

TECNOLÓGICO DE MONTERREY
CAMPUS MONTERREY
ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y POLÍTICA PÚBLICA.



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY®**

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LIMITACIÓN
PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR EN LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESTADOS UNIDOS DE
AMÉRICA (‘FAIR USE’)”**

TESIS

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR
NOÉ GERARDO GALVÁN MARTÍNEZ

JULIO DE 2005

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y POLÍTICA PÚBLICA**

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LIMITACIÓN PATRIMONIAL DEL
DERECHO DE AUTOR EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA (‘FAIR USE’)”**

Los miembros del comité de tesis dictaminamos que la presente tesis del licenciado Noé Gerardo Galván Martínez sea aceptada como requisito parcial para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Internacional.

Comité de Tesis

Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón Sinodal	Lic. Roberto Garza Barbosa Sinodal
---	---------------------------------------

Lic. Marlon Omar López Zapata Asesor

Dra. Teresa Almaguer Salazar Directora Académica de la Escuela en Administración Pública y Política Pública EGAP

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y POLÍTICA PÚBLICA

TESIS

**“ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LIMITACIÓN
PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR EN LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y ESTADOS UNIDOS DE
AMÉRICA (‘FAIR USE’)”**

PRESENTADA POR

NOÉ GERARDO GALVÁN MARTÍNEZ

COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL TÍTULO DE

MAESTRO EN DERECHO INTERNACIONAL

JULIO DE 2005

A mis padres, por su comprensión y apoyo incondicional

A mis abuelos, por ser expresión de Dios en mi vida

Las que conducen y arrastran al mundo no son las máquinas, sino las ideas.

Víctor Hugo

En tanto que haya alguien que crea en una idea, la idea vive.

José Ortega y Gasset

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Introducción general	1
1.2 Exposición y aportación	3
2. METODOLOGÍA	5
3. MARCO TEÓRICO	6
3.1 Naturaleza jurídica del Derecho de Autor	6
3.2 Origen y evolución del Derecho de Autor	15
4. ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES AL DERECHO DE AUTOR	19
4.1 Regulación jurídica Internacional	19
4.1.1 Convenio de Berna	20
4.1.2 Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS, Secc. I)	25
4.1.3 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Cap. XVII)	27
4.2 Regulación jurídica en los Estados Unidos Mexicanos (EUM)	28
4.2.1 Marco Constitucional	28
4.2.2 Ley Federal del Derecho de Autor y reglamento	30
4.3 Regulación Jurídica en los Estados Unidos de América (EUA)	41
4.3.1 Marco Constitucional	42
4.3.2 United States Code y Copyright Act	43
4.4 Consideraciones sobre las limitaciones patrimoniales	54
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	61
FUENTES	67

LISTA DE ABREVIATURAS

EUM	Estados Unidos Mexicanos
EUA	Estados Unidos de América
LFDA	Ley Federal del Derecho de Autor
USC	United States Code
CA	Copyright Act

1. Introducción

1.1 Introducción general

Y en el principio, sólo hubo una idea.

La idea es inherente a la naturaleza del ser humano, causa de su expresión artística y es “el primer acto del entendimiento”, como señala el diccionario de la Real Academia Española. Las ideas son tan poderosas que fueron objeto de control muchos siglos ya que “se tomó conciencia de la influencia política y social que podía producir la difusión de las ideas a través de los medios gráficos”¹; incluso, en la actualidad, continúan siendo un elemento de control en la mayoría de las sociedades.

Aún cuando la fuerza de la idea es imponente, ésta no es propiamente fuente del Derecho de Autor, ya que su esencia etérea la imposibilita para ser objeto de protección jurídica, y es hasta que se plasma en un soporte material, generándose una creación de carácter intelectual, que se convierte en la fuente principal de dicho derecho. Aunado a lo anterior, el Derecho de Autor concede un monopolio temporal a los titulares de la ‘obra’ o creación intelectual, por lo que “cuando una idea se puede expresar en pocas palabras, el Derecho de Autor no protege esta expresión, ya que en caso de hacerlo, conferirá un monopolio de facto sobre la idea”², lo cual provocaría una apropiación injusta y monopólica sobre la generación y uso de ideas, las cuales no son sujetas de apropiación en su forma abstracta.

