la ley reconoce o no la excepción y luego proceder a determinar si ese uso es justo o no.

Además no debe olvidarse que al suscribir el Convenio de Berna, el ADPIC y los Tratados de la OMPI se incorporan los mismos a la legislación nacional,

¹⁹⁵ DUSOLLIER, Séverine, et al. "Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico". Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007) p. 10.

y para el caso de los países que no requieren actos posteriores como el desarrollo de leyes que vuelvan ejecutable un tratado internacional, estos entran a formar parte integrante de sus sistemas jurídicos como cualquier otra norma, y por lo mismo deben ser considerados sus criterios en la solución de los casos concretos, es decir que aunque la ley de Derecho de Autor de que se trate incorpore de manera taxativa las excepciones, los tratados en comento establecen de manera obligatoria que esas excepciones se apliquen a la luz de las tres etapas, mismas que debería considerarse al momento de la aplicación de la ley por parte de los jueces nacionales; además como se vio, en el caso presentado contra los Estados Unidos ante la OMC, sin importar la manera en la que la ley nacional regula las excepciones, estas siempre han de obedecer a los criterios de las tres etapas.

Por lo mismo las leyes nacionales tienen la obligación de establecer las limitantes propias a su sistema jurídico, manteniendo un equilibrio entre, la retribución del autor como titular originario del Derecho de Autor, la protección de las inversiones realizadas y defender el interés público.

Los retos que afronta el Derecho de Autor no son sólo hacer efectiva las medidas legales de las que se vale, sino adecuar las mismas a las exigencias tecnológicas; se llegó a un punto que no hay persuasión para evitar la infracción de los derechos, ni las amenazas penales, ni las continuas demandas que se presentan en contra de los infractores logran detener la oleada de accesos permitidos y no permitidos en una obra.

Ante lo variado de las infracciones a los derechos, lo complicado del control de la aplicación adecuada de las excepciones reconocidas, lo diverso de las regulaciones existentes y lo complejo de su aplicación en la red digital se ha hablado incluso de la celebración de un nuevo Acuerdo Internacional que armonice y delimite nuevas regulaciones; este planteamiento es sumamente complicado de llevarse a la práctica, basta ver las discusiones internas en al Unión Europea, por la convergencia de sistemas de Derecho de Autor y de *Copyright*, pese a que las similitudes son más amplias que las que pueda presentar un país africano y uno europeo, las diferentes concepciones en las legislaciones nacionales dificultan la aplicación de las Directivas en la materia,

principalmente cuando esta regulación implica adicionalmente protección a la libre competencia en la Unión. La negociación de Berna, se ha sometido a un sin fin de modificaciones a partir de las agendas de los Estados, y aún así fue preciso limitar su alcance y requerir su cumplimiento de manera obligatoria en el ADPIC para que fuera ratificado por la casi totalidad de países en el mundo,¹⁹⁶ por qué iba a ser diferente con un nuevo tratado.

Los Acuerdos Internacionales fijan los principios sobre los cuales los Estados deben establecer sus regulaciones, no son dinámicos, las leyes nacionales en cambio pueden serlo, y aunque no es deseable un sistema en constante cambio, si lo es uno que, no sea tan cerrado que no se adecue a las necesidades de un mundo globalizado, lo que tampoco implica que deba adaptarse a las necesidades de otro Estado, sino a las de su sociedad, de sus autores, que están en contacto directo y diario con el resto de sociedades, por lo mismo las leyes no deben ser tan cerradas que a la larga sean poco prácticas.

Dice Dinwoodie,¹⁹⁷ que el problema es que los acuerdos sólo codifican los estándares nacionales, carecen de medios efectivos de para hacer cumplir sus preceptos, y aunque el ADPIC incluye la Solución de Controversias de la OMC, el comercio internacional no es el medio más idóneo para la regulación del Derecho de Autor. Sin embargo, ante la ausencia de otro modelo es bien visto por aquellos Estados que ven en la imposición de sanciones comerciales un medio para obligar al cumplimiento. La solución para el caso del uso doméstico y empresarial de fonogramas resuelta en 2000 es un buen paso para la nueva era del Derecho de Autor, ya que el análisis del caso se hizo a partir de criterios netamente de propiedad intelectual.

¹⁹⁶ ADPIC. Art. 9.1 “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”.

¹⁹⁷ DINWOODIE, Graeme B. “The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law”. 62 Ohio St. L.J. 733 (2001).

Otro aspecto que destaca el mismo autor es que la variabilidad de normas en cada país obedece a que los acuerdos internacionales fijan estándares mínimos, lo que a la luz del de la soberanía de cada Estado implica que cada uno crea sus normas lo que relaja o endurece la protección.

El problema de leyes que no se adaptan, es que las interpretaciones a las mismas tienen mayor posibilidad de tergiversación, además de la posibilidad de ignorar uno o varios aspectos que si bien no caben en la primera apreciación, no dejan de ser aplicables.

La OMPI, no asumió el papel que le correspondía, por lo que muchos consideran que llegó la hora de crear un nuevo organismo, otros creen que es necesario solamente el reforzamiento de sus acciones y poder, a este punto veo dos problemas, primero crear un nuevo organismo en las condiciones actuales, terminaría enfrentando a los sistemas del Derecho de Autor y del *Copyright*, los países en vías de desarrollo cada día pierden voz y adoptarían lo que sus socios comerciales digan que deben adoptar; en cuanto a reforzarlo, depende de cada Estado y probablemente el menos interesado sería Estados Unidos.

El principal problema sería la armonización de los sistemas, en los aspectos que no están regulados o que admiten regulaciones distintas, como las excepciones al derecho exclusivo del autor, de tan variado reconocimiento.

Considero por lo mismo que debe favorecerse el litigio privado para la solución de controversias, incluso que las cortes estadounidenses apliquen normas internacionales, no sólo las nacionales; hasta este punto la solución sigue siendo parcial, y el problema es global, más allá de la reticencia de los jueces y políticos estadounidenses de aplicar sobre sus leyes, normas internacionales, sobre todo de textos completos que incluyan normas que no incluye su ordenamiento, como el caso de los derechos morales. Los cambios propuestos parten de las exigencias europeas, y de la misma OMPI que ha variado su estructura en los últimos años

Creo más bien, que lo que debe buscarse es la creación de mecanismos que eviten llegar al litigio, es decir que el uso de las obras no se limite a tal grado que cualquier uso se convierta en un infracción cuya única solución sea dada por un juez.

Quizá el reto más grande en este punto es la autodeterminación y el uso de la soberanía nacional en aras a determinar los alcances que las políticas internas sobre Derecho de Autor y por ende sus límites o excepciones.

B. EL PAPEL DE LAS EXCEPCIONES EN EL ENTORNO DIGITAL

El Internet es un reto para el Derecho de Autor, la facilidad de acceso no diferencia entre obras protegidas y no protegidas, muchos usuarios ni siquiera reparan en que podrían estar infringiendo un derecho exclusivo, ya que todo parece al alcance de un *clic*.

La copia digital es quizá el más grande dolor de cabeza para los titulares de los derechos por la facilidad de copia, capacidad de almacenamiento, calidad de la reproducción, multiplicación de los soportes (MP3, avi, entre otros);¹⁹⁸ además, como se mencionaba no hay ningún cuerpo normativo internacional que regule este aspecto, ni los de la OMPI de 1996, que son los más recientes. Son las regulaciones nacionales las que deben dar respuestas, la Unión Europea, por su parte ya contempla la posible retribución por copia privada digital, pero esto también presenta múltiples complejidades (¿cuánto tiempo, a quién, de qué manera, cómo, a qué tipo de soportes, qué porcentaje, cómo se distribuiría?); por lo mismo se autoriza a los titulares de los derechos a recurrir a medios técnicos operativos, fiables y eficaces para proteger sus intereses, lo que se traduce en la autorización de dispositivos anti copia (medidas tecnológicas de protección), ante esto cabe preguntarse si los propios dispositivos de control deben estar protegidos, los Tratados de la OMPI de 1996 lo permiten, es algo así como que el Derecho de Autor necesitaba medidas técnicas para fortalecer su eficacia y protección, y estas medidas resultaron tan violables como los derechos que protegían, así que necesitaron que el derecho las protegiera de las infracciones de las que son objeto.

Cuando se habla de las múltiples infracciones, también se habla de las excepciones y su aplicación, ya que suelen ser un escudo para el uso de

¹⁹⁸ BESEK, June M. "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts". 27 Colum. J.L. & Arts 385 (2004).

obras protegidas; la copia privada es quizá en este medio lo más complejo, porque si bien es cierto se cuentan con mecanismos para evitarla, se debate si estos mecanismos no son a la larga límites al ejercicio de las excepciones y al interés público.

Son muchas las inquietudes alrededor de este tema, no sólo por la eficacia de los mismos, que siempre es puesta a prueba con medidas para lograr el acceso, sino también si realmente puede hablarse de criterios únicos y aplicaciones universales, sobre todo considerando que hay muchos países que no las regulan; además puede o no imponerse, ya que se mezclan otros factores no sólo de propiedad intelectual sino de libre competencia, de regulaciones del mercado libertades individuales. Suponiendo que todo se lograra, qué pasa con el material que no está protegido, con las creaciones personales, con quienes no buscan retribuciones o reconocimiento de derechos exclusivos, más aún qué pasa con los usuarios, principalmente cuando se restringe el acceso a la cultura y a la información, pues de sobra se sabe que estas medidas restringen el acceso a las obras.

Algunos autores consideran que debe hacerse un regreso a las teorías utilitaristas en que se fundamenta el *Copyright*, para hacer una reevaluación de los alcances que han de aplicarse a las excepciones, en el caso de Estados Unidos a partir del *fair use*. El Derecho de Autor busca desarrollar el conocimiento, proteger la esencia del autor en su obra y facilitar el acceso a las mismas para que se creen nuevas obras a partir de estas; en este punto debería hacerse una reevaluación integral de las legislaciones domésticas; como se mencionó anteriormente es muy complicado celebrar un nuevo acuerdo, poner a los actores de acuerdo,¹⁹⁹ conseguir las ratificaciones, sin mencionar la puesta en práctica; sin embargo nos encontramos ante el surgimiento de una nueva generación de excepciones cuya aplicación depende de interpretaciones que en los casos de sistemas cerrados ni siquiera podrían realizarse.

¹⁹⁹ CASTILLO, Tara E. "Conflicting Beafs: Proposing the Adoption of an Additional Obligation Within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement". 7 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 31 (2006).

Ante la dificultad de suscribir un nuevo acuerdo internacional y lo complejo de remodelar a la OMPI, por el perfil medio bajo que ha sostenido estos años podría crearse una ley marco sobre excepciones al Derecho de Autor que contenga estándares uniformes de interpretación, y regulaciones potenciales a las excepciones, para lo cual podría crearse un oficina no internacional cuya función sea la de llevar control de las excepciones propuestas y aplicadas por los Estados, que tenga participación gubernamental, civil y de la empresa privada, para que se generen diálogos y discusiones constructivas, se cuente con una base de datos en la materia conteniendo sentencias, procesos judiciales de otra naturaleza pero vinculada, procedimientos administrativos; que facilite capacitaciones a los Estados miembros o sociedades y civiles participantes, que sirva de enlace con la OMC y la OMPI cuando se trate de regulaciones propias de excepción.

Aún falta mucho, reconocer las diferentes infracciones es el primer paso, acceder a información veraz es el siguiente, sin embargo queda claro que se debe hacer una reestructuración mundial de las excepciones, pues como ha quedado demostrado las fronteras han sido prácticamente eliminadas con el Internet y las redes digitales y los sistemas demasiado cerrados como los latinoamericanos no compiten con los desarrollados, ahora bien, no se pretende tener las mismas regulaciones que estos, pero si dejar en claro los alcances de la ley y sus excepciones.

C. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS FRENTE A LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Aquello que inicialmente parecía ser un paso inocente para asegurar la protección del derecho de autor en un entorno digital, está demostrando ser todo un reto, se considera que se ha creado un nuevo derecho, el derecho de acceso a las obras amparado por las medidas tecnológicas que permite al autor controlar no sólo la explotación, sino el uso de las obras.

Las medidas tecnológicas pueden controlar el acceso a las obras o bien la utilización de las mismas. La DMCA protege las medidas que controlan el

acceso a las obras contra los actos que buscan evadirlas, esto es lo que genera problemas frente a las excepciones, porque al restringir el acceso a las obras, reduce las posibilidades de uso reconocidas como contrapartida al monopolio del autor, al maximizar los intereses privados.²⁰⁰

El derecho de acceso permite que el titular, una vez divulgada la obra, pueda condicionar el acceso a su acuerdo. Es decir que la obra es objeto de una comunicación al público, pero no puede acceder a ella todo aquel que lo desee,²⁰¹ por lo mismo se considera que crea una desigualdad entre usuarios, puesto que lo que era posible para un usuario en el entorno analógico, ya no lo es en el digital. En efecto, una persona que compra un libro puede consultarlo sin límites, releerlo tantas veces como quiera, mientras que la persona que adquiere los derechos de consulta de una obra por medio de una transmisión digital, puede tener limitado el número de consultas de la obra, encontrarse frente a la prohibición de hacer copias de la misma, o no poder consultarla más que a partir de un único aparato receptor. Las nuevas tecnologías extienden de manera considerable, el monopolio del titular del derecho: con ellas, el acceso a la obra está supeditado a la voluntad del titular. Las excepciones al Derecho de Autor están limitadas, no así las medidas tecnológicas, por lo que se aplican indistintamente, según los intereses del titular.²⁰²

En el caso *United States v. Elcom, Ltd*²⁰³ el Tribunal señaló que la DMCA no elimina la excepción por uso leal, aunque determinadas utilizaciones que corresponden a esta excepción puedan resultar más difíciles, el uso leal no ha

²⁰⁰ LUNNEY, Glynn S. "The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813. 2001.

²⁰¹ LEPAGE, Ann. "Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital". UNESCO. e-Boletín de derecho de autor, enero - marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007).

²⁰² BECHTOLD, Stefan. "Digital Rights Management in the United States and Europe". 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004).

²⁰³ UNITED STATES V. ELCOM, LTD. 203 F. Supp. 2d 1111 (2002).

sido prohibido. Los propietarios legítimos de obras protegidas pueden seguir realizando todas las utilidades libres autorizadas por la ley. Está claro que es posible que esas utilidades se hayan hecho más difíciles de realizar en el caso de obras protegidas por medidas técnicas, pero las utilidades libres propiamente dichas no han sido eliminadas ni prohibidas. Por ejemplo, nada en el DMCA impide a alguien citar un fragmento sacado de una obra o confrontar textos con fines de estudio o de crítica. Se alega que, desde un punto de vista técnico, sería más difícil hacerlo, habría que citar a mano o copiando el texto, en lugar de copiar y pegar el fragmento a partir del soporte digital. Debe ponerse en duda, pese a lo que recoge la jurisprudencia este uso, pues no puede usarse una obra protegida por una medida para su evaluación, tampoco puede hacerse una copia privada, que es válida como excepción, además si se trata de un software no puede pretenderse que se haga una copia manual del mismo; no debe olvidarse que los usos que se les da a las obras depende de la naturaleza de las mismas.

Además en jurisprudencia comentada se determinó que aun cuando fuera aplicable el *fair use* en virtud del *Copyright Act*, no es aplicable a casos en los que se demande la aplicación del DMCA, es decir que en colisión de derechos, en Estados Unidos ha de aplicarse lo más favorable a las medidas tecnológicas de protección, en consecuencia lo que se admitiría serían las excepciones previstas para la utilización de las medidas no al Derecho de Autor en si mismo.

Imfeld sostiene que el DMCA reduce la protección por *fair use* bajo el *Copyright Act* y obstaculiza la misión de la constitución de “promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles”,²⁰⁴ ya que se ha reconocido el *fair use* como una manera de evitar que los titulares del derecho gocen de un monopolio completo de sus trabajos.

Sostiene la autora que bajo las condiciones del DMCA, la balanza se inclina a favor de los titulares de los derechos, porque falla al no reconocer la importancia de la necesidad del público a acceder a las obras, y en muchos

²⁰⁴ IMFELD, Cassandra. “Playing Fair with Fair Use The Digital Millennium Copyright Acts Impact on Encryption”. 8 Comm. L. & Pol’y 111 (2003).

casos a partir de estas crear nuevas, va más allá al considerar que el Congreso estadounidense debe de incluir la protección correspondiente *fair use*, punto muy difícil de lograr, por el peso de las grandes compañías titulares de Derechos de Autor.

Por lo anterior puede considerarse que se está en presencia no de regulación del Derecho de Autor o del *Copyright*, sino de una regulación diferente, de otro tipo de derecho si se quiere, que se vincula al Derecho de Autor en tanto que busca proteger medidas de protección a las obras, sin embargo si se considera que es indistinto que obra se esté protegiendo o si en verdad es una obra, ya que lo importante es la medida de protección y por lo mismo no reconoce las excepciones propias al Derecho de Autor.

Las críticas aumentan con casos en los cuales las demandas amparadas por la DMCA parecen más bien medios de combatir la competencia, *Sony* ha sostenido batallas legales para impedir que sus juegos sean utilizados fuera de sus consolas,²⁰⁵ *Lexmark*²⁰⁶ demandó la utilización de sus chips por distribuidores de cartuchos reciclados que ofrecen sus productos a los consumidores a precios más bajos alegando que era una tecnología que evadía ciertas rutinas de autenticación entre los cartuchos e impresoras *Lexmark*.

Se considera que se está en presencia de un reforzamiento del monopolio que pretendió limitarse,²⁰⁷ los titulares parecen romper el equilibrio que el legislador ha deseado introducir al regular el monopolio, esto está generando todo tipo de reacciones, crea además un discurso contrario al derecho

²⁰⁵ *SONY COMPUTER ENTERTAINMENT AMERICA, INC. V. CONNECTIX CORPORATION* 203 F.3d 596 (2000). En 1999, Sony demandó a Connectix Corporation, el fabricante de Virtual Game Station, un programa emulador que permitía que los juegos de Sony Playstation fuesen jugados en un computador Apple Macintosh. Sony demandó también a Bleem, el líder de ventas del software emulador de Playstation para Windows PCs, en estos casos el Noveno Circuito determinó que la ingeniería inversa empleada para tal efecto se enmarcaba dentro del *fair use* y por lo mismo era legítima.

²⁰⁶ *LEXMARK INT'L, INC. V. STATIC CONTROL COMPONENTS, INC.* 387 F.3d 522 (2005).