En éste contexto, ¿cómo se define el Derecho de Autor?, pregunta a la que respondemos señalando que no hay un criterio unificado sobre el concepto; sin embargo, hay características fundamentales que lo circunscriben. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se establece que “bajo el nombre de Derecho de Autor se designa el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen a quienes producen obras literarias, artísticas y científicas”³; mientras que Ernesto Rengifo, catedrático de la Universidad Externado de Colombia, señala que “el Derecho de Autor otorga al creador un cúmulo de facultades

¹ Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.32

² Kepner-Tregoe, Inc. Leadership Software, Inc., 12F. 3d 527, 533 (5hy Cir. 1994)

³ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p.380

tanto patrimoniales como morales que, de una parte, le permiten explotar en forma exclusiva su producción intelectual y, de otra, persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador”⁴.

En cuanto a los términos establecidos de forma oficial, la oficina de ‘copyright’ en los Estados Unidos de América (EUA) señala que es una forma de protección que proporciona la legislación estadounidense a los autores para explotar sus creaciones intelectuales por si o por medio de terceros⁵; la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (EUM) establece que es la protección que otorga esta Ley, se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión⁶. Por nuestra parte, consideramos que el Derecho de Autor es la protección a las creaciones de carácter intelectual establecido por un ordenamiento jurídico (nacional o internacional) que reconoce y regula, por una parte, la relación originaria entre el autor y su obra (derecho moral), y por la otra, el monopolio temporal para la explotación preponderantemente económica de dicha creación (derecho patrimonial).

El aspecto patrimonial del Derecho de Autor establece un privilegio exclusivo de explotación de una creación intelectual; sin embargo, este privilegio tiene límites de diversas naturalezas. Dentro de estos, encontramos aquellos de carácter temporal y otros de interés público, estos últimos responden a las responsabilidades del Estado para con la Sociedad, entre ellas, el de incentivar el desarrollo cultural y tecnológico. De lo que se desprende que debe preservarse un delicado equilibrio entre el fomento y respeto al Derecho de Autor y las limitaciones del mismo, ya que en dicho equilibrio es donde se encuentra la justa retribución al esfuerzo de los autores y el punto exponencial para la promoción del desarrollo del conocimiento, pilar fundamental en el avance de cualquier sociedad moderna.

⁴ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.49

⁵ Cfr. US Copyright Office. <<http://www.copyright.gov/circs/circ1.html#wci>>

⁶ Cfr. Ley Federal del Derecho de Autor, art.5.

1.2 Exposición y aportación

En las últimas décadas, la globalización ha despertado inquietudes en las Naciones con mayor desarrollo sobre la protección de la Propiedad Intelectual. Estas alertas generaron un importante esfuerzo para desarrollar las instituciones y los marcos jurídicos necesarios para asegurar el avance de la Propiedad Intelectual, especialmente en aquellas naciones que interactúan en tratados comerciales, en su mayoría miembros de la OMC. Dentro de este impulso, el Derecho de Autor, ha sido un tema primordial, especialmente en lo referido al aspecto patrimonial, ya que las creaciones intelectuales que protege constituyen algunas de las industrias de mayor crecimiento a nivel global. Bajo esta lógica, el tratamiento claro y puntual de los derechos patrimoniales sobre las obras de carácter intelectual es un tema prioritario.

Actualmente existen lagunas importantes en el marco jurídico mexicano que regula el mencionado derecho patrimonial, de forma específica en lo que se refiere a los límites de estos derechos. Con lo anterior, hablamos de los casos considerados dentro de las limitaciones a los derechos patrimoniales reconocidas en la legislación de los EUM, las cuales no establecen parámetros claros y sin los cuales se rompe el equilibrio descrito con anterioridad y relación al *'fair use'* (uso justo o libre) en los EUA para su análisis comparativo.