²⁰⁷ MADISON, Michael J. "Rewriting fair use and the future of copyright reform". 23 *Cardozo Arts & Ent LJ* 391 (2005).

exclusivo o bien un rechazo total de los derechos de autor y derechos conexos, basta con ver como se pronuncian no sólo los usuarios, sino los estudiosos del tema, sobre todo cuando se afecta incluso obras que ya son parte del dominio público.

Sin embargo el disfrute de algunas excepciones debe garantizarse en todos los casos, como las que garantizan la libertad de expresión o la libertad de prensa. Ahora bien, para otras excepciones, los dispositivos de protección deberían poder limitar su disfrute en atención, de nuevo, a la prueba de las tres etapas. En este sentido, es coherente limitar el número de copias que el usuario puede realizar para un uso privado, y también lo es que el usuario pueda realizar los actos necesarios para el disfrute del bien digital adquirido.

Considero que de incluirse las excepciones al Derecho de Autor como medio válido de acceso a las mismas la lucha contra las medidas podría menguar, es decir que se debe admitir el uso del derecho de copia y el acceso para consulta del documento, al menos mantener el espíritu de los Tratado de la OMPI, que aún cuando reconocen la necesidad de evitar que se vulneren medidas válidas, también establece el respeto a las regulaciones del Convenio de Berna, lo que implica que las medidas de protección son válidas, igual que esas acciones tendientes a acceder a la obra, siempre que se justifique en una excepción legítima.

Los retos del Derecho de Autor de autor son cada vez mayores, las excepciones al mismo juegan un papel trascendental al ser el justo equilibrio con los intereses de la sociedad, por lo mismo las soluciones parecen complicadas, pues la Propiedad Intelectual tiene cada vez mayor trascendencia económica; pero no debe considerársele una simple mercancía ni por los usuarios ni por los titulares.

Se habla incluso de lo utópico que resulta conciliar intereses privados con intereses públicos.²⁰⁸ Lo importante es que indistintamente de las regulaciones que se apliquen debe considerarse siempre la finalidad de las excepciones, los intereses de los autores, y la necesidad de difundir la cultura; no hay una

²⁰⁸ LACEY, Linda J. "Of Bread and Roses and Copyrights". 1989 Duke L.J. 1532. (1989).

solución a la vuelta de la esquina, y aun cuando no puede negarse el derecho del titular de buscar que sus derechos sobre una obra no sean infringidos constantemente, tampoco puede concederse irrestrictamente el derecho a la misma, de lo contrario podría generarse una verdadera crisis jurídica, pues como ha quedado demostrado a lo largo de estos años, es más lento el proceso de protección que el desarrollo de medios para vulnerarlos, y ese círculo vicioso podría no tener fin e incorporar a la vez más y más restricciones que lejos de evitar que sólo los usuario infractores la accedan, podría implicar que los usuario que no violan sus derechos opten por otras obras cuyo acceso no sólo es irrestricto sino que incluso le permite incorporar cambios según sus necesidades.

V. CONCLUSIONES

El Derecho de Autor y el *Copyright* son dos sistemas normativos que tienen una finalidad similar, la protección del autor, con elementos comunes y diferenciales, por un lado el Derecho de Autor como manifestación de las teorías del derecho natural reconoce derechos inherentes al autor, los derechos morales, que no son reconocidos por el *Copyright*.

A partir de esta diferenciación surgen muchos contrastes, en cuanto al trato y a su regulación, lo que alcanza a las excepciones que reconocen al monopolio del autor sobre su obra.

Los Acuerdos Internacionales que regulan las excepciones, proveen criterios generales que dan pautas de regulación a los Estados para la incorporación de las excepciones en sus cuerpos legales; el Convenio de Berna, el ADPIC y el Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor reposa en una construcción en tres niveles: las excepciones necesarias; las excepciones admitidas (facultativas); y las excepciones indeterminadas pero posibles en la medida en que respeten la doctrina que se conoce como prueba en tres etapas.

Estos criterios se incluyen en las legislaciones domésticas, y sobre las mismas cabe concluir lo siguiente:

1. La idea general que comparten los diferentes sistemas es la de que si bien no cabe duda de que deben existir excepciones para permitir un equilibrio interno en esta materia, el principio fundamental continúa siendo el del derecho exclusivo.
2. Mientras el ámbito de las prerrogativas atribuidas al creador es abierto y debe considerarse en un sentido favorable a los autores, la lista de las excepciones que pueden invocar los usuarios es limitada y no puede interpretarse de manera de perjudicar los intereses de los creadores.
3. Casi todas las legislaciones nacionales prevén una serie de otras excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de reproducción y, en menor medida, a los derechos de distribución y de comunicación al público. Se trata sobre todo de diversas excepciones específicas, muy diferentes las unas de las otras, aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos o científicos y a las destinadas a las bibliotecas y archivos. Fuera de estos casos, numerosas legislaciones nacionales prevén varias otras excepciones que tienen una importancia económica mucho más limitada, al menos en el entorno tradicional. Consisten por ejemplo en la autorización de la reproducción de fragmentos cortos de obras relativas a: noticias de actualidad, crítica, utilización por personas minusválidas, seguridad pública y procedimientos administrativos o judiciales.

Estas excepciones han encontrado un reto en el medio digital, por lo complejo de cualquier posible regulación uniforme, es especial lo que concierne a la copia privada, cuya importancia se fundamenta en argumentos como:

- a. Resignación: este argumento se refiere a la utilización privada de una obra y se basa en que el Derecho de Autor se diluye porque de todas maneras no podría respetarse debido a la imposibilidad de penetrar en la esfera privada para controlar las utilizaciones eventuales.
- b. El autor debe tolerar los actos necesarios del usuario: se deriva de la introducción de los programas informáticos en relación con los derechos

de autor y que ha adquirido actualidad con la protección de las bases de datos o la circulación de obras en las redes. Resulta pues imposible generalizar este argumento que puede utilizarse exclusivamente en un análisis caso por caso, como lo prevén algunos sistemas.

- c. Ausencia de perjuicio económico: Se trata de los casos en que la copia privada ocasiona un perjuicio insignificante; ya sea porque su realización requiere mucho tiempo o porque sólo podría hacerse en un solo ejemplar.

Pese a las consideraciones tradicionales de la copia privada, en la era digital se ha visto limitada por la inclusión de medidas tecnológicas de protección tanto para el acceso de las obras como para su uso, estos medios son utilizados principalmente por los países desarrollados, Estados Unidos va a la cabeza con su DMCA, que prohíbe las medidas de elusión de la protección de acceso y la importación, fabricación, distribución y comercio de dispositivos que contengan los medios de elusión prohibidos.

La búsqueda de soluciones para estos problemas han generado un amplio debate por considerar algunos que son limitantes a las excepciones, que amplían el monopolio de los autores o titulares, que crean derechos que limitan el acceso, que al proteger las medidas tecnológicas se violentan derechos a favor de los usuarios como el de copia privada; por otra parte quienes están a favor de estas medidas sostienen que no se elimina el *fair use* (para el caso estadounidense), que es una medida de control, que los usos de las obras deben ser regulados en la medida que se pretenda evitar perjuicios a los titulares, que no puede exigirse al titular de un derecho que no busque los medios idóneos de protección.

La lista de argumentos es amplia y no necesariamente inválida en alguna de las posturas; sin embargo debe buscarse soluciones que sin crear límites absurdos que eviten la difusión del conocimiento, tampoco caigan en liberalismos que atenten contra los derechos legítimos de los titulares, como siempre debe hacerse un balance de intereses antes de prohibirlo todo o que se permita la vulneración de todos los derechos, lo que a la larga sería contraproducente para la economía y para la sociedad en general.

FUENTES

- **ABARZA, Jacqueline y Jorge Katz.** “Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC”. División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Red de Reestructuración y Competitividad. Disponible en <http://www.eclac.org> (consultado 7 de mayo de 2007).
- **ACUERDO SOBRE LAS DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE COPIAS DESTINADAS A LAS CLASES EN LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SIN FINES DE LUCRO.** House Committee Report on the 1976 Copyright Bill (House Committee on the Judiciary, House Report N° 94-1476 to accompany S. 22, 94th Cong., 2d Sess., 3 de septiembre de 1976.
- **ALFANO, Kenneth M.** “Copyright in exile: restoring the original parameters of exclusive reproduction”. 11 *J. Tech. L. & Pol’y* 215 (2006).
- **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.** “Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el entorno digital”. XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), conjuntamente con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay. Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005.
- **BARTOW, Ann.** “Educational fair use in Copyright: reclaiming the right to photocopy freely”. 60 *U. Pitt. L. Rev.* 149 (Fall 1998)
- **BECHTOLD, Stefan.** “Digital Rights Management in the United States and Europe”. 52 *Am. J. Comp. L.* 323 (2004).
- **BESEK, June M.** “Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts”. 27 *Colum. J.L. & Arts* 385 (2004).
- **BOHANNAN, Christina.** “Reclaiming Copyright”. 23 *Cardozo Arts & Ent LJ* 567 (2006).
- **CASTILLO, Tara E.** “Conflicting Beats: Proposing the Adoption of an Additional Obligation Within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement”. 7 *Tex. Rev. Ent. & Sports L.* 31 (2006).
- **COLOMBET, Claude,** “Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo”. Estudio de Derecho Comparado. Tercera Edición. Ediciones UNESCO/ CINDOC. Traducción Petite Almeida. Madrid, 1997.

- COPYRIGHT OFFICE (USA). Technology, Education and Copyright Harmonization ("TEACH") Act (S. 487). Documento publicado por The Copyright Office de los Estados Unidos el 13 de marzo de 2001 en su sitio web <http://www.copyright.gov> (consultado 25 de abril de 2007).
- DAVIDSON, Benjamin. "Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters". 38 *Cornell Int'l L.J.* 583. (2005).
- DAVIES, Gillian. "The Convergence of Copyright and Author's Right-Reality or Chimera" (1995). Artículo publicado en DINWOODIE, Graeme B, *et al.* "International Intellectual Property, Law and Policy". Lexis Nexis Case Book Series. Editado por Matthew Bender & Company Inc. 2001.
- DINWOODIE, Graeme B. "The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law". 62 *Ohio St. L.J.* 733 (2001)
- DRASSINOWER, Abraham. "A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law". 16 *Can. J.L. & Juris.* 3 (2003).
- DUSOLLIER, Séverine, et al. "Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico". Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007).
- EMERY, Miguel Ángel. "Propiedad Intelectual" Ley 11.723 Comentada, Anotada y Concordada con los tratados Internacionales. Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1999.
- FLORES de Molina, Edith. "Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo sobre los ADPIC". Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica". Año 4, número 4, octubre-diciembre. 2000. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt> (consultado 30 de enero de 2007).
- GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?". *Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey.* Número 12, abril de 2005.
- GARZA BARBOSA, Roberto. "La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?". *Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey.* Número 8, noviembre de 2003.
- GINSBURG, J., "Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions". *Revue internationale du droit d'auteur*, enero 2001.
- GOLDSTEIN, Paul. "International Copyright. Principles, Law and Practice". Oxford University Press, 2001.

- GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". Consejo de Europa. Memorando Secretarial preparado para la Directora de Derechos Humanos. Estrasburgo, octubre de 1998. Disponible en <http://www.ivir.nl> (consultado 20 de abril de 2007).
- GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". e.boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Octubre-diciembre 2003. Disponible en <http://text.unesco.org> (consultado 15 de abril de 2007).
- HUGENHOLTZ Bernt, et al. "The Future of Levies in a Digital Environment". Institute for Information Law Amsterdam. Marzo 2003. Disponible en www.ivir.nl (consultado 20 de abril de 2007).
- HUGENHOLTZ, Bernt. "Fierce Creatures. Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance". Conferencia IFLA/IMPRIMATUR. Ámsterdam, 30-31 de octubre de 1997. Disponible en www.ivir.nl (consultado 15 de abril de 2007).
- IMFELD, Cassandra. "Playing Fair with Fair Use The Digital Millennium Copyright Acts Impact on Encryption". 8 Comm. L. & Pol'y 111 (2003).
- LACEY, Linda J. "Of Bread and Roses and Copyrights". 1989 Duke L.J. 1532. (1989).
- LEDESMA, Julio C. Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999.
- LEHMAN, Bruce A. "Apoyo para la libertad económica y política". Artículo publicado por el Departamento de Estado de Estados Unidos, como parte de sus programas de información internacional en el sitio web <http://www.usinfo.state.gov/espanol/ipr/lehman.htm> (consultado 30 de enero de 2007).
- LEPAGE, Ann. "Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital". UNESCO. e-Boletín de derecho de autor, enero-marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007).
- LIEMER, Susan P. "How We Lost Our Moral Rights and the Door Closed on Non-Economic Values in Copyright". 5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1. (2005).
- LIPSZYC, Delia, "Derechos de Autor y Derechos Conexos", Ediciones UNESCO/CERLALC/ ZAVALLIA. UNESCO 1993.
- LITMAN, Jessica. "Digital copyright : protecting intellectual property on the Internet". Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001.
- LLOBET COLOM, Juan Antonio. "El Derecho de Autor en la legislación de Centroamérica y Panamá". Editorial Piedra Santa. 19ª Edición. Guatemala, 1982.

- LUNNEY, Glynn S. "The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813 (2001).
- MADISON, Michael J. "Rewriting fair use and the future of copyright reform". 23 Cardozo Arts & Ent LJ 391 (2005).
- MOUNCHET, Carlos y Sigfrido Radaelli, "Los derechos del escritor y del artista". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1957.
- NETANEL, Neil. "Alienability restrictions and the enhancement of author autonomy in united states and continental copyrightlaw". 12 Cardozo Arts & Ent LJ 1 (1994).
- OMPI. "La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual". Documento Preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica: Año 1, Número 1, Enero-Marzo 1997. Publicado en la página Web de la Secretaria de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt>. (consultado 30 de enero de 2007).
- PESSACH, Guy. "An international-comparative perspective on peer-to-peer file-sharing and third party liability in Copyright Law: framing the past, present, and next generations' questions". 40 Vand. J. Transnat'l L. 87 (2007).
- PIOTRAUT, Jean-Luc. "An Authors' Rights-Based Copyright Law: The Fairness And Morality Of French And American Law Compared". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 549 (2006).
- RENFUO GARCIA, Ernesto. "Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor". Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1996.
- RICKETSON, Sam. "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a Los Derechos Conexos en el entorno digital". Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena sesión Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003. Disponible en www.ompi.org (consultado 25 de abril de 2007).
- RIGAMONTI, Cyrill P. "Deconstructing Moral Rights". 47 Harv. Int'l L.J. 353 (2006).
- ROSENTHAL KWALL, Roberta. "Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul". 81 Notre Dame L. Rev. 1945 (2006).
- SAPP, Heather A. "Garage door openers and toner cartridges: why congress should revisit the anti-circumvention provisions of the DMCA". 3 Buff. Intell. Prop. L.J. 135 (2006).
- SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982).
- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA. "La Propiedad Intelectual. Propiedad intelectual: Derecho de Autor y Propiedad Industrial". Disponible en <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007).

- SIRINELLI, Pierre. "Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos". Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.
- SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982).
- STERLING. "World Copyright Law". Editorial Sweet & Maxwell. Londres 1999.
- WERRA, J. de. "The legal system of technological protection measures under the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other national laws (Japan, Australia)", RIDA 2001/189.
- ZEMER, Lior. "'We-intention' and the limits of Copyright". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 99 (2006).

LEGISLACIÓN:

- ADPIC. Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relativos al Comercio.
- Berne Convention Implementation Act of 1988 (Estados Unidos).
- Código de la Propiedad Intelectual (Francia).
- Convención de Berna (Acta de París).
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Copyright Act (Estados Unidos).
- Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, Act N° 110 de 2000 (Australia).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- DIRECTIVA 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
- Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual. (El Salvador).
- Ley de Propiedad Intelectual, Ley 11.723 (Argentina).
- Ley Federal del Derecho de Autor y su Reglamento (México).
- Ley Sobre Derecho De Autor (Japón). Traducción no oficial al inglés disponible en el sitio Web del Copyright and Information Center: http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html (consultado 10 de abril de 2007).
- TEACH ACT. Technology, Education and Copyright Harmonization Act, (Ley de armonización de la tecnología, la educación y el Derecho de Autor).
- TLCAN. Tratado de Libre Comercio entre América del Norte.

CASOS:

- *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S. Ct. 1164 (1994).
- *Feist Publications Inc. V. Rural Telephone Service Co. Inc.*. 499 US 340, 111 S Ct, 1282, 113.
- *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*. 471 U.S. 539 (1985).
- *Lewis Galoob Toys v. Nintendo of América Inc.* 964 F.2ed 965 (US Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992).
- *lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.* 387 F.3d 522 (2005).
- *Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc.*, 99 F.3d 1381, 1389 (6th Cir. 1996).
- *Realnetworks, Inc. v. Streambox, Inc.*, 2000 WL 127311 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000).
- *Rosemont Enters. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966).
- *Sega Enterprises Ltd v. Accolade, Inc.* 977 F.2d 1510 (1992).
- *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A.*
- *Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Connectix Corporation* 203 F.3d 596 (2000).
- *Sony Corp. v. Universal City*. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax).
- *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).
- *United States v. Elcom, Ltd.* 203 F. Supp. 2d 1111 (2002).
- *Universal City Studios Inc v. Reimerders*. 111 F.Supp.2d 294 (SD NY 2000).
- *WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial.* 15 de junio de 2000.

RON AÑEJO DE NUEVO SABOR: TRIPS. ANÁLISIS DEL CASO 'HAVANA CLUB' Y LA AMENAZA INTERNACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Daniel James Perez¹

I. INTRODUCCIÓN

En 1999, en medio un litigio en el Distrito Sur de Nueva York sobre la propiedad de la marca Havana Club, la cual es famosa por su bebida alcohólica tipo “ron,” el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Sección 211 del *Omnibus Appropriations Act*² que prohibió a los dueños de marcas Cubanas hacer valer sus derechos de propiedad intelectual dentro de los Estados Unidos. Esa ley, justificada por el bloqueo Cubano, ordenó a los tribunales federales de los EEUU a no admitir la demanda ni derechos de Pernod Ricard, compañía francesa contratada por el gobierno de Cuba para distribuir el ron internacionalmente. Esto previno a Pernod Ricard el prohibir que Bacardí fabricara o vendiera ron en los EEUU con el nombre y marca “Havana Club.” En consecuencia, la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York decidió a

¹ El autor es estudiante de Derecho en *George Washington University*. Licenciado en Estudios Americanos por *University of California, Davis*. Participó en el intercambio de *North American Consortium of Legal Education* (NACLE) en el semestre de primavera 2007, estudiando en el Tecnológico de Monterrey. Él quiere reconocer a Abraham Becerra, James Newsom, Miguel Murillo, Korina Monterrubio, Sharon Ramírez y Edgardo Mangual por comentarios de gramática en previos borradores de este artículo. También quiere agradecer a los profesores Gabriel Cavazos Villanueva y Roberto Garza Barbosa por brindarle la oportunidad de estudiar derecho internacional en México, con una facultad de primera clase.

² Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Act, 1999, Pub. L. No. 105-277, October 21, 1998 [“Sección 211”].

favor de Bacardi,³ decisión que luego fue confirmada por el Segundo Circuito Federal,⁴ y más aun, por la Suprema Corte de los Estados Unidos.⁵

Como consecuencia a estas decisiones, las Comunidades Europeas (CE)⁶ entablaron una demanda ante la OMC, afirmando que la Sección 211, por diversas razones, viola los derechos establecidos bajo el acuerdo de *Trade-Related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS).⁷ Al cabo, el Órgano de Apelación revocó la decisión del primer panel⁸ y expuso que la Sección 211 viola los principios más básicos del TRIPS: Trato Nacional (TN) y Nación-Más-Favorecida (NMF).⁹

A pesar de que la OMC estableció que el Congreso de los Estados Unidos tiene que modificar o revocar la Sección 211 para cumplir con el TRIPS, aun no se ha modificado esa ley y no hay algún indicio de que se vaya hacer. Tal es el caso de la famosa marca Cubana, el cual nos ofrece una oportunidad para analizar el cumplimiento con el acuerdo multilateral de TRIPS. Por otra parte, ejemplifica el enlace inherente entre la conformidad estadounidense con acuerdos internacionales y sus implicaciones políticas.

Con lo anterior, esta investigación está dividida en cuatro partes. La primera parte hará notar el fondo del conflicto que consiste en la historia del ron Havana Club, sus previos dueños y los actuales, y además, lo que pasó durante la revolución Cubana que desencadenó este conflicto. La segunda parte se compondrá de la revisión de los marcos jurídicos relevantes, tal como la Ley de Marcas en los Estados Unidos, los tratados internacionales relevantes y la

³ *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 62 F. Supp. 2d 1085 (S.D.N.Y. 1999).

⁴ *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 203 F.3d 116 (2d Cir. 2000).

⁵ *Havana Club Holding v. Bacardi & Co.*, 531 U.S. 918 (2000), cert. denied.

⁶ También conocido como la Unión Europea (UE).

⁷ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125 [“TRIPS”].

⁸ WTO Panel Report on *United States - Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998* (Aug. 6, 2001), http://www.wto.org/english/docs_e/docs_e.htm

⁹ WTO Appellate Body Report on *United States - Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998* (Jan. 2, 2002).

controvertida Sección 211. También se analizan las decisiones e interpretaciones de los tribunales sobre dichos marcos jurídicos, desde las decisiones de los tribunales federales estadounidenses hasta el caso ante la OMC.

Asimismo, la tercera parte considera el efecto de la decisión de la OMC en conexión con las acciones (o mejor dicho, la falta de acción) del Congreso de los Estados Unidos en conformidad con la decisión y con respecto al TRIPs. De la misma manera y en referencia a esa no conformidad, consideraré las implicaciones y más bien, las potenciales represalias que las CE y Cuba pudieran utilizar dentro del procedimiento de la OMC. Por último, en la cuarta parte expongo mi perspectiva sobre el caso, lo que se puede aprender de él y lo que se puede decir acerca de las políticas y la buena fe de los Estados Unidos. Inclusive se mostrará un pronóstico sobre Havana Club y las otras marcas famosas cubanas dentro de la jurisdicción estadounidense en un futuro entrante, y aún más importante, cuando ambos países reanuden relaciones de comercio.

II. EL FONDO DEL RON CUBANO Y LA DISPUTA

Durante su segunda travesía a América, Cristóbal Colón llevó la caña de azúcar al Caribe donde todavía hoy en día se industrializa y se fabrica para el consumo mundial, ubicando a países como Cuba como uno de los mayores productores de azúcar del mundo.¹⁰ Fue a mediados del siglo XVIII cuando la corona Española insistió en que Cuba sólo produjera azúcar, con lo cual en 1791 la isla se convirtió en la primera productora y exportadora mundial. En esa época los europeos que llegaron al Caribe comenzaron a destilar el ron por primera vez, produciendo los primeros rones originales, y fundando así en Cuba las dos marcas de ron más populares del mundo: Bacardí y Havana Club.

¹⁰ Food and Agriculture Organization of the United Nations, 4. Sugar and beverages (consultado 14 de Mayo de 2007) <http://www.fao.org/DOCREP/006/Y4343E/y4343e05.htm>.

La primera, Bacardí, fue fundada por dos hermanos catalanes, José y Facundo Bacardí-Mazó, quienes llegaron a la ciudad de Santiago de Cuba en 1830 en busca de fortuna. Luego de intentarlo con varios negocios durante más de tres años, eventualmente fundaron la compañía Ron Bacardí, S.A. (“Bacardí”), que produce ron y que fue internacionalizada en 1910 con el establecimiento de una planta embotelladora en Barcelona, España y en 1916 con otra establecida en Nueva York.

Posteriormente, otra familia de nombre Arechabala, de origen vasco, comenzó a producir ron en Cuba con la marca ‘Havana Club’ que fue registrada en 1935 con su compañía Jose Arechabala, S.A. (“JASA”). Hasta 1960, JASA exportó el ron Havana Club a los Estados Unidos y otros países.¹¹

Luego del triunfo de la revolución de 1959, el nuevo gobierno Cubano nacionalizó las dos empresas, Bacardí y Havana Club, bajo de la Ley 890.¹² En reacción a la expropiación, Bacardí siendo una empresa internacional con su marca intacta, reestableció su negocio en las Bahamas con destilerías en México, Puerto Rico y Brasil.¹³ A la postre, la compañía fue incorporada por una serie de cinco empresas (Bacardí-Martini de América del Norte, Latina América, Asia Pacifico, Europa y Bacardí Internacional).¹⁴ Hoy en día, Bacardí es el fabricante y vendedor de ron numero uno del mundo.

A diferencia de Bacardí, la familia Archebala y la mayoría de los antiguos accionistas de JASA emigraron a España y no tuvieron los recursos para mantener los derechos de la marca Havana Club.¹⁵ Seguido el abandono de la

¹¹ Ver Robert Dufresne, *Assessing Clashes and Interplays of Regimes from a Distributive Perspective: IP Rights Under the Strengthened Embargo Against Cuba and the Agreement on TRIPS*, 24 Mich. J. Int'l L. 767, 780 (2003).

¹² *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 62 F. Supp. 2d 1085, 1090 (S.D.N.Y. 1999).

¹³ Joaquin Roy, *Cuba, the United States, and the Helms-Burton Doctrine* at 206 (2001).

¹⁴ *Id.* at 54.

¹⁵ Ver Felix Lopez, “De como el ladron fue declarado inocente...,” *Granma*, 27 de Abril de 1999; ver tambien Ashley C. Adams, *Section 211 of the Omnibus Appropriations Act: The Threat to International Protection of U.S. Trademarks*, 28 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 221, 222 (2002). Porque los accionistas de la compania JASA fueron Cubanos, bajo de ley internacional no tenian derechos a estar compensado por la expropiacion salvo la proteccion del gobierno Cubano que hizo la expropiacion.

marca Havana Club, entre 1974 y 1976 la Empresa Cubana Exportadora De Alimentos y Productos Varios ("Cubaexport") registró la marca en Cuba (Registro No. 110353) y además, en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos "*United States Patent and Trademark Office*" (USPTO) (Registro No. 1031651).¹⁶ (Curiosamente, el bloqueo Cubano impuesto por los Estados Unidos, permitía el registro de marcas Cubanas dentro del país, más no la importación de productos.)¹⁷ El registro en los Estados Unidos, por Cubaexport, fue autorizado bajo la sección 44 del *U.S. Lanham Act*.¹⁸

Hasta 1993, Cubaexport distribuía el ron Havana Club principalmente en la Unión Soviética y países comunistas en Europa Occidental. Sin embargo, en Noviembre del 1993, Cubaexport reorganizó su negocio de exportación de ron con un socio extranjero para distribuir el ron mundialmente. El nuevo Havana Rum & Liquors, S.A. (HRL) y la compañía Francesa, Pernod Ricard, S.A., formaron una asociación de empresa (*joint-venture*) que creó Havana Club Internacional (HCI) y Havana Club Holding (HCH). Bajo dicho acuerdo, Pernod Ricard y HRL, compartían equitativamente el 100% de las acciones de ambas empresas.¹⁹ En 1994, Cubaexport transfirió su marca estadounidense a HRL, quien inmediatamente la traspasó a HCH. En 1995, las dos transferencias fueron autorizadas por la división del Departamento de Tesoro de los Estados Unidos que administra el bloqueo Cubano llamada "*Office of Foreign Assets Controls*" (OFAC).

A pesar de que el bloque no permitía a Cuba exportar productos a los Estados Unidos, Pernod Ricard y Havana Club Internacional han exportado su ron a 124 países desde 1994 y es una de las marcas de licores con mayor

¹⁶ United States Patent and Trademark Office, Trademark Electronic Search System (Tess), Registration # 1031651 (January 27, 1976) (consultado 14 de Mayo de 2007), <http://tess2.uspto.gov/bin/gate.exe?f=tess&state=gjt6s3.1.1>

¹⁷ "Transactions related to the registration and renewal in the United States Patent and Trademark Office...in which...a Cuban national has an interest are authorized." 31 C.F.R. 515.527(a)(1).

¹⁸ 15 U.S.C. 1126; *ver también Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 961 F. Supp. 498, 502 (S.D.N.Y. 1997).

¹⁹ *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 62 F. Supp. 2d 1085, 1088 (S.D.N.Y. 1999).

crecimiento en el mundo.²⁰ Además, es evidente que Havana Club pensaba vender su ron (con mucho éxito) en los Estados Unidos después del bloqueo. En efecto, la batalla entre Havana Club y Bacardí busca tener la futura distribución de la bebida en los Estados Unidos.

Mientras tanto, Bacardí, que monitoreaba atentamente el creciente éxito de la asociación franco-cubana,²¹ decidió en 1997 comprar la marca Havana Club a la familia Arechabala (dueño originales de JASA) para luego crear su propia versión de Havana Club para el mercado norteamericano. Antes de que finalizara la adquisición de la marca, Bacardí empezó a comercializar y distribuir ron en los Estados Unidos con el nombre Havana Club, hecho en las Bahamas, en 1996.²² Al mismo tiempo, estas acciones provocaron que la OFAC revocara retroactivamente la autorización previamente obtenida por Pernod Ricard y Havana Club Internacional en 1995.²³

En consecuencia, Pernod Ricard demandó a Bacardí ante la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York para proteger su marca, y más aun, para mantener sus derechos a distribuir el ron en los Estados Unidos cuando el país reestablezca relaciones comerciales con Cuba en un futuro. El mercado de ron en los Estados Unidos es aproximadamente 15 millones de cajas anuales.²⁴ Por su parte, es claro que Bacardí quisiera mantener su dominio en ese mercado sin la competencia de Pernod Ricard y la prospectiva entrada de su ron Cubano, Havana Club.

²⁰ En 2006, Havana Club vendió 2.6 millones de cajas y es el tercero marca de ron mundialmente (segunda en Europa). *Ver* Pernod Ricard, Brands, Havana Club (consultado 14 de Mayo de 2007), <http://www.pernod-ricard.com/en/pages/275/Brands/KeyMarks/Havana-Club.html>.

²¹ Según escritor Félix López, “Cuando Pernod Ricard entra son socio cubano en el negocio global de ron, la competencia del Mercado (por mucho tiempo estable) comienza a convertirse en un juego peligroso: cada botella de Havana Club vendida en el comercio internacional representa una botella menos a vender de Ron Bacardí,” *Granma*, 27 de Abril de 1999.

²² *Ver* Donald R. Dinan, *An Analysis of the United States-Cuba “Havana Club” Rum Case Before the World Trade Organization*, 26 *Fordam Int’l L.J.* 337, 342 (2003).

²³ Dufresne at 780.

²⁴ Dinan at 342.

III. MARCO JURÍDICO Y SU INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Hoy en día, en la economía mundial donde las ideas e innovaciones son una parte fundamental del comercio, la protección y cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual son el centro de atención. Los derechos de autor y de propiedad industrial (marcas y patentes) son derechos sobre las creaciones de la mente, lo cual otorga a los creadores el derecho de excluir que otros utilicen sus creaciones, diseños o demás invenciones y de valerse de ese derecho para negociar la apreciación de un pago por ceder dicha utilización.²⁵

Desde los inicios de la propiedad intelectual, los derechos y su cumplimiento han sido territoriales.²⁶ Es decir, la raíz de las leyes viene de la creación (y usualmente, el uso) en el mercado local o nacional. Así que las regulaciones de marcas dependen de las leyes particulares de cada nación. Por lo tanto, en conjunto a la creciente integración entre economías y relaciones de comercio, la necesidad de tener armonía y respeto mutuo en la protección de propiedad intelectual se ha convertido en un asunto muy importante. Por esto, y en busca de uniformidad, países del mundo han entrado en varios acuerdos internacionales que ofrecen mayor armonía y previsibilidad sobre los derechos y el cumplimiento de los mismos. Aquí, en el caso de Havana Club, vemos como los Estados Unidos, considerado el mayor defensor de la protección universal de propiedad intelectual, está perdiendo credibilidad al traicionar sus propios principios, por tensiones políticas.

A. La Ley Estadounidense de las Marcas

A pesar de los tratados internacionales y dado que el derecho de las marcas es todavía un tema fundamentalmente territorial, para analizar el caso sobre la

²⁵ Ver Propiedad intelectual: protección y observancia, (consultado 14 de Mayo de 2007), http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm

²⁶ Roberto Garza Barbosa, *International Copyright Law and Litigation: A Mechanism for Improvement*, 11 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 77, 94 (2007) (citando Paul Goldstein, *International Copyright* 99-100 (2001)) (con respecto a los derechos de autor).

marca Havana Club y los derechos de la misma en los Estados Unidos, debemos comenzar con un breve análisis de la ley estadounidense.

La Constitución de los Estados Unidos fue ratificada en el año 1788. La Constitución dio la facultad al Congreso de “promover el progreso de ciencia y las artes útiles, asegurando por tiempos limitados a los autores e inventores el derecho exclusivo de sus respectivos escritos y descubrimientos.”²⁷ De esa cláusula, vinieron varias leyes a través del procedimiento legislativo del Congreso estadounidense que protegen derechos del autor (*copyright*), patentes (*patent*) y por su puesto, las marcas (*trademark o servicemark*). Las leyes de marcas tienen su origen en el *common law* las cuales fueron redactadas para prevenir la competición desleal (“*unfair competition*”). El Congreso de los Estados Unidos promulgó una serie de estatutos para proteger las marcas bajo el *U.S. Lanham Act*. Por supuesto, la facultad del congreso de los Estados Unidos para regular las marcas, más bien proviene de la cláusula comercial, que le otorga facultades para regular en materia de comercio.

Típicamente en los Estados Unidos, como muchos otros países, se usa una marca legítima como un nombre o símbolo que funciona para distinguir la fuente de un bien o servicio de otro.²⁸ En ese sentido, la mayor justificación de las leyes de las marcas es prevenir confusión al consumidor, y por lo tanto, proteger la reputación de los productores. En particular, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el *Lanham Act* en 1946 para aumentar las oportunidades económicas de las empresas internacionales dentro el país.²⁹

El Lanham Act otorga amplia protección contra la competencia desleal. Por ejemplo, § 43 prohíbe designaciones falsas de origen, descripciones

²⁷ U.S. Const. Art. II, § 8.

²⁸ Ver United States Patent and Trademark Office. Basic Facts About Trademarks. Trademark, copyright or patent? (consultado 14 de Mayo de 2007), http://www.uspto.gov/web/offices/tac/doc/basic/trade_defin.htm

²⁹ Ver Martin A. Rogoff, *Interpretation of International Agreements by Domestic Courts and the Politics of International Treaty Relations: Reflections on Some Recent Decisions of the United States Supreme Court*, 11 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 559, 626 (1996).

engañosas y representaciones de hechos que causan confusión.³⁰ Bajo la § 43(a), cualquier persona puede demandar si cree que el daño es "probable" por esas acciones.³¹ Esta protección es mucho más amplia de la que existía en el *common law*, cuando había la necesidad de demostrar un daño monetario real. Sin embargo, las cortes estadounidenses han interpretado limitadamente al *Landham Act* para aplicarla solamente a la protección de intereses comerciales y además, interpretaron que el interés y probabilidad de daño tiene que ser razonable ("*reasonable*").³²

Las leyes y asuntos de marcas, como la obligación de registro bajo el *Lanham Act*, son impuestas y administradas por el *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), que pertenece al Departamento de Comercio.

B. *La Convención Interamericana de Marcas*

En el año de 1929, la Convención Interamericana fue firmada por países de los hemisferios Oeste, incluidos los Estados Unidos y Cuba. Fue el primer tratado internacional con respecto a las marcas donde participaron los Estados Unidos. Uno de los propósitos de esta Convención era conseguir protección uniforme de las marcas internacionalmente. Artículo 11 de la Convención dice:

La transmisión en el país de origen de la propiedad de una marca registrada o depositada, tendrá el mismo valor y será reconocida en los demás Estados Contratantes, siempre que se acompañen pruebas fehacientes de que dicha transmisión se ha efectuado de acuerdo con la legislación interna del Estado en que se realizó....³³

³⁰ 15 U.S.C. 1125 (2001).

³¹ *Id.*

³² *Ver*, e.g., *Berni v. International Gourmet Restaurants of Am. Inc.*, 838 F.2d 642, 648 (2d. Cir. 1988) (limitando "standing" por demandantes en la clase comercial); *Ortho Pharmaceutical Corp. v. Cosprophar Inc.*, 32 F.3d 690, 694 (2d. Cir. 1994) (interés razonable); *PDK Labs, Inc. v. Friedlander*, 103 F.3d 1105, 1111 (2d Cir. 1997) (daño razonable).

³³ Convención General Interamericana de Protección Marcaría y Comercial, cap. II, art. 11, 46 Stat. 2907, 2922-2924.

Así la Convención Interamericana garantizaba el reconocimiento recíproco de las marcas entre los países contratantes, incluyendo a Cuba y los Estados Unidos.