El presente trabajo es un estudio comparativo sobre el tratamiento jurídico de las limitaciones al aspecto patrimonial del Derecho de Autor en el marco regulatorio de los EUM y los EUA, especialmente en el área del *'fair use'*. Nuestro objetivo general será analizar y describir los puntos de mayor relevancia sobre el tema que nos ocupa, así como emitir recomendaciones y propuestas, en su caso, que corrijan las posibles deficiencias legislativas o aclaraciones doctrinarias dentro de los mismos. En cuanto a nuestros objetivos específicos realizaremos un análisis sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor y su evolución histórica; un breve análisis sobre el conjunto de normas que regulan las limitaciones patrimoniales en las obras protegidas en los EUM y EUA, y finalmente, señalar las áreas de oportunidad en la materia, considerando que los tenedores de derechos patrimoniales en EUM se encuentran en una posible laguna jurídica, al no

establecerse las reglas claras sobre las limitaciones a los derechos patrimoniales y los efectos jurídicos que produce esta ausencia.

Dentro del desarrollo del tema anteriormente descrito, estructuraremos el estudio comenzando por un análisis de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, así como una breve semblanza sobre la evolución histórica del mismo. Posteriormente, es conveniente conocer el fundamento jurídico de las limitaciones al derecho patrimonial en el Derecho de Autor, partiendo desde el punto de vista internacional, mediante el señalamiento de las limitaciones descritas en el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; para después proceder a analizar las legislaciones nacionales de los Estados Unidos Mexicanos y de Estados Unidos de América. En estas últimas legislaciones se analizará lo establecido como marco Constitucional y las leyes reglamentarias que corresponden. Una vez analizadas las legislaciones, se colocará en una nueva sección las consideraciones sobre el tema para ambos países, mismas de las que se tomarán los rasgos más importantes, para finalmente emitir conclusiones y recomendaciones para atacar las áreas de oportunidad de la legislación en México.

En un tema que está tomando una importancia inusitada por elementos como la globalización y el interés del Estado para crear sociedades basadas en el conocimiento, es de recalcar que tener legislaciones claras y aptas para competir mejor en el mundo actual son fundamentales para hacer frente a los retos del nuevo siglo.

2. Metodología

En el presente documento se realizó un estudio jurídico-comparativo sobre las limitaciones al Derecho de Autor, en su aspecto patrimonial (copyright) entre las normas jurídicas aplicables de los EUM y los EUA, con la intención de llegar a convertirse en un análisis propositivo sobre las áreas de oportunidad en el Sistema Jurídico Mexicano.

El proceso de investigación se basó en la consideración de diversos escritos de doctrina en la materia y los textos legislativos aplicables vigentes a las fecha del presente documento, buscando obtener una visión completa sobre el tema que nos ocupa.

El análisis de los documentos antes descritos se realizó con el objetivo de examinar la información, haciendo una confrontación entre la legislación de los EUM y los EUA, realizando una crítica dentro de dichas limitaciones sobre el aspecto patrimonial del Derecho de Autor, y finalmente, emitir recomendaciones en las áreas de oportunidad que existan dentro de la legislación de los EUM que corresponda.

3. Marco Teórico

3.1 Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor

Tal y como mencionamos al inicio del presente documento, la capacidad creadora es inherente al ser humano, es la pequeña larva que tenemos en nuestro cerebro y que nos lleva a dar vida a las ideas que generamos en el interior. Algunos artistas señalan que es una necesidad expresar aquello que sentimos, otros que es una afición realizar de forma gráfica la expresión de ideas; lo cierto es que la expresión y la idea se unen en todos los casos para realizar una creación u obra.

Es aquí donde entra en acción el Derecho de Autor, el cual, como ya mencionamos, tiene como finalidad regular la expresión original de las ideas; el maestro Nicolás Pizarro, catedrático de la Universidad Anahuac, dice: “El Derecho de Autor regula la creatividad humana generadora de productos