Además, la Convención provee remedios preliminares (*injunctive relief*) y protección específica en los casos de incumplimiento:

Todo fabricante, industrial, comerciante o agricultor domiciliado o establecido en cualquiera de los Estados Contratantes podrá solicitar y obtener de acuerdo con las disposiciones y preceptos legales del país respectivo, la prohibición de usar, o la cancelación de registro o depósito de cualquier nombre comercial o marca destinados a la fabricación, comercio o producción de artículos o mercancías de la misma clase en que él trafica...³⁴

Esa Convención se hizo ley estadounidense sin implementos legislativos, así que es auto-ejecutiva (*self-executing*).

C. *El TRIPs*

El TRIPs es el tratado multilateral internacional más reciente sobre la propiedad intelectual que expande el alcance y protección de estos derechos a nivel internacional. Específicamente, el propósito del TRIPs, es proveer un “coherente cuerpo de normas, reglas y procedimientos administradas por una autoridad institucional con el poder necesario para ejecutar un mandato internacional de propiedad intelectual.”³⁵

Los dos principios más fundamentales en el TRIPs son: Trato Nacional (incorporado en el Artículo 2(1) de la previa Convención de París), y Nación Más Favorecida, en la cual fue la primera vez que se incorporó un tratado internacional de propiedad intelectual.

El principio de Trato Nacional (TN), incluido en el Artículo 3.1 del TRIPs, obliga a los países Miembros a tratar a otros países que ya sean miembros a

³⁴ *Id.* a cap. III, art. 18.

³⁵ Ruth Okediji, *TRIPs Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law*, 49 J. Copyright Soc’y U.S.A. 585, 586 (2001).

tratar a los extranjeros como nacionales, en la protección de propiedad intelectual. Esa protección bajo el Artículo 3.1 del TRIPs incluye la accesibilidad, logro, sustancia y cumplimiento sobre los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, el principio de Nación Mas Favorecida (NMF) el cual se establece en Artículo 4 del Acuerdo, prohíbe que los países Miembros favorezcan más a un país Miembro que a los otros, en la protección de propiedad intelectual. Es decir, en contraste al TN que obliga la igualdad de trato con respecto a los ciudadanos y extranjeros, el trato de NMF obliga que los países traten igual a cada país Miembro.

D. El Bloqueo Estadounidense y la Sección 211

El triunfo de la revolución Cubana y las expropiaciones que le siguieron, hicieron que el Presidente Dwight D. Eisenhower, en 1961, eliminara la cuota azucarera Cubana y también prohibió exportaciones a ese país. Dos años más tarde, cuando las relaciones entre ambos países eran aun peores, el Presidente John F. Kennedy declaró el embargo que prohibiría todo tipo de comercio con Cuba, el cual quedo establecido en los *Cuban Assets Control Regulations (CACRs)*.³⁶

Como hemos mencionado anteriormente, a pesar del bloqueo, los CACRs permitían, como excepción, registrar y renovar las marcas Cubanas en los Estados Unidos y viceversa.³⁷ Más aun, esa excepción era coherente y reforzada con los tratados internacionales sobre propiedad intelectual en el cual Cuba y los Estados Unidos son firmantes como la Convención Interamericana, la Convención de Paris y el TRIPs. Notable es que en el 2004 había aproximadamente 4.500 marcas estadounidenses registradas en la República de Cuba, incluidas compañías como *The Home Depot, Starbucks y McDonald's*.³⁸

³⁶ Los CACRs son administradas por la OFAC. *Ver* p. 6 de este escrito.

³⁷ 31 C.F.R. 515.527(a)(1).

³⁸ U.S. Senate Committee on the Judiciary, Hearing on Trademarks in Cuba, Statement by The Honorable Patrick Leahy (D-Vermont) (13 July 2004).

A pesar de lo anterior y mientras la batalla de la marca Havana Club estaba en las Cortes Federales de los Estados Unidos, Bacardí ejerció presión y cabildeo (*lobbied*) a el Senador Connie Mack de Florida para incluir la Sección 211 en el *1998 Omnibus Appropriations Act*, el proyecto anual de ley estadounidense para aprobar los gastos necesarios en el principio del año siguiente.³⁹ Ese tipo de legislación en el Congreso estadounidense es común a finales del año y usualmente los Congresistas lo aprueban apresuradamente sin debatir. Según el Senador estadounidense Patrick Leahy, “la Sección 211 fue aprobada de forma engañosa, fuera del alcance de los radares de los Congresistas y diseñado de forma tal que circunscribiera los procedimientos legislativos usuales.”⁴⁰

Básicamente, la Sección 211 cerró toda excepción en los CACRs que permitían a los dueños de marcas Cubanas a registrarlas y renovarlas en los Estados Unidos. Específicamente, las secciones 211 (a) (2) y (b) impidieron a todas las Cortes Estadounidenses hacer valer los derechos sobre marcas Cubanas “confiscadas” o marcas sustancialmente similares, excepto con permiso del dueño original.

E.: La Corte Federal Estadounidense

El conflicto legal sobre la marca Cubana empezó en Diciembre de 1996, cuando Havana Club demandó a Bacardí por *trademark infringement* en la violación de sus derechos bajo §§ 32 y 43(a) del *Lanham Act*. Notamos que Bacardí empezó a comercializar y distribuir ron, hecho en las Bahamas, con el nombre “Havana Club” en los Estados Unidos en 1996, particularmente en algunas partes del estado de Florida. En Marzo de 1997, un Juzgado de Distrito resolvió en contra de Bacardí porque la licencia renovada a Cubaexport y transferida

³⁹ Ver “A Special-Interest Cocktail,” Wash. Times, Jan. 20, 2002; ver también Bruce Rubenstein, *Behind the Scenes with Bacardi's Lobbyist*, 12 Corp. Legal Times Int'l 124 (2002) (entrevista con Bacardi Lobbyist).

⁴⁰ U.S. Senate Committee on the Judiciary, Hearing on Trademarks in Cuba, Statement by The Honorable Patrick Leahy (D-Vermont) (13 July 2004).

a Havana Club International por OFAC en 1995 era válida y no revisable.⁴¹ Sin embargo, después que Bacardí "compro" la marca de la familia Arcebalá en 1997, OFAC revocó la licencia y el caso regresó ante los juzgados. Dado a la revocación, en Agosto de 1997 el Juzgado de Distrito decidió a favor de Bacardí pero le dio a Havana Club la oportunidad para enmendar su demanda y reivindicar sus derechos bajo de la Convención Interamericana.⁴²

Ahora bien, la entrada de la Sección 211 acabó toda esperanza de Cuba y Pernod Ricard en las cortes estadounidenses. En realidad, una noche antes de que la corte emitiera su decisión, el Congreso aprobó la Sección 211, detalle al cual muchos han comentado que fue con la intención directa de terminar el litigio a favor de Bacardí.⁴³ A consecuencia de la nueva imposición de la Sección 211, el Juzgado de Distrito desestimó la demanda de Havana Club,⁴⁴ lo cual era inevitable. La decisión fue afirmada por el Segunda Circuito,⁴⁵ y luego la Corte Suprema de los Estados Unidos declinó revisarlo.⁴⁶

F. El Órgano de Apelación de la OMC

Tan pronto la Corte Suprema denegó el recurso de *certiorari*, Pernod Ricard les solicitó a las Comunidades Europeas (CE) llevar el caso ante la OMC por violación al acuerdo multilateral TRIPs, del cual los Estados Unidos, las CE y Cuba son signatarios. En el julio de 1999 las CE solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos respecto a la Sección 211, alegando que la sección no estaba en conformidad con las obligaciones que le imponía a los Estados Unidos el TRIPs, en particular su artículos 2, 3, 4, 15 a 21, 41, 42 y 62.⁴⁷

⁴¹ Ver *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 961 F. Supp. 498 (S.D.N.Y. 1997).

⁴² Ver *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 974 F. Supp. 302 (S.D.N.Y. 1997).

⁴³ Ver Robert M. O'Connell Jr., "A heavy mix," *World Trademark Review*, November December 2006, p.8.

⁴⁴ *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 62 F. Supp. 2d 1085, 1089 (S.D.N.Y. 1999).

⁴⁵ *Havana Club Holding, S.A. v. Galleon, S.A.*, 203 F.3d 116 (2d Cir. 2000).

⁴⁶ *Havana Club Holding v. Bacardi & Co.*, 531 U.S. 918 (2000), cert denied.

⁴⁷ Ver World Trade Organization, Summary of the dispute to date, United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, (consultado 14 de Mayo de 2007), a http://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds176_e.htm

En enero del 2002, el Órgano de Apelación (OA) determinó que las secciones 211 (a) (2) y (b) infringían las obligaciones en materia de Trato Nacional y trato de la Nación Mas Favorecida establecidas en artículos 3 y 4 del TRIPS.⁴⁸

Con respecto al Trato Nacional (TN), contenido en su artículo 3.1 del TRIPS, el OA distinguió entre sucesores-en-interés y previos dueños. En lo que respecta a sucesores-en-interés, el OA determinó que la Sección 211(a)(2) era incoherente con TN a consecuencia de la creación de una “valla extra” a las cuales sucesores-en-interés estadounidenses no les aplica.⁴⁹ Por otra parte, el OA utilizó un caso hipotético para analizar el principio de TN con respecto a los previos dueños. Dicho caso hipotético es el siguiente: dos dueños de una marca registrada en los EEUU, la cual es la misma de una marca preconfiscada en Cuba, disputan el derecho a la utilización de dicha marca. La diferencia es que el dueño A es estadounidense y el dueño B es un ciudadano de Cuba. En ese caso, las secciones 211 (a) (2) y (b) son aplicables solamente a previos dueños cubanos y no a los dueños americanos, lo cual convierte *prima facie* a dicho estatuto en uno discriminatorio y evitadamente contrario al principio de TN.⁵⁰

De la misma manera, con el análisis de dicho escenario hipotético, el OA determinó que las provisiones de la Sección 211 son contrarias al principio de Nación Mas Favorecida establecido en el artículo 4 del TRIPS. En contraste con el primer caso hipotético mencionado arriba, el segundo dueño no es estadounidense, sino un ciudadano de otro país (no Cubano). Otra vez, el OA encontró discriminación *prima facie* en el modo de que las provisiones solamente se aplican a cubanos, por consiguiente violan el principio de NMF.⁵¹

⁴⁸ También notable es que el Órgano de Apelación decidió que los nombres comerciales constituyen una categoría de propiedad intelectual protegida por el TRIPS y llegó a las mismas conclusiones, i.e. §§ 211(a)(2) y (b) infringían los artículos 3 y 4 al respecto con los nombres comerciales. Id.

⁴⁹ WTO Appellate Body Report on *United States - Section Omnibus Appropriations Act of 1998*, paras. 255-56 (Jan. 2, 2002) (“extra hurdle”).

⁵⁰ Id. paras. 277-81; ver Dufresne, 24 Mich. J. Int'l L. 767, 788 (analizando el hipotético usado por el OA).

⁵¹ Dufresne a 789.

Como resultado de la decisión, el OA y la OMC supusieron que los Estados Unidos iban a modificar o revocar la Sección 211 para estar en conformidad con el TRIPs.⁵²

IV. EL PERÍODO SIGUIENTE Y SUS IMPLICACIONES

A pesar de que la decisión por el OA fue a favor de las CE (y Cuba como tercero sin participación en la demanda), los Estados Unidos no han implementado el fallo para modificar o revocar la Sección 211. El primer "plazo prudencial" expiró el 31 de diciembre de 2002.⁵³ Así pues, las CE tenían la capacidad de tomar represalias contra los Estados Unidos a través del proceso de la OMC. Sin embargo las CE acordaron con los Estados Unidos extender el plazo para cumplir.⁵⁴ En una declaración por el Ministerio de Cuba en Ginebra en marzo de 2007, Cuba expresó su frustración:

A los Estados Unidos de América, único Miembro que no respeta el principio del pronto cumplimiento, parece no importarle en lo más mínimo la repercusión negativa de su actuación negligente en el equilibrio de derechos y obligaciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual [TRIPs] relacionados con el Comercio, de los que dicen ser defensores, y en la eficacia y credibilidad del Sistema Multilateral de Comercio... El incumplimiento otro año más de las decisiones del OSD tendría magnitudes incalculables para esta Organización.⁵⁵

⁵² *United States - Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, para. 361.

⁵³ *Ver World Trade Organization, Summary of the dispute to date, United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, (consultado 14 de Mayo de 2007), a http://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds176_e.htm

⁵⁴ *Ver EU Annual Report on US Trade Barriers, 2005*.

⁵⁵ Declaración de Jorge Ferrer, Ministro Consejero de la Misión Permanente de la República de Cuba en Ginebra, sobre la Sección 211 ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Ginebra, 24 de abril de 2007 (consultado 14 de Mayo de 2007), <http://www.cubavsbloqueo.cu/Default.aspx?tabid=1582>.

Los siguientes comentarios destacaron las implicaciones potenciales del continuo incumplimiento estadounidense en relación con la decisión del OA sobre la Sección 211.

A. Implicaciones Dentro de la Republica de Cuba

“Espero que nadie se valla a quejar si empezamos a comercializar Coca-Cola Cubana”⁵⁶

La consecuencia más aparente del incumplimiento con la decisión del OA, desde la perspectiva estadounidense, es que Cuba puede renegar sus obligaciones a los Estados Unidos con respecto al Acuerdo TRIPs.⁵⁷ Como se ha notado anteriormente, hay más de 4.500 marcas estadounidenses registradas en Cuba, las cuales son vulnerables a ésta posibilidad. Es decir, Cuba puede cancelar los registros de esas marcas, y más bien, empezar a comercializar y fabricar dichos productos sin la posibilidad de litigar. Además, así como en todos los casos de violaciones de los derechos de una marca, esa situación puede causar daño a los consumidores y la reputación de los famosos fabricantes Americanos. Más aun, desde la perspectiva del gobierno Estadounidense que tiene razones (sí bien, irracionales) para mantener el embargo, ese escenario realmente quitará más autoridad en ese sentido, y complica la transición a democracia en la isla.

⁵⁶ Fidel Castro. *Ver* “Think before you drink: What you should know about Bacardi,” *The Guardian*, December 1, 1999 (consultado 14 de Mayo de 2007), <http://www.cpa.org.au/garchve1/982bac.html>

⁵⁷ *Ver* Ashley C. Adams, Section 211 of the Omnibus Appropriations Act: The Threat to International Protection of U.S. Trademarks, 28 N.C.J. Int’l L. & Com. Reg. 221, 240 (2002) (explicando como Cuba esta autorizado renegar sus obligaciones bajo de la Convencion de Vienna sobre la Ley de Tratados).

B. Implicaciones Internacionales

En este caso la implicación potencial más profunda sería el detrimento a los esfuerzos de armonizar la protección de propiedad intelectual a nivel mundial. La negación a cumplir con la decisión de la OA en este caso sería hacer una falsa de los Estados Unidos de ser “el campeón” de propiedad intelectual. En efecto, esto sería un paso atrás del aparente progreso que había logrado a través del acuerdo multilateral TRIPs. Esta idea fue explicada de mejor manera por el Senador estadounidense Patrick Leahy;

Los Estados Unidos reclaman mucho de sus compañeros de comercio sobre los derechos de propiedad intelectual. Como el líder mundial en propiedad intelectual, tenemos lo máxima para ganar de protecciones fuertes que aseguran a los dueños de patentes, derechos del autor y marcas tengan sus derechos merecidos....⁵⁸

Más bien, la inconformidad estadounidense, sin duda, provee mensajes mixtos a países en desarrollo los cuales, en primer lugar, tienen pocos incentivos para aplicar las protecciones de propiedad intelectual cual son mandados por países más desarrollados.⁵⁹ Si el líder de propiedad intelectual en el mundo no tiene que cumplir, otros países con menos incentivos, pueden decidir también a renegar sus obligaciones.

⁵⁸ U.S. Senate Committee on the Judiciary, Hearing on Trademarks in Cuba, Statement by The Honorable Patrick Leahy (D-Vermont) (13 July 2004).

⁵⁹ Ver Misha Gregory Macaw, *The New Rum War: Havana Club as a Threat to the U.S. Interest in International Trademark Harmonization*, 18 B.U. Int'l L.J. 291, 323-34 (2000); ver tambien Emily Taylor, *The Havana Club Saga: Threatening More than Just 'Cuba Coke,'* 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 513, 530 (2004).

V. CONCLUSIÓN

Como quiera que se examine el hecho, los Estados Unidos no han podido cumplir con sus obligaciones internacionales en este caso por tensiones políticas dentro de su país. Es claro que esas tensiones son originadas por el bloqueo, que es la lucha contra la revolución Cubana, la cual tiene 48 años. En otros conflictos entre sus obligaciones internacionales y las leyes integradas al embargo en contra de Cuba, los Estados Unidos han usado justificaciones de “seguridad nacional,” lo cual había funcionado en el pasado para evitar decisiones potenciales infavorable.⁶⁰

Al autor, le resulta intrigante que los Estados Unidos no invocaran la misma excepción de seguridad nacional que queda en el Artículo 73 del TRIPs. En ausencia, el caso de la ley *Helms-Burton* resulta incluso menos lesivo que el caso de la marca Havana Club, lo cual representa aun más una amenaza a la armonización y cumplimiento de la ley internacional. Es decir, en este caso, los Estados Unidos no cumplen y además, no tienen justificación alguna para no hacerlo.

⁶⁰ E.g., *United States – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, [panel suspended], WT/DS38.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL CASO DE IRAK

Dorisled Martínez Mabarak*

ANTECEDENTES

Irak es un legendario país del mundo árabe, ubicado en el Asia Occidental: Tiene una extensión territorial de 438, 317 kilómetros cuadrados. Posee una población aproximada de veintiséis millones de habitantes. Colinda con los siguientes Estados árabes: Irán, Turquía, Siria, Jordania, Arabia Saudita y Kuwait. Una parte de este país se comunica directamente con el Golfo Pérsico. En el año de 1930 se constituyó como un reino independiente y a partir de 1958, se erigió en una república. De muchos es conocida la situación de este país, que destaca por su producción petrolera. Los datos más recientes: su fracasado intento de anexarse Kuwait, y la guerra que varios países de occidente (Estados Unidos de América, el más sobresaliente), han emprendido, y que no se detuvo ni siquiera con el derrocamiento y muerte de Saddam Hussein, el Presidente de este país. El conflicto bélico se ha prolongado por espacio de más de cuatro años.

Debido a los constantes y lamentables hechos y a la permanencia de tropas extranjeras en su territorio, la situación económica del país citado es complicada, no obstante su alta producción petrolera. Su Producto interno bruto (PIB), es de 87,900 millones de dólares; el ingreso per cápita, se coloca

*Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho Internacional. Ambos grados académicos, fueron obtenidos en el Tecnológico de Monterrey. Actualmente cursa el doctorado en derecho en el Instituto José Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid, España.

en una cantidad cercana a 2,900 dólares anuales; su tasa de desempleo se ubica en una proporción cercana al 30%.

A estas fechas, el saldo de la guerra en la que se ha visto inmerso el país, es impresionante. El Ministerio de Salud de ese Estado árabe, estima que en el territorio iraquí han muerto en estos últimos cuatro años, como consecuencia directa de la violencia bélica, aproximadamente 650 mil seres humanos. El costo económico de esta guerra ha representado para las partes en conflicto, aproximadamente 8 mil cuatrocientos millones de dólares mensuales. El Pentágono, oficina que concentra todas las estrategias militares en la que se encuentran involucrados los estadounidenses, reportó, a octubre del 2006, un gasto de más de 267 mil millones de dólares.

Reflexionando al margen de estas cifras, es evidente un hecho: la guerra en Irak es un caso que colocó un supuesto riesgo nuclear por parte de la nación invadida, frente a una serie de actos denominados: ***legítima defensa preventiva*** que inclusive, han llegado a ubicarse por encima de la razón y de la convivencia internacional. Se piensa que como consecuencia de lo anterior, se está frente a un grave fracaso de la política internacional y de la posible responsabilidad de los involucrados en este grave conflicto, así como de los organismos internacionales, actores en estos hechos que son relevantemente criticados por la comunidad internacional. En el centro de estos cuestionamientos, se ubica el ataque a la soberanía de Irak y la obligación que tienen los organismos internacionales de garantizar la necesaria protección a todos los Estados, así como la preservación de la paz, como elemento indispensable en la convivencia internacional.

OBJETO DE ESTE ESTUDIO

No se debe ubicar el mismo en el pantanoso terreno de determinar si la razón la tienen los Estados Unidos de América o los iraquíes, puesto que visto así el problema, se colocaría la solución en un indudable callejón sin salida, además de que este tema ha sido ampliamente discutido en todos los foros internacionales, sin llegar a una solución. En consecuencia, independientemente

de la posible responsabilidad de los Estados beligerantes, se tomará como punto central de análisis la ***Responsabilidad de los Organismos Internacionales***, en estos lamentables acontecimientos y para ello, se impone la tarea de analizar el papel desempeñado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), cuando emitió las Resoluciones 678 de 29 de Noviembre de 1990 y 1511 de 16 de octubre de 2003 relativas ambas a Irak, por parte del Consejo de Seguridad.¹

Si se establece al respecto un adecuado orden en este tema tan importante para el derecho internacional, se debe empezar por analizar el concepto de ***organización internacional*** y si éste encuadra para el caso de Naciones Unidas. Precisamente en el Proyecto de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, se cita en el artículo 2 a la letra que: *Se entiende por organización internacional una organización instituida por un tratado o instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades.*

Sepúlveda, un importante doctrinario mexicano indica que: *sin una organización general entre los Estados, el derecho internacional manifiesta muchas de sus imperfecciones;... la organización internacional suprime la anarquía y el desorden que se da cuando los estados actúan aisladamente, sin concierto*²

En consecuencia, es indudable que la ONU es una organización internacional, –la más importante de todas las organizaciones–, y encuentra su sustento en la *Carta de San Francisco* de 26 de junio de 1945 la cual, reúne todos los requerimientos exigidos para un tratado internacional. Esta *Carta* dota a esta organización de personalidad jurídica propia; está conformada por Estados

¹ De 1990 a 2002 la Organización de Naciones Unidas adoptó 64 resoluciones sobre Irak, dato que es importante para resaltar la magnitud de los trabajos que el Consejo de Seguridad ha sacado adelante tan sólo para este Estado. Tales resoluciones pueden observarse en: http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/661/Iraq_Resolutions_Eng.htm

² Sepúlveda, César. *Derecho Internacional*. Editorial Porrúa. México, 1991, p. 283.

miembros (la integran casi doscientas naciones) e incluso, otras organizaciones internacionales, algunas inclusive, anteriores a la vida jurídica de la ONU, como lo son por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Unión Postal Internacional (UPI) o la Organización Mundial del Trabajo (OIT).

El artículo 1, del Proyecto anteriormente citado, en cuanto a la responsabilidad de los organismos internacionales, vislumbra la posible *responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho que sea ilícito en virtud del derecho internacional*. Si se correlaciona esto con el artículo 3, numeral 1, que expresa: “*todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional*”, se tendrá que concluir que existe una real posibilidad de que una institución como la ONU, pueda llegar a tener responsabilidad por la realización de una conducta ilícita (comisiva u omisiva), señalada por el derecho internacional. Desde luego, resulta conveniente señalar que este tema está aún inacabado, y que es importante que tanto los Estados como los propios organismos intencionales así como la doctrina, continúen trabajando en este importante aspecto del derecho intencional. Aquí se hará a continuación un estudio de las resoluciones emitidas por la ONU en torno a Irak en épocas relativamente recientes, y las deficiencias de aplicación de dichas resoluciones, así como la posible responsabilidad de la más importante organización internacional en este caso.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Por orden cronológico, se hará mención y estudio en primer lugar, de la Resolución 678 (1990) relativa a la ocupación e invasión de Kuwait por Irak. En este documento se encuentran una serie de elementos que a continuación y en forma breve, se expresan: el Consejo de Seguridad de la ONU, condena el intento de Irak de *alterar la composición demográfica* de Kuwait y de *destruir los libros del registro civil* de este país. Adicionalmente Irak, en

abierto desacato al Consejo, se negó a cumplir la resolución 660 (de 1990),³ así como resoluciones ulteriores, por lo que el mencionado Consejo, actuando de acuerdo al Capítulo VII de la Carta de la ONU, exigió al país responsable el cumplimiento pleno de la resolución 660 y todas las ulteriores, y autorizó en esta propia Resolución, a los Estados miembros para que cooperen con Kuwait en tanto Irak, no cumpla con lo anterior y que asimismo, dichas naciones *utilicen todos los medios necesarios* para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 y demás aprobadas por ese Consejo, con el objeto de mantener la seguridad y la paz internacionales; finalmente, el Consejo pidió a los Estados que lo mantuvieran periódicamente informado de todo lo que ocurriera con respecto a las medidas anteriores.

En el párrafo anterior se expresan a propósito, con letras cursivas, el daño que la ONU atribuyó a Irak en contra de Kuwait y que se repite, fueron: la alteración de la composición demográfica del país mencionado, así como la destrucción de sus libros de registro civil. La ONU consideró a tales actos como hechos agresivos por parte de Irak a dicho Estado. Es importante recalcar el concepto de *agresión*, ya que el Consejo expuso una definición del mismo en la resolución 3314/XXIX⁴ ilustrando que: *el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o cualquier otra forma incompatible con la Carta de la ONU, tal como se enuncia en la presente definición* (artículo 1), dicha definición se complementa con el artículo 3 que señala de manera enunciativa actos singulares que deben ser considerados como supuestos concretos de agresión:

Las invasiones o ataques armados, las ocupaciones militares o anexiones por la fuerza, el bombardeo o empleo de armas, el bloqueo de puertos o costas, los ataques a las fuerzas armadas de otro Estado, la utilización de

³ La Resolución 660 (1990) condenó la invasión y ordenó a Irak que se retirase de Kuwait, para tal finalidad invocó los artículos 39 y 40 de la Carta de la ONU, que se encuentran en el Capítulo VII.

⁴ Tal Resolución puede encontrarse en la siguiente página electrónica: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/manif.html>

las fuerzas armadas en el territorio de un Estado contra las previsiones del acuerdo internacional que permite su presencia en el mismo, la utilización del territorio de un Estado por fuerzas armadas de otro distinto para atentar contra un tercero, y el envío de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para actuar contra un Estado.

Indudablemente, los dos actos a los que se hace mención en la resolución 678 contra Kuwait por parte de Irak, se encuentran encuadrados en lo que el propio Consejo entiende por *agresión y actos de agresión*; tal vez, por esa misma razón fue que en ese año de 1990 esta institución decidió autorizar por primera vez a los Estados miembros a que cooperen con Kuwait y a que **se utilicen todos los medios necesarios** frente a Irak, **para restablecer la paz y seguridad internacionales en la región**. La ONU, o hablando con mayor precisión, el Consejo de Seguridad pretendió apoyar su resolución en el contenido del artículo 42 de la Carta de la ONU, que habla de un sistema colectivo de defensa ante las amenazas a la paz y seguridad internacionales, así como la legítima defensa de un Estado frente a otro, contenida en el artículo 51, a la que se hará referencia más adelante. Con apoyo en estos preceptos, el Consejo de Seguridad consideró que no existía en este caso, violación a la prohibición establecida en el artículo 2 de la Carta la cual, **proscribe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales**.

Sin embargo, haciendo un análisis jurídico integral de acuerdo en el derecho internacional existente, frente al proyecto de *Responsabilidad de los Órganos Internacionales*, este asunto no es tan sencillo. La resolución 678 (1990) dejó *cabos sueltos*, tal vez de manera deliberada, precisamente por la presencia de la mencionada proscripción del uso de la fuerza a que hace referencia el artículo 2 de la Carta de la ONU, al haber afirmado genéricamente que el Consejo de Seguridad *actuaba con arreglo al Capítulo VII*, y no mencionar de forma expresa el artículo 42 del mismo documento. La Resolución entre sus partes finales pide a *los Estados interesados que mantengan periódicamente informado al Consejo de Seguridad de lo que ocurra al respecto de las medidas que se adopten de conformidad con lo anterior*.

Los hechos consistentes en que el Consejo se sirviera de algunos Estados miembros de la organización y de *todos los medios necesarios* que estos utilizaron, incluso el uso de la fuerza, mediante la invasión, tanto del país agredido como del agresor, con el objeto de restablecer la paz y la seguridad internacionales, así como exclusivamente pedir que tan solo fuera informado de ello, implicó necesariamente una ausencia notable de instrumentos de control, derivándose de ello, ***una inminente responsabilidad para el Consejo de Seguridad***, sobre todo en el caso de que esos *medios necesarios* no fueron delimitados conforme a derecho, ni en cantidad, forma y grado por parte del citado Consejo, tal y como han expresado autores como Andrés Sáenz⁵ y Remiro Brotóns,⁶ afirmando que tal determinación se separa de la legalidad de la Carta, ya que el Consejo de Seguridad se extralimitó en sus competencias al trasladar las funciones que le son propias, a los Estados miembros, máxime que como antes se dijo, no controló la aplicación de esos ya multicitados *medios necesarios*, que trajo como consecuencia el innegable abuso de esos medios, por parte de los Estados participantes, que se prestaron muy solícitos a aplicar la decisión del organismo internacional.

En concordancia con todo lo anterior, el Secretario General sostuvo el criterio de que *el grado de eficacia* era decisivo para las operaciones conjuntas y por lo tanto, ***la ONU sería eventualmente responsable*** de los efectos producidos por la Resolución 678 y los daños que con ella se causaron. En un importante Boletín expedido por el Secretario General de la ONU, se expresa lo siguiente:

La responsabilidad internacional de la ONU por las actividades de sus fuerzas en un conflicto armado se basa en la suposición de que la operación de mantenimiento de la paz se realiza bajo el mando y control exclusivos de las Naciones Unidas [...] Cuando se realizan operaciones

⁵ Andrés Sáenz de Santa María, M., “Réplica: Cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak”, REDI, 1991, núm. 1, p. 119.

⁶ Remiro Brotóns, A., “La Crisis del Golfo y el Nuevo Orden Internacional”, Política Exterior, 1990, núm. 17, p. 100.

*conjuntas, la responsabilidad internacional por la conducta de las tropas, incumbe a la entidad a la que se haya encomendado el mando y el control de las operaciones, de conformidad con las disposiciones que establecen las modalidades de cooperación entre el Estado o Estados que aportan contingentes y las Naciones Unidas. Cuando no se han adoptado disposiciones oficiales entre las Naciones Unidas y el Estado o Estados que aportan contingentes, la responsabilidad se determinará en cada caso según el grado de contra efectivo ejercicio por las partes en la operación.*⁷

El artículo 3, numeral 2, del Proyecto de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales dice que: *hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión: a) es atribuible a la organización internacional, según el derecho internacional.* De acuerdo a este concepto el Consejo de Seguridad, al momento de dar a la luz esta Resolución 678, fue más allá de sus autoridad y consecuentemente, al renunciar al control (omisión) de las medidas necesarias, vulneró el mínimo irrenunciable de asegurar por parte del Consejo, en todo caso, *el control de tales medios necesarios a adoptar y aplicar en su contenido y materialización.*⁸

Esa Resolución pareció legitimarse en su momento por tres razones:

1. No se produjo ninguna protesta en contrario, ni en el seno del Consejo ni fuera de él por el contenido de la resolución;
2. No hubo más daños que lamentar que los de la población Kuwaití, pero no por parte de la sociedad civil de Irak por los *medios necesarios* a implementar por los Estados miembros y,

⁷ A751/389, párrafo 44, p. 12. En el “Boletín del Secretario General sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas”. (ST/SGB/1999/13, p. 1).

⁸ Andrés Saénz de Santa María, M., “Réplica: Cuestiones...”, *op. cit.*, nota 60, p. 119.

3. La resolución tuvo su fundamento en el amplio consenso político internacional existente en esos momentos, en virtud de la aplicación de un sistema de seguridad colectiva.

Es por ello que, además de lamentar una indudable responsabilidad internacional de la ONU precisamente con esta resolución, puede afirmarse que la misma, fue un mal precedente y un primer paso para el ejercicio indebido de una práctica del Consejo de Seguridad consistente en autorizar institucionalmente el uso de la fuerza armada para otros casos posteriores, sin exigir el debido, y adecuado control, en caso de la utilización de esa fuerza por medio del uso de las armas, por parte de los Estados que apoyen esas decisiones. **Ahí se ubica el verdadero mal, sentado por este precedente, que no fue detenido o evitado a tiempo.**

INVASIÓN DE IRAK

Caso aparte, pero sobre el mismo tenor, es la Resolución 1511 (2003) elaborada por el Consejo, a raíz de que Irak aún y cuando había mejorado su situación, continuaba siendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y además de que había cometido actos terroristas con bombas perpetradas contra la Embajada de Jordania el 7 de agosto de 2003, así como contra las sedes de las Naciones Unidas en Bagdad el 19 de agosto de 2003, la mezquita del Imam Ali de Najaf el 29 de agosto de 2003 y la Embajada de Turquía el 14 de octubre de 2003; a estos ataques se sumaron: el asesinato de un diplomático español el 9 de octubre de 2003 y el asesinato de la Dra. Akila Al-Hashimi, fallecida el 25 de septiembre de 2003, hechos mismos que eran condenados, Tanto por la ONU, como por la comunidad internacional.

En virtud del análisis de la probable responsabilidad de la ONU en la resolución que ahora se señala, se deben mencionar algunos antecedentes del caso. Uno de ellos, es que el citado documento se expidió en virtud de la figura jurídica de legítima defensa invocada principalmente por los Estados Unidos de América. Como ya se dijo anteriormente, el Derecho Internacional

legítima el recurso del uso de la fuerza solamente en dos situaciones: en el caso de legítima defensa y el mecanismo de seguridad colectiva regulado en el Capítulo VII de la Carta.⁹

Se ha discutido e inclusive, propuesto la existencia de causas adicionales para invocar el uso de la fuerza. Durante la década de los 90, por ejemplo, se revivió el debate en torno a la figura de la intervención con fines humanitarios, que el derecho internacional consuetudinario de fines del siglo pasado calificaba como *recurso de última instancia*.¹⁰ En fechas más recientes, y principalmente como consecuencia de los lamentables atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, la denominada doctrina del *derecho de preservación (right of self preservation)*,¹¹ este tema ha vuelto a ocupar el centro del debate, esta vez bajo el nombre de *legítima defensa preventiva (pre-emptive strike doctrine)*.¹² En el contexto de esta argumentación, fuerzas armadas de una coalición de Estados, encabezada por los Estados Unidos de América, intervinieron militarmente en Irak el 20 de marzo de 2003 sin la previa autorización del Consejo de Seguridad, con el aparente propósito de lograr que ese país islámico se deshiciera de sus armas nucleares de destrucción masiva, que aparentemente había fabricado y tenía almacenadas, significando ello, una *inminente amenaza para el mundo*.

En un panorama en el que varios autores han comentado que existe una seria erosión en el sistema jurídico internacional, llama la atención que incluso los Estados invasores, hayan buscado fundamentar sus acciones en el marco

⁹ El artículo 2 de la Carta de la ONU proscribía el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Las únicas excepciones a esto están en el artículo 42 (sistema colectivo de defensa ante las amenazas a la paz y la seguridad internacionales) y el artículo 51 (el derecho a la legítima defensa).

¹⁰ Lillich Richard B., "Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights", Iowa Law Review, vol. 53, 1967, p. 326.

¹¹ Observar Brownlie, Ian, "The International Law and Use of Force by States", 7a Edición, Oxford Clarendon Press, 1991, p. 42.

¹² Sobre este concepto, se ha observado a Kirgis, Francis L., "Pre-emptive Action to Forestall Terrorism", The American Society of International Law, ASIL Insights, junio de 2002.

del derecho internacional. Los gobiernos de los Estados Unidos de América, Reino Unido de la Gran Bretaña y Australia, enviaron comunicaciones oficiales al Presidente del Consejo de Seguridad el mismo 20 de marzo (horas antes de atacar a Irak). En ellas citaban los fundamentos legales e incluso políticos, que en su opinión, justificaban las acciones militares emprendidas. La base de sus argumentos se encontraban en las resoluciones 678 (1990),¹³ 687 (1991), y 1441 (2002),¹⁴ así como en el artículo 51 de la Carta.¹⁵

Sin embargo la *legítima defensa* y la *defensa colectiva* no operan oficiosamente, sino que es necesario que el Estado o Estados que aparezcan como víctimas, la pidan de manera expresa al Consejo de Seguridad y ***éste autorice esas medidas de excepción***. Las condiciones de la aplicación son las mismas para la legítima defensa tanto individual como colectiva, operando bajo los principios de *proporcionalidad* al daño sufrido, e *inmediatez*, debiendo el Estado víctima considerar que el uso de la fuerza se le autoriza en su caso, para repeler la agresión sufrida, mientras el Consejo de Seguridad

¹³ Recuérdese la probable responsabilidad del Consejo de Seguridad al dictar esta Resolución, ya que analizada en parte anterior de este trabajo.

¹⁴ Entre los argumentos se citan el incumplimiento por parte de Irak de sus obligaciones internacionales, la represión brutal contra la población iraquí y sus vínculos con el terrorismo y Al-Qaeda. Asimismo se hace una interpretación individual de las resoluciones 660 (1990), 678 (1990), 687 (1991), 688 (1991) y 949 (1994), en la que invocan el derecho a la legítima defensa y al sistema de defensa colectiva debido a la amenaza de la paz y la seguridad internacionales que en ese momento representaba Irak.

¹⁵ El artículo 51 de la Carta de la ONU dice a la letra:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

toma bajo su responsabilidad las acciones pertinentes para asegurar la paz y la seguridad internacionales.¹⁶

Adicionalmente, un Estado no puede alegar su derecho de legítima defensa para prevenir una amenaza que no sea inminente ni próxima, como lo fue el caso iraquí. Los Estados Unidos de América y su coalición expresaban bajo suposiciones (sobre la posesión de armas de destrucción masiva por parte de Irak), que ***su seguridad estaba siendo amenazada*** y por tal razón, invocaban aquél viejo debate de la *legítima defensa preventiva*. Tal amenaza, se ha visto, después de la invasión armada, que no existía, y mucho menos, cumplía con el requisito de ser *inminente y/o próxima*, ya que las armas de destrucción masiva nunca se encontraron. El propio gobierno de los Estados Unidos de América, así lo ha reconocido.

En este orden de ideas, y de acuerdo al documento de *Responsabilidad de los Estados*, en el artículo 2 puede suscribirse una responsabilidad internacional a la Organización Internacional de las Naciones Unidas, ***en este caso, por omisión***, independientemente de las responsabilidades por comisión que pudieran pesar sobre los países agresores.

El artículo 24 de la citada Carta destaca una situación sumamente clara y evidente en materia de responsabilidad internacional de los Estados. La parte medular de este precepto indica textualmente: *“Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:*

- a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y*
- b) Constituye una violación de una obligación internacional.*

En este caso debe interpretarse según el inciso b) de este numeral, que los Estados Unidos de América debieron de haber omitido cualquier acción contra

¹⁶ Artículo 24, numeral 1 de la Carta: *A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.*

Irak, no habiendo una amenaza inminente y/o próxima y no habiendo sido autorizados por el Consejo de Seguridad en su momento para intervenir con fuerzas armadas en el territorio de ese país, en virtud del reconocimiento de *facto* y de *iure* de la soberanía de tal Estado.

Habiendo quedado asentada la probable responsabilidad internacional de los Estados Unidos de América y las demás naciones participantes, por la intervención militar a Irak en el año 2003, sin que ese Estado tuviera armas de destrucción masiva, se puede hablar de una grave responsabilidad del Consejo de Seguridad y la ONU, a la luz del Proyecto de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, contenida en la Resolución 1511. En consecuencia, efectivamente puede establecerse una responsabilidad internacional a esta institución al haber legitimado los ataques a Irak por parte de los Estados Unidos de América y sus aliados, aún cuando la declaración de esa legitimación haya sido tratada con sutileza inigualable como puede apreciarse en los siguientes textos:

“13. Determina que la provisión de seguridad y estabilidad es esencial para llevar a buen término el proceso político [...] y para la capacidad de las Naciones Unidas de contribuir eficazmente a eses proceso y a la aplicación de la resolución 1483 (2003), y autoriza a una fuerza multinacional bajo un mando unificado que tome todas las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la paz y la estabilidad en el Irak...”

“14. Insta a los Estados Miembros a que presten asistencia en virtud del presente mandato de las Naciones Unidas, incluso fuerzas militares, a la fuerza multinacional mencionada en el párrafo 13 supra;

“15. ...en esa ocasión, si será necesario que en el futuro se mantenga la fuerza internacional, teniendo en cuenta las opiniones de un nuevo gobierno del Irak...”

“16. ...exhorta a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales y regionales a que contribuyan a la capacitación y el equipamiento de las fuerzas de policía y de seguridad iraquíes;”

“25. Pide que los Estados Unidos, en nombre de la fuerza multinacional indicada en el párrafo 13 supra, según proceda y por lo menos cada seis meses, le informen de las actividades y progresos de esa fuerza;”

(El texto subrayado, lo destaca la autora).

Sin embargo, es importante mencionar no sólo los factores legales, sino también los políticos, y sobre todo, los éticos, en la redacción de la citada resolución en octubre de 2003. Pues en aquella época el Consejo de Seguridad se enfrentaba al dilema de dictar una resolución en la que apoyara el uso de la fuerza contra Irak, corriendo el riesgo de legitimar una acción ilegítima de nacimiento, o bien, negarse a la acción de expedir una resolución de esa índole y enfrentarse a las múltiples opiniones en el sentido de que el Consejo y toda la ONU eran ya inoperantes en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

El Consejo, con fines visiblemente políticos, se inclinó por la primera opción y las consecuencias no se hicieron esperar. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar la presencia de una coacción económica en primer lugar, por parte –al menos– de los Estados Unidos de América sobre la ONU–, al anunciar este país, que suspendía el pago de sus cuotas a este organismo,¹⁷ y en segundo lugar, una coacción política de dos vertientes: a) por un lado, el país yanqui y sus aliados habían atacado ya al Estado iraquí casi 7 meses antes, enfrentándose el Consejo a una fuerte presión de legitimar o repudiar el acto de acuerdo a

¹⁷ Para resaltar la importancia del pago de cuotas por parte de los EEUU a la ONU, debemos citar los datos duros que revela el Fondo Monetario Internacional, mencionados en la presentación del Profesor Jorge Cardona para la materia titulada “Aplicación de Responsabilidades Internacionales” el día 21 de febrero de 2007 en el Centro Ortega y Gasset: El presupuesto ordinario de la ONU para el año 2003 proviene porcentualmente de la siguiente forma: UE 37.8%, EEUU 22%, Japón 19.5%, resto del mundo 20.7%. Las contribuciones al mantenimiento de la paz están integradas de la siguiente manera: EEUU 27%, UE-25 39%, Japón 19%, Resto del mundo 15%. Por lo que se puede observar que EEUU era el máximo colaborador en aquél año a los presupuestos de la ONU.

las apreciaciones de *legítima defensa y seguridad colectiva* que ofrecían EUA, Reino Unido y Australia, y dependiendo de ello su efectividad como órgano responsable de mantener la paz y la seguridad internacionales; y b) la redacción de una resolución contraria a la voluntad de los Estados Unidos que nunca habría sido dada a la luz, por virtud de la estructura y funcionamiento anti-democrático del Consejo y el poder de veto que históricamente tiene ese miembro permanente. El artículo 27 del Proyecto multicitado dice a la letra:

Coacción sobre una organización internacional por un Estado.

El Estado que coacciona a una organización internacional para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito de esa organización internacional; y*
- b) Actúa conociendo las circunstancias del hecho.*

Por lo tanto, de acuerdo con este dispositivo, y una vez que se probara con los elementos necesarios la coacción por parte de EUA y sus aliados al Consejo de Seguridad, éste estaría por esa causa, eximido de la responsabilidad de lo que contempla la resolución 1511 y sus consecuencias posteriores, y toda la responsabilidad sería trasladada al Estado atacante y sus aliados desde luego, si tal Proyecto de la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales estuviera ya en práctica.

CONCLUSIONES

Primera. Como ya se ha estudiado, en los casos de Irak, el Consejo de Seguridad trató de instrumentar uno de los regímenes resolutorios más extensos, confusos y contradictorios de su historia, cuyo desafortunado desenlace, amenaza la credibilidad de este órgano de la ONU.

Segunda. Sería necesario para el desempeño consecuente del Consejo, una reforma integral en su formación, funcionamiento y estructura, en la que si bien, no fuera posible un pleno sistema democrático (como lo aconsejan

algunos juristas), si en cambio, diversifique las opiniones de los miembros, sobre todo de los permanentes, de manera que los dichos de éstos, no sean decisivos a través del veto.

Históricamente China, EUA, Francia, Reino Unido y la URSS ganaron el derecho a ese veto, que en la actualidad más que ser funcional, se puede observar que ha desatado problemas que complican gravemente los temas relacionados con la paz y la seguridad internacionales y que en cambio, ha servido a intereses políticos y económicos de cada Estado, de manera cada vez más frecuente.¹⁸

Tercera. Indudablemente, sería materia de otro estudio, el análisis de una posible transformación del Consejo de Seguridad, de modo que, su eficacia fuera aún mayor de acuerdo a sus importantes objetivos y responsabilidades. Sin embargo, debe recordarse que el Derecho Internacional está en plena formación y aún no es coercitivo. Sobre estas ideas puede entenderse que el Consejo y la ONU integralmente, han operado de la mejor manera posible en la consecución de sus postulados, y que en tanto, los Estados miembros no asuman un compromiso verdadero con los fines de esta Organización, no habrá ninguna institución internacional que funcione de manera verdaderamente eficaz, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Cuarta. Este debate, que se sigue dando en el entorno del derecho internacional, obliga a que el Proyecto de la Responsabilidad de la Organizaciones Internacionales, se estudie y en su caso, sea probado por la Asamblea General, con el fin de que el mismo adquiera plena obligatoriedad y vigencia. Hasta en tanto, esta responsabilidad de los citados organismos internacionales, sigue ubicada casi exclusivamente en el campo de la ética internacional, y en el área jurídica de las múltiples interpretaciones e inacabables discusiones. No es posible, no es aconsejable que por falta de los acuerdos

¹⁸ En esta tesitura, habría que discutir la verdadera razón por la cual Estados Unidos de América, atacó militarmente a Irak y para ello se debe recordar los grandes yacimientos de petróleo que tiene ese estado, la intención de Sadam Hussein de cambiar el apoyo de todo el sistema petrolero de dólares a euros y la tarea de la reconstrucción de Irak, comandada por David Cheney, preparada incluso, desde antes de la intervención armada.

intencionales necesarios, se sigan dando casos que desgraciadamente deterioran las relaciones internacionales y al mismo tiempo, debilitan a las organizaciones mundiales en su imagen y prestigio.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 58° período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006). Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales.
- ✓ Comisión de Derecho Internacional. 55° período de sesiones. (Ginebra 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2003). Primer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.
- ✓ Comisión de Derecho Internacional. 55° período de sesiones. (Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de junio a 6 de agosto de 2004). Segundo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.
- ✓ Comisión de Derecho Internacional. 57° período de sesiones. (Ginebra, 2 de mayo a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2005). Cuarto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.
- ✓ Comisión de Derecho Internacional. 58° período de sesiones. (Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006). Cuarto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales
- ✓ González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I.; Saénz de Santa María, Paz Andrés. "Curso de Derecho Internacional". Tercera edición. Thomson Civitas. Madrid, 2003.
- ✓ Pastor Ridruejo, José Antonio. "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales". Décima edición. Editorial tecnos. Madrid, 2006.
- ✓ Díez Velasco, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Décimo quinta edición. Editorial tecnos. Madrid, 2006.
- ✓ Canchota Gutiérrez, Ulises. "Análisis Jurídico del Régimen Resolutorio Adoptado por el Consejo de Seguridad Respecto a Irak y el Uso de la Fuerza Parte de una Coalición de Estados". Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. IV, 2004, pp. 87-116.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: LA COEXISTENCIA ¿PROBLEMÁTICA? DE DOS SISTEMAS

Mtro. Eduardo Román González*

INTRODUCCIÓN

Europa se caracteriza por ser uno de los espacios territoriales en el que más y mejor se protegen los derechos fundamentales, como consecuencia de la tradición constitucional establecida por los países europeos a partir de la Segunda Guerra Mundial en materia de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, así como de la persecución de este principio en las principales organizaciones conformadas por países europeos. En este espacio jurídico convergen tres sistemas de protección de los derechos fundamentales: a) el del ámbito interno de los países europeos, b) el del *Consejo de Europa* (CE) y el del *Unión Europea* (UE). Sin embargo, esta triple protección no ha logrado que Europa permanezca ajena a que se generen dentro de ella insuficiencias en la protección de los derechos derivadas, en ocasiones, por la interferencia entre dichos sistemas.

En el presente trabajo nos centraremos en la convergencia y en la (en ocasiones difícil) coexistencia dos de estos sistemas: el del CE y el de la

* Becario del CONACYT (México), la Fundación Carolina (España) y el Programa Alþan (Unión Europea) para estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, España. Tiene una Maestría en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Es Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey. Contacto: eduardoroman@exatec.itesm.mx

UE.¹ Para ello se realiza un análisis sobre el origen del sistema del CE, así como de la evolución que ha experimentado la protección de los derechos fundamentales en el seno de lo que hoy es la UE, señalando como entre dichos sistemas se han producido algunos acercamientos y generado algunos conflictos, cuya solución pudiera encontrarse en la integración de ambos sistemas.

1. El surgimiento de los dos sistemas de protección

Para analizar el surgimiento de dichos sistemas, es necesario remontarnos a los años inmediatamente posteriores a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, si bien desde antes se hicieron algunos planteamientos serios para constituir una unidad de los Estados europeos, es sólo a partir de los efectos generados por la Segunda Guerra Mundial que dichos planteamientos comienzan a surtir efectos. A decir de Ruiz Miguel, “la magnitud del desastre fue tal que pronto los sectores intelectualmente más lúcidos decidieron retomar con nuevos bríos el proceso de construcción europea.”²

A partir de 1946 se fueron conformando organizaciones integradas por distintos países europeos, tales como la *Unión Parlamentaria Europea* y el *Congreso Europeo*, las cuales fueron la base para que el 5 de mayo de 1949 se constituyera el CE. Inmediatamente después de su constitución, el CE inició las tareas para elaborar una carta de derechos fundamentales. El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH) fue finalmente suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950.

A decir de Ruiz Miguel, en las discusiones efectuadas respecto la elaboración del Convenio, se pusieron de manifiesto dos posturas que no fue

¹ Sobre la convergencia de los sistemas nacionales y supranacionales en Europa puede verse: RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “«Divide et obtempera?». Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, abril 2003, pp. 49-67.

² RUIZ MIGUEL, CARLOS. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2, 2º semestre 2003, p. 65.

posible conciliar: la de los “federalistas europeos” o “europeístas”, que buscaban una integración de mayores alcances que los ofrecidos por la redacción final del CEDH y la de los “estatalistas”³ quienes veían con cierta desconfianza el grado de integración que buscaban los primeros. Esta divergencia dio como resultado, que los “europeístas” buscaran nuevas vías de integración siguiendo las ideas de Robert Shuman respecto a que la integración europea no se daría de golpe y que ésta requería integraciones en temas concretos que lograran una solidaridad de hecho. Lo anterior dio como resultado la creación de la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (CECA) en 1951.⁴

La creación de esta comunidad despertó de nuevo los ímpetus por lograr la unión política de Europa, por lo que en 1952 se elaboró un proyecto para la creación de una *Comunidad Europea de Defensa* (CED), en el cual se reconocía expresamente el respeto que esta organización tendría por los derechos fundamentales. Adicionalmente al proyecto del CED, en 1953 se elaboró un proyecto de *Tratado sobre Estatuto de la Comunidad Europea* en el cual también se hacía una amplia referencia al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales e, incluso, se buscaba la integración a dicho estatuto de algunas disposiciones del CEDH,⁵ lo que sin duda constituía un reencuentro entre ambos ordenamientos: el del CE y el que había comenzado a formarse a partir de la CECA.

Sin embargo, los anteriores esfuerzos por conciliar los dos sistemas se vinieron abajo con el rechazo de Francia al CED en 1954, con lo que a partir de entonces comenzaría una verdadera “bifurcación” de la unión de Europa: por un lado el CE y por el otro, la CECA a la que, posteriormente, se le sumarían en 1957 la *Comunidad Económica Europea* (CEE) y la *Comunidad Europea de Energía Atómica* (CEEA).⁶

³ *Ibidem*, p. 66.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, pp. 67-68.

⁶ *Ibidem*, p. 68.

En el primer ámbito –el del CE– se buscaba la integración de Europa a través del CEDH que contaba con la garantía de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En tanto, con la segunda se buscaba una integración europea de carácter predominantemente económico, garantizada en buena medida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) –órgano previsto en Tratado de la CEE– aunque, como a continuación veremos, dicha jurisdicción no permaneció mucho tiempo ajena al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

Los tratados que dieron origen a lo que, posteriormente, sería la UE, no contenían referencias al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, si bien, tampoco se encontraban totalmente exentos de reconocer algunos derechos,⁷ aunque estos últimos inherentes a la naturaleza económica de las relaciones que regulaban dichos tratados: libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre circulación de bienes, servicios y capitales, etc.⁸ La ausencia de un catálogo de derechos fundamentales ha sido explicada como una consecuencia derivada del hecho de que todos los Estados fundadores de las Comunidades habían suscrito el CEDH,⁹ aunque para otros se debía más bien a la idea de que la actividad de las Comunidades difícilmente podrían generar alguna violación a algún derecho fundamental y que, de producirse, sería resuelta por los propios Estados.¹⁰

⁷ CORCUERA ATIENZA, Javier. “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel!”, en la obra por él coordinada: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid: Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2002, pp. 61-62.

⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos”, en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid: Dykinson., 2004, p. 12.

⁹ RODRÍGUEZ-VERGARA, Ángel. “Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos”, en CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 99.

¹⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Una Carta de dudosa utilidad”, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid: Civitas-Caja de España-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2002, p. 171.

Sea cual fuera la razón por la no se consideró necesaria la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales, lo cierto es que el dinamismo de las relaciones entre las Comunidades y los países miembros y el impacto de aquellas en los ciudadanos de éstos, generó que pronto se plantearan ante los órganos jurisdiccionales de las Comunidades casos en los que se alegaban violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en ámbito interno de los Estados.

2. La expansión de la protección de los derechos fundamentales en la UE

A través de su jurisprudencia, el TJCE ha pasado de la negación a una continua ampliación de los derechos fundamentales protegidos en el sendo de la UE. A pesar de los beneficios que esto pueda suponer, lo cierto es que en la medida en que el TJCE se ha comprometido con la defensa de los derechos fundamentales, los puntos de interconexión entre los sistemas de protección de la UE y del CE, se han ido incrementando al grado de producir una convergencia que en ocasiones resulta problemática.¹¹

En un primer momento, la doctrina del TJCE se concretó a señalar que los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros no formaban parte del derecho que las Comunidades estaban obligadas a aplicar.¹² Esta doctrina sería abandonada a partir de 1969, año en el que el TJCE comienza a señalar que los derechos fundamentales son principios generales del Derecho Comunitario, elaborando jurisprudencialmente un catálogo de derechos

¹¹ Por ejemplo, Chueca Sancho divide en tres etapas la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos: a) etapa de negación (hasta 1969), b) etapa de los primeros pasos de protección (hasta 1974), c) etapa de consolidación de la protección (hasta 1989) y d) la etapa de coexistencia problemática con el sistema del CE (hasta la actualidad) (CHUECA SANCHO, Ángel. “La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios”, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 40).

¹² De acuerdo con el mismo autor, en esta etapa también resultan relevantes las sentencias de los casos *Stork* 1/58, sentencia del 4 de febrero de 1959 y *Marcelo Sgarlatta y otros* 40/65, sentencia del 1 de abril de 1965.

fundamentales para las Comunidades, lo que se ha dado por llamar una labor “pretoriana” de dicho Tribunal.¹³

Esta labor pretoriana comenzaría con la sentencia del caso *Stauder*.¹⁴ El caso trata de un indigente alemán que recibía bonos para comprar mantequilla a bajos precios, en los cuales se indicaban sus datos personales, situación que esta persona consideraba que lesionaba su derecho a la intimidad, pues los mismos evidenciaban su condición de indigente. La sentencia, si bien no de la dio la razón al señor Stauder, sí estableció que los derechos fundamentales constituían principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto el TJCE se encargaba —o más bien se encargaría a partir de entonces— de proteger.

A partir de entonces, en las sentencias posteriores el TJCE seguirá confirmando esta doctrina a la cual agregará algunos elementos relevantes. Al año siguiente de la sentencia *Stauder*, se resolvió el caso *Internationale*,¹⁵ en el cual, el TJCE, además de confirmar su doctrina anterior en el sentido de que los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho Comunitario cuya observancia el Tribunal asegura, señaló que la salvaguarda de estos derechos —aquí lo novedoso— se inspiraba en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que los mismos debían ser garantizados en el marco de la Comunidad.

El hecho de que el TJCE afirmara que la salvaguarda de los derechos fundamentales debía ser garantizada “en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad” generó cierta preocupación en los Tribunales Constitucionales de algunos Estados miembros de las Comunidades, los cuales veían que el TJCE se apropiaba de una competencia no cedida por los Estados y que tradicionalmente sólo había correspondido a ellos ejercer: la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en su territorio. En primer lugar,

¹³ Véase: RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Dir.). *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid: Civitas-Colegio Libre de Eméritos, 2002, p. 153.

¹⁴ *Stauder* 29/69, sentencia del 12 de noviembre de 1969.

¹⁵ *Internationale Handelsgesellschaft* 11/70, sentencia del 17 de diciembre.

esto fue señalado por Corte Constitucional italiana en la sentencia emitida en el caso *Frontini*,¹⁶ en la cual estableció que si bien en la Constitución italiana se habían consentido limitaciones de soberanía al transferir ciertas competencias a las Comunidades, éstas habían sido únicamente para cumplir con las finalidades de las Comunidades, pero que de ningún modo estas limitaciones podían “conllevar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de las personas humanas”. Es decir, que la protección de los derechos fundamentales no solo no era una competencia transferida a las Comunidades, sino que la misma era intransferible.¹⁷

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia conocida como *Solange I*,¹⁸ consideró que la protección de los derechos fundamentales en la CEE presentaba graves deficiencias, ya que en ellas no existía un Parlamento elegido directa y democráticamente con competencias legislativas, ni contaban con un catálogo de derechos fundamentales similar al previsto en la Constitución alemana. Por ello, consideraba que no existía la seguridad de que en el seno de las Comunidades se ofreciera una protección similar a la del ámbito interno, por lo que la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana debía seguir siendo competencia únicamente del Tribunal Constitucional.

No obstante las objeciones a su doctrina, el TJCE continuó incorporando y dando forma a la protección de los derechos fundamentales. El siguiente paso lo dio al resolver el caso *Nold*,¹⁹ en el cual confirmó su doctrina anterior en el sentido de que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho Comunitario (*Stauder*), que estos derechos se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (*Internationale*) y agregó dos aspectos novedosos: a) que “los instrumentos

¹⁶ *Frontini* 183/1973, sentencia del 27 de diciembre.

¹⁷ RUIZ MIGUEL, Carlos. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸ Sentencia del 29 de mayo de 1974.

¹⁹ *Nold* 4/73, sentencia del 14 de mayo de 1974.

internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre en los que los estados miembros han cooperado o a los que se han adherido pueden igualmente proporcionar indicaciones que es conveniente tomar en cuenta en el cuadro del Derecho Comunitario” y b) que en su labor de garantizar los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho Comunitario, cuya protección realiza bajo la inspiración de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el TJCE no podría admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados.²⁰

Los dos aspectos son de suma relevancia, respecto del primero porque el TJCE abre la puerta a los tratados internacionales de los que fueran parte los Estados miembros como otra fuente de inspiración de la cual el Tribunal podría extraer el catálogo de derechos fundamentales, lo que más adelante permitiría una referencia directa al CEDH, manifestándose así un nuevo acercamiento entre el sistema de protección de las Comunidades y el del CE. Respecto del segundo, porque estableció la doctrina del “estandar máximo”,²¹ mediante la cual el TJCE garantizaba que la protección de los derechos fundamentales que éste ofrecería, en ningún caso sería inferior al ofrecido en el ámbito interno de los Estados.

Para algunos autores, no fue la voluntad de garantizar la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes comunitarios, sino la de sustraer a los jueces nacionales la función de asegurarla, la que llevó al TJCE a atribuirse a así mismo la tarea de controlar las normas comunitarias desde el punto de vista de los derechos.²² Para justificar su actuación y para lograr que la misma resultara aceptable, el TJCE tuvo que recurrir a fuentes que no resultaran ajenas al ordenamiento comunitario, del tal forman que permitieran extraer de ellas normas que ya se encontraban presentes en el ordenamiento, por lo cual utilizó la práctica constitucional común de los Estados miembros y los

²⁰ Véase: RUIZ MIGUEL, Carlos. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 77.

²¹ *Ibidem*.

²² RUBIO LLORENTE, Francisco. “Una Carta de dudosa utilidad”, *op. cit.*, p. 172.

convenios internacionales como fuentes y categorizó a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario.²³

Sea cual fuera la verdadera intención, lo cierto es que a partir de la sentencia *Nold*, el TJCE inició una etapa de expansión de su doctrina, en la cual llevó a cabo una ampliación paulatina en la protección de diversos derechos fundamentales, como el reconocimiento a la irretroactividad de ley penal, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio, etc.,²⁴ llegando a sostener más recientemente que el respeto de los derechos fundamentales puede implicar, en ocasiones, limitaciones a la vigencia de aspectos centrales en los que se funda la UE, como las libertades económicas.²⁵ De esta forma, el TJCE fue configurando lo que hasta ese momento se encontraba ausente en el ámbito de las Comunidades Europeas, la existencia de un catálogo de derechos fundamentales que él mismo garantiza. Lo anterior, ha llevado a Sanz Caballero a afirmar que en el sistema jurídico comunitario ha sucedido lo opuesto a lo acontecido en la mayoría de los sistemas jurídicos, en el sentido de que la garantía judicial de los derechos ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de los mismos.²⁶

²³ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, op. cit., p. 117.

²⁴ Durante esta etapa sus sentencias más relevantes son *Hauer* 44/79, del 13 de diciembre (reconocimiento del derecho de propiedad) y *Orkem* 374/87, del 18 de octubre de 1989 (limitación del derecho a no declarar contra sí mismas sólo para personas físicas) (CHUECA SANCHO, Ángel, “La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios”, op. cit., p. 43).

²⁵ En este sentido pueden verse las sentencias: *Schmidberger* 112/00, del 11 de julio de 2002 y *Omega* 36/02, del 14 de octubre de 2004.

²⁶ SANZ CABALLERO, Susana. “Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, enero-abril 2004, p. 118.

No obstante lo anterior, en tanto que se trata de principios del Derecho Comunitario que el TJCE *extrae* de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los tratados internacionales que en la materia hubieren suscrito (especialmente el CEDH), la declaración de la existencia de un derecho objeto de protección queda al arbitrio del TJCE. Esto no dejaba de suponer un importante problema de seguridad jurídica, pues a final de cuentas los principios son normas no escritas “que solo los jueces pueden definir y utilizar para basar en ellas su decisión”²⁷ y si bien a partir de entonces los mismos tenían ya fuentes de inspiración más claras (tradiciones constitucionales y CEDH), nada impedía que el TJCE pudiera dar un contenido o un alcance distinto a un derecho reconocido por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o por el CEDH. En otras palabras, el las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el CEDH eran tomados en cuenta por el TJCE “sólo como un primer escalón para construir sobre él el estándar comunitario de protección, cuya definición precisa puede por lo tanto diferir de la dispensada tanto por la Convención como por los ordenamientos nacionales.”²⁸

3. Un catálogo de derechos fundamentales para la UE

No obstante que en los tratados originarios paulatinamente se fueron incorporando algunas referencias al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales,²⁹ seguía faltando en el ámbito de la UE un catálogo claro de derechos fundamentales. A continuación, nos referiremos brevemente al proceso que ha llevado a la UE a contar hoy con su propio catálogo de

²⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “Una Carta de dudosa utilidad”, *op. cit.*, p. 177.

²⁸ RODRÍGUEZ-VERGARA, ÁNGEL. “Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 104.

²⁹ Véanse, entre otras: el Preámbulo del *Acta Única Europea*, aprobada el 27 de enero de 1986 en Luxemburgo; el Preámbulo y los artículos 6.1, 6.2 y 49 del *Tratado de la Unión Europea* suscrito en Maastricht el 7 de febrero de 1992; las inclusiones de los artículos 7.1 al *Tratado de la Unión Europea* y 46, inciso d) al *Tratado de la Comunidad Económica Europea*, introducidas por el *Tratado de Ámsterdam* de 1997.

derechos fundamentales, independiente del CEDH, aunque, como veremos, no en contraposición con él.

a) La adhesión de la UE al CEDH: un primer intento fallido

La adhesión de la UE –y anteriormente de las Comunidades– al CEDH era un asunto que se venía planteando y proponiendo de tiempo atrás, incluso desde 1979, cuando la Comisión Europea lanzó una iniciativa de adhesión de la Comunidad al CEDH, la cual, entonces, no prosperó. Posteriormente, fue una comunicación por parte de la Comisión Europea del 19 de noviembre de 1990, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH, la que reabrió el debate. Esta comunicación sería reiterada el 26 de octubre de 1993 y se materializó finalmente el 26 de abril de 1994, en una solicitud del Consejo Europeo dirigida al TJCE para que éste se pronunciara sobre la competencia de la Comunidad para negociar y concluir un acuerdo de este tipo.³⁰

La adhesión de las Comunidades europeas al CEDH parecía una solución adecuada, pues como hemos visto, el mismo era utilizado en forma reiterada por el TJCE como fuente de inspiración. Darle a esa fuente de inspiración una posición más sólida y relevante en el derecho comunitario, a través de su adopción como el catálogo de derechos fundamentales vigentes para la UE, se perfilaba como la mejor alternativa.

Sin embargo, el TJCE no permitiría esta adhesión. En su dictamen del 28 de marzo de 1996, el Tribunal señala que la adhesión no es posible sin la modificación previa de los tratados comunitarios, debido a dos factores: a) la falta de competencia de la Comunidad para celebrar tratados en esta materia, pues “ninguna disposición del tratado confiere a las instituciones

³⁰ Véanse: RIDEAU, Jöel, “Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos”, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, op. cit.*, pp. 73-75 y CHUECA SANCHO, Ángel. “Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional, op. cit.*, p. 40.

comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o celebrar convenios internacionales en este ámbito”; y b) la profunda transformación que la inclusión en el CEDH implicaría para el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, “en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario.”

Lo anterior tuvo como consecuencia que quedará cerrada una nueva posibilidad de lograr la convergencia ordenada entre los dos sistemas de protección surgidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial,³¹ la cual se pretendía lograr a través de la asunción de un catálogo común de derechos fundamentales para ambos sistemas. No obstante, a partir de ese momento se intensificaron los esfuerzos por concretar un catálogo de derechos fundamentales propio de la UE, dándose los primeros pasos para la elaboración y posterior aprobación de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE), a lo que a continuación nos referiremos.

b) La elaboración de la CDFUE

A partir del rechazo del TJCE a la adhesión de las Comunidades al CEDH, se asumió la necesidad de poner en marcha el proceso para la elaboración de una carta de derechos fundamentales propia para la UE. Entre otras iniciativas debe destacarse la creación en 1997 de un grupo independiente de expertos en materia de derechos fundamentales, al cual se le encomendaría estudiar la situación de estos derechos en el ámbito de la UE y la posible inclusión de una Declaración de Derechos en la siguiente revisión de los tratados comunitarios.³²

En el informe del grupo de expertos presidido por el profesor griego Spiros Simitis presentado en febrero de 1999, se señaló que:

³¹ RUIZ MIGUEL, Carlos. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 87.

³² CORCUERA ATIENZA, Javier. “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel”, *op. cit.*, pp. 81-82.

(...) los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser ‘visibles’...Deben encontrarse los medios para conseguir la máxima visibilidad de los derechos, lo que implica su enumeración expresa, a riesgo de repetirse, en lugar de una simple referencia general a otros convenios en los que figuran.³³

Ante esta situación, el Consejo Europeo de Colonia, celebrado el 3 y 4 de junio de 1999, tomó un Acuerdo en el que se contenía la decisión de elaborar una *Carta de Derechos Fundamentales* que pusiera de manifiesto a los ciudadanos de la Unión, de manera clara y visible, los derechos fundamentales en vigor.³⁴ El mandato del Consejo de Colonia fue incluso más allá, al señalar que la Carta debía incluir: a) los derechos de libertad e igualdad y los derechos procesales fundamentales, tal como se consagraban en el CEDH, b) los derechos básicos que corresponderían únicamente a los ciudadanos de la UE, c) los derechos económicos y sociales del mismo modo que se encontraban previstos en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores.³⁵

La composición del órgano que habría de elaborar la Carta, quedó determinada en el Consejo Europeo de Tampere, realizado el 15 y 16 de octubre del propio 1999. El órgano colegiado encargado de la elaboración –que posteriormente se autodenominó “Convención”– quedó conformado de la siguiente manera: 30 parlamentarios nacionales, 16 parlamentarios europeos, 15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno y 1 representante de la Comisión Europea. Asimismo, asistieron en calidad de

³³ La cita se toma de: RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Lectura Inaugural del Curso Académico 2000-2001*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 6.

³⁴ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

³⁵ *Ibidem*, p. 7.

observadores algunos integrantes del TEDH, representantes del CE y miembros de la sociedad civil.³⁶ El cuanto al método de trabajo, la Convención no adoptó un sistema de mayoría, sino que trabajó en base a lograr consensos en cada parte de la Carta, así como en la redacción final de la misma. Este método resultó sumamente exitoso y seguramente impidió un mayor choque entre las distintas posiciones que se hubiesen presentado de haberse seguido el método mayoritario.³⁷

Como veíamos, el mandato del Consejo de Colonia dirigido a la Convención que elaboró la Carta parecía estar más bien enfocado a que ésta plasmara por escrito los derechos que por algún medio (Constituciones nacionales, CEDH y otros acuerdos internacionales, jurisprudencia del TEDH, etc.), ya estuvieran en vigor, es decir, no se advierte en el mandato alguna autorización para crear nuevos derechos. No obstante, el resultado final revela la inclusión de novedosos derechos que, sin duda, ponían a la CDFUE a la vanguardia en materia de derechos fundamentales; un aparente exceso que, no obstante, no ha dejado de ser criticado por algún sector de la doctrina.³⁸ No obstante, a decir de Rodríguez Bereijo el resultado final de la Carta no recogió todas las posturas innovadoras que se plantearon en la Convención, pues se entendió que cuanto más densidad de contenido hubiese tenido la Carta, mayor habría sido la dificultad de lograr el consenso necesario para su aprobación y posterior inserción en los Tratados.³⁹

³⁶ Véase: *Ibidem*, p. 8 y FONSECA MORILLO, Francisco J. “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 94.

³⁷ *Ibidem*, pp. 96-97.

³⁸ Véase: RUBIO LLORENTE, Francisco. “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *op. cit.*, p. 148.

³⁹ “Semejante ejercicio de autocontención ha exigido transacciones y renunciaciones, así como no pequeñas dosis de prudencia y realismo, para buscar soluciones de compromiso que todos, por consenso, pudiesen aceptar” (RODRIGUEZ BEREJO, Álvaro, “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”, *op. cit.*, p. 209).

El 2 de octubre de 2000 la Convención envió el proyecto aprobado por consenso, siendo aprobado conjuntamente por el Consejo Europeo de Niza, el Presidente del Parlamento Europeo, el Presidente del Consejo de la UE y el Presidente de la Comisión Europea, el 7 de diciembre de 2000. Su contenido como hemos dicho, supone un gran avance en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, pues constituye, por un lado, un intento por agrupar los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito jurídico europeo y, por otro lado, incorpora algunas cuestiones novedosas. En relación con nuestro trabajo, resulta de suma relevancia lo siguiente: a) la mención expresa en el preámbulo de la CDFUE de que la UE reafirma los derechos fundamentales reconocidos, entre otros instrumentos, por la jurisprudencia del TEDH; b) el contenido del artículo 52.3 que establece que en la medida en que la Carta contenga derechos reconocidos también por el CEDH, “su sentido y alcance serán iguales a los que se les confiere en dicho Convenio”, lo cual, sin embargo, “no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.”; c) el contenido del artículo 53 que establece que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse en forma limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, “y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.”

Las anteriores disposiciones tienen un claro objetivo de lograr la cohesión de los sistemas de la UE y del CE en materia de protección de los derechos fundamentales. En la primera se reconoce la labor del TEDH en la protección de los derechos fundamentales. En tanto, la segunda y la tercera, tienen como propósito impedir cualquier interpretación perjudicial para la protección de los propios derechos. Es decir, no pretenden la uniformidad en la interpretación, sino que las divergencias interpretativas no tengan como resultado una protección menor de los derechos. Todo lo contrario, si se da esa divergencia debe ser para ofrecer una protección mayor.

Respecto del carácter de la Carta, si bien no ha sido incluida en los tratados comunitarios y, por lo tanto, no goza de eficacia jurídica directa, ello no supone que este totalmente desprovista de valor jurídico, pues, en ocasiones el TJCE apoya sus resoluciones en materia de derechos fundamentales, en alguna de las disposiciones contenidas en la Carta,⁴⁰ con lo cual ha ido adquiriendo una gran fuerza moral. Quizá por todo ello y con el propósito de que el esfuerzo de construcción de un catálogo de derechos fundamentales para la UE quede cristalizado en un documento con fuerza normativa directa, es que el contenido prácticamente íntegro de la Carta fue incluido en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (TCUE).

4. La difícil coexistencia entre los sistemas de protección de la UE y el del CE

Como hemos dejado asentado en los apartados anteriores, los dos sistemas de protección de los derechos fundamentales vigentes en el ámbito jurídico europeo a los que nos hemos enfocado en este trabajo se encuentran en la actualidad perfectamente configurados, en cuanto a que los dos, ahora, cuentan ya con su propio catálogo de derechos fundamentales y con su propio órgano jurisdiccional que los garantiza.

Dichos sistemas se encuentran estrechamente interconectados debido a los siguientes elementos: a) su acción coincide en su ámbito espacial de aplicación, pues todos los países integrantes de la UE pertenecen también al CE, aunque este último es más amplio; b) por consiguiente, su acción tiene impacto en un mismo ámbito personal, el de los nacionales de los países miembros de la UE, aunque el ámbito personal de aplicación del sistema del CE es más amplio y c) ambos sistemas coinciden en una de sus finalidades: la

⁴⁰ MATÍA PORTILLA, Francisco Javier, “La eficacia de la Carta de Niza”, en la obra por él dirigida: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 141.

protección de los derechos fundamentales de las personas a las que se encuentran dirigidos, dentro del territorio en el cual tienen aplicación.⁴¹

No obstante que en principio los actos cuya regularidad vigilan ambos sistemas son distintos —el TJCE vigila la regularidad de los actos de las instituciones de la UE y de los países miembros en la aplicación del Derecho Comunitario y el TEDH vigila la regularidad de los actos de las autoridades de los países miembros del CE, consistente en que estas respeten el contenido del CEDH—, nada impide que ciertos actos puedan llegar a ser sujetos de control por ambos sistemas, sobre todo tratándose de actos de los países miembros de ambos sistemas en aplicación del derecho comunitario que puedan considerarse que a la vez violan el CEDH.

Un caso paradigmático y que refleja lo anterior, es la sentencia del TEDH en el caso *Matthiews vs. Reino Unido*.⁴² Se trata de un caso en el que una ciudadana de Gibraltar acusa al Reino Unido de no permitir su participación en las elecciones del Parlamento Europeo —institución de la UE—, debido a una disposición que el Reino Unido implementó en aplicación de una norma comunitaria, alegando que con dicha imposibilidad de participar en las elecciones al Parlamento Europeo, se violaba el artículo 3 del Protocolo Adicional No. 1 del CEDH, en el cual se dispone la obligación de los Estados parte del Convenio de “organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la expresión de la opinión del pueblo *en la elección del cuerpo legislativo*” (cursivas mías). Es decir, en esencia, lo que se alega es que un Estado miembro del CE violó el CEDH al aplicar el derecho de la UE.

La resolución del TEDH establece diversos aspectos relevantes como los siguientes: a) que la disposición alegada como violada sí es aplicable a Gibraltar, toda vez que el Reino Unido había realizado la declaración a la que se refiere el hoy artículo 56.1 del CEDH, que permite que cualquier Estado declare mediante una notificación dirigida a la Secretaría General del CE, que el CEDH

⁴¹ CHUECA SANCHO, Ángel, “La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios”, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁴² Sentencia del 18 de febrero de 1999.

—y sus protocolos ratificados— sean aplicables en los territorios por cuyas relaciones internacionales es responsable; b) que el Parlamento Europeo sí debe considerarse como un verdadero cuerpo legislativo; y c) que el hecho de que el Reino Unido actuase en aplicación de una norma comunitaria, no lo eximía de cumplir con el CEDH, en tanto que también se encontraba adherido a él.

Otro aspecto en lo que puede haber concurrencia entre los sistemas de la UE y del CE es en la interpretación de un mismo derecho fundamental. Un caso que evidencia la existencia de divergencias entre la jurisprudencia del TEDH y la del TJCE en la interpretación de los alcances de un mismo derecho fundamental, es el relativo al derecho fundamental de inviolabilidad al domicilio. Respecto de este derecho el TJCE ha entendido que sólo es aplicable al domicilio de las personas físicas,⁴³ en tanto que el TEDH le ha dado un alcance mayor al considerarlo también extensivo a locales comerciales o profesionales.⁴⁴

Los casos antes citados son sólo ejemplos de la coexistencia problemática que en ocasiones se presenta entre estos sistemas de protección de los derechos fundamentales. Dichos conflictos generan un problema de seguridad jurídica tanto para los Estados miembros de ambos sistemas, como para los nacionales de los Estados que se encuentran bajo la jurisdicción de ambos. En cuanto a los Estados, las diferencias interpretativas constituyen un verdadero problema consistente en la incertidumbre de qué alcance dar a los derechos fundamentales, si el otorgado en uno u otro sistema. Por otra parte, la posibilidad de un acto de aplicación del derecho comunitario pueda resultar contrario al CEDH, como quedó evidenciado en *Matthews*, coloca a los Estados en la disyuntiva de, o bien aplicar el derecho comunitario en perjuicio del CEDH, o bien dejar de aplicar el derecho comunitario para cumplir con el CEDH, lo cual, en todo caso, implicaría el no cumplimiento a las normas de alguno de los sistemas. En cuanto a los ciudadanos, también implica problemas

⁴³ Véase, entre otras: Sentencia del caso *Hoechst AG/Comisión*, del 21 de septiembre de 1989.

⁴⁴ Véase, entre otras: Sentencia del caso *Chapell c. Royaume-Uni*, del 30 de marzo de 1989.

de seguridad jurídica, pues, por un lado, no sabrían qué alcance darle a un determinado derecho interpretado en forma distintas en el seno de ambos sistemas y, por el otro, la posible vulneración del CEDH en la aplicación del derecho comunitario, los coloca en la tesitura de elegir a uno de los sistemas en el cual hacer valer su derecho.

Por lo anterior, es que me parece indispensable reestructurar ambos sistemas con el objetivo de lograr una interpretación uniforme sobre el contenido y los alcances de los derechos fundamentales que se aplican en un mismo espacio territorial a un mismo colectivo de personas. Para solucionar estos conflictos, se han planteado diversas soluciones, entre las que destacan las siguientes:

- a) La creación de mecanismos que, por la vía interpretativa pretendan solucionar este tipo de conflictos. Este tipo de mecanismos son, principalmente, los recogidos en los artículos 51 a 54 de la CDFUE, los cuales permiten seleccionar la interpretación de los derechos fundamentales más favorable al ciudadano y que están destinadas a resolver en alguna medida las cuestiones relativas a la relación entre los diversos sistemas de protección de los derechos.⁴⁵ Sin embargo, estos mecanismos no aportan una solución al otro aspecto del conflicto, es decir, a quién debe corresponder el control del derecho comunitario cuando éste afecta también al CEDH.
- b) Para solucionar esto último se ha expresado como propuesta principal, la adhesión de la UE al CEDH, con lo cual se establecería un sistema de control externo del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales, que estaría a cargo en última instancia del TEDH. Dicho control se ejercería no sólo respecto de los actos de los países miembros de la UE en la aplicación del derecho comunitario, sino, incluso, en el control de los actos de las propias instituciones comunitarias.

⁴⁵ Sobre esto último: ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, op. cit., p. 151.

Respecto del primer supuesto –control de los actos de los países miembros en aplicación del derecho comunitario– se ha propuesto también que se promueva una mayor apertura de la jurisdicción del TJCE de tal forma que todo caso en el que la actuación de un Estado en aplicación del derecho comunitario pudiese generar una violación al CEDH, tenga una vía de solución en el propio sistema comunitario y no suceda lo que en *Matthews*, donde ante la imposibilidad procesal de acudir a la jurisdicción del TJCE se acudió al TEDH. De esta forma, aplicando los mecanismos interpretativos antes mencionados, el TJCE pudiera dar una solución satisfactoria del conflicto en el marco del propio sistema comunitario.

En cuanto al segundo supuesto –control de actos comunitarios a la luz del CEDH– se han propuesto dos vías: la impugnación directa de las resoluciones del TJCE y la creación de una especie de cuestión prejudicial, en la que el TJCE pudiese solicitar un pronunciamiento del TEDH respecto a una posible violación al CEDH, en el caso concreto.

A mi modo de ver, cualquiera de estas propuestas constituyen aportaciones para lograr la unidad interpretativa de los sistemas y para aclarar las competencias que corresponderían de cada órgano. Algunas de estas propuestas, han sido ya intentadas formalmente sin que hasta el momento haya prosperado su implementación, como ya hemos visto sucedió con la pretendida adhesión de la UE al CEDH que finalmente el TJCE condicionó a modificación de los tratados originarios. Por lo tanto, resulta conveniente plantearnos en perspectiva si alguno de estas soluciones pudiese ser adoptada en el corto plazo. Al respecto, resulta, pues, relevante analizar las propuestas que el TCUE plantea para solucionar este conflicto.

5. El Tratado constitucional de la UE

No obstante que formalmente el proceso de ratificación TCUE se encuentra detenido y que no son pocos los que señalan la imposibilidad práctica de dicho tratado sea aceptado en el seno de la UE en los términos en los que fue redactado, al incorporar este tratado algunas posibles soluciones al conflicto

del que venimos hablando, resulta conveniente abordarlo, pues dichas soluciones no parecen encontrarse dentro de los cuestionamientos centrales para la adopción de este tratado constitucional y, por lo tanto, posiblemente se mantengan en uno posterior, o bien se terminen por incorporar a través de modificaciones a los tratados originarios.

En primer lugar, el artículo I-9.1 del TCUE establece con total claridad que la UE “se adherirá al Convenio Europeo de para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.” En forma complementaria, el artículo I-9.2 agrega que los derechos fundamentales “que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.” Además, al quedar incluida la CDFUE prácticamente en forma íntegra como la parte II del TCUE, los artículos II-112.3 y II-113, contienen las herramientas interpretativas contenidas en los artículos 52.3 y 53 de la CDFUE.

De esta forma podemos apreciar como el TCUE propone dar una solución integral al conflicto al que nos hemos referido entre el sistema de protección de la UE y el del CE, pues al quedar integrada la UE en el CEDH, el TEDH quedaría autorizado en principio –aunque habría que esperar a los términos en los que se produzca la adhesión– a realizar el doble control sobre el sistema comunitario en materia de derechos fundamentales: tanto en lo que respecta a la aplicación del derecho comunitario por los Estados miembros, como a la actuación de las instituciones comunitarias. Por otra parte, al otorgarle plena validez jurídica a la CDFUE, que además del rico catálogo de derechos fundamentales que contiene prevé mecanismos interpretativos que propicien la interpretación más favorable a los derechos, se disminuiría prácticamente al mínimo el peligro de divergencia en la interpretación de los derechos fundamentales entre el TJCE y el TEDH.

En suma, me parece que el TCUE realiza una doble aportación significativa que de recogerse es un tratado constitucional posterior o en modificaciones futuras a los tratados originarios, podría disminuir en gran medida el conflicto

que actualmente podemos apreciar entre los sistemas de protección de derechos fundamentales de la UE y del CE.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos podido observar cómo se han configurado en el ámbito jurídico europeo dos sistemas supranacionales distintos de protección de los derechos fundamentales. El primero en tiempo, el del CE, fue concebido y se ha mantenido como un sistema que pretende la unión de Europa a través del reconocimiento común de los derechos fundamentales y el principio democrático. El segundo, el de la UE, en sus orígenes se nos presenta como un sistema de carácter predominantemente económico, construido a través de distintos frentes pero que, en buena parte por la labor del TJCE, ha podido converger en valores comunes que constituyen una sólida unión en la que los derechos fundamentales juegan un papel central.

La evolución de ambos sistemas ha producido que ambos converjan en forma más o menos dificultosa en la protección de los derechos fundamentales, la cual produce cierta inseguridad jurídica al estar presentes dos sistemas de protección de derechos en un mismo ámbito territorial, no estructurados entre sí en alguna forma jerarquizada.

Ante ello se han propuesto y se han pretendido llevar a la práctica diversas soluciones para configurar un espacio jurídico europeo más coherente y efectivo en la protección de los derechos fundamentales. Hasta el momento dichos intentos no han podido consolidarse.

Sin embargo, la situación actual de coexistencia dificultosa entre los dos sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, puede llegar a solucionarse a partir de lo estipulado en el TCUE, ya sea que éste sea finalmente aprobado (lo cual parece muy complicado), o bien, que quede recogido en un tratado constitucional posterior, o bien, en futuras modificaciones a los tratados originarios. Lograr esta cohesión entre “las dos Europa” que se han forjado desde los años cincuenta, o al menos garantizar su coexistencia ordenada, es sin duda uno de los retos más trascendentes en el futuro europeo.

NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA *IUSTITIA*

Estas normas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de la revista *IUSTITIA* del Departamento de Derecho del ITESM.

1. Sólo se publicarán investigaciones originales e inéditas. El idioma oficial de la revista es español. Sin embargo, se podrán publicar también artículos en inglés.
2. Si el autor decide publicar posteriormente su artículo en cualquier otro medio conocido o por desarrollarse, deberá hacer referencia en el mismo, a la primera publicación de su obra hecha en *IUSTITIA*.
3. Bajo ninguna circunstancia se aceptarán artículos que simultáneamente estén siendo sometidos a la consideración de otra publicación.
4. Los trabajos deberán entregarse al editor por correo electrónico. El archivo que contenga el trabajo deberá tener formato de *Microsoft Word*, versión 6.0 o posterior. Se deberá utilizar el formato de letra conocido como *Times New Roman*, el tamaño de la letra 12, a un solo espacio.
5. La extensión de los trabajos se considerará caso por caso. Sin embargo, se sugiere que si es un artículo o comentario, el número de páginas sea razonable para que el mismo pueda ser publicado en un solo número.

6. Para las citas, y en general para el trabajo, se podrá utilizar cualquier metodología siempre y cuando sea coherente y uniforme.
7. Utilice notas al pie en lugar de notas al final del trabajo.
8. La única nota que podrá aparecer en el nombre del autor, antes del cuerpo de la investigación, será la nota de referencia del autor. Esta incluirá únicamente la siguiente información:
 - a. Posición dentro del ITESM o la institución educativa en dónde sea profesor, o una breve nota a manera de título que describa su ocupación jurídica.
 - b. Grados académicos obtenidos a la fecha, incluyendo la institución en la que obtuvo cada uno de ellos.
 - c. Se podrán incluir agradecimientos en la misma nota, siempre y cuando éstos no abarquen más de cinco renglones.
9. El Consejo Editorial revisará los trabajos y los enviará a su autor con los comentarios respectivos, asignándole un plazo para su corrección y envío.
10. El autor, autorizará por escrito al Consejo Editorial a publicar su artículo; asimismo, se someterá a lo establecido por el Manual de Políticas de Derechos de Autor del Sistema ITESM.
11. Lo no previsto aquí será decidido por el Consejo Editorial o por el editor de la revista.

LINEAMIENTOS DEL CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA
IUSTITIA

PRIMERO: El Consejo Editorial estará formado por un número determinado de profesores del Departamento de Derecho del ITESM u otra institución y un editor.

SEGUNDO: Las funciones de los miembros del Consejo Editorial serán las siguientes: a) Revisar los trabajos de investigación propuestos que les asigne el editor de la revista. La revisión de cada trabajo será hecha por tres miembros del Consejo Editorial, pudiendo ser uno de ellos el editor de la revista; b) Diseñar y modificar las normas editoriales de la revista; y, c) Promover la difusión y participación en la misma.

TERCERO: En la revisión de los trabajos de investigación, cada uno de los miembros del Consejo que esté participando podrá: 1° Aprobar el trabajo para su publicación; 2° Rechazar la publicación del trabajo en cuestión; o bien, 3° Agregar comentarios y sugerencias tendientes a la mejora del trabajo para lograr así su publicación. En todo caso, los fundamentos de la decisión se tendrán que entregar por escrito al editor, quien a su vez los hará llegar al autor del trabajo en cuestión.

CUARTO: La decisión de publicar o no un trabajo propuesto, será tomada por la mayoría de los tres miembros del Consejo que esté revisando el trabajo en cuestión. Podrá ser rechazada aquella investigación que no cumpla con lo preceptuado en las normas editoriales. Sin embargo, no podrá ser fundamento de rechazo tener un criterio, escuela de pensamiento o interpretación diferente a la del autor de la investigación.

QUINTO: La asignación del trabajo para la revisión que del mismo harán tres miembros del Consejo será hecha por el editor de la revista. Al momento de hacer la revisión, los miembros del Consejo no tendrán conocimiento alguno sobre su autor. Se procurará que los trabajos sean asignados de manera aleatoria y que la carga de trabajo sea proporcional para todos los miembros del Consejo. En caso de que algún miembro del Consejo presente alguna investigación para su publicación, no podrá ser uno de los tres miembros que den revisión a la misma.

Este número de la revista
IUSTITIA editada por el
Departamento de Derecho del
ITESM Campus Monterrey, se
imprimió en los talleres de Grafo
Print Editores, S.A. La
edición consta de 600
ejemplares.

CLAUSTRO ACADÉMICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

Dra. Ana María Alvarado Larios
Lic. Alberto Francisco Rebolledo Ponce
Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala
Dr. Carlos A. Gabuardi Arreola
Lic. César Luis Aranda Garza
Dr. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Eloisa Fernández Rangel
Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón
Dr. Héctor Alejandro González Hernández
Dr. Jorge Castañeda González
Lic. Julio César Cruz Chavira
Lic. Jorge Iván Salazar Tamez
Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal
Lic. Marlon Omar López Zapata
Dr. Rogelio Martínez Vera
Lic. Rosa Gloria Alanís Sierra
Lic. Rosa Aurora Moncayo de León
Dr. Todd Corey Nelson
Dr. Roberto Garza Barbosa

PROFESORES VISITANTES DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

Dr. Pedro Serna
Lic. Carmelo Cattafi Bambaci



**TECNOLOGICO
DE MONTERREY®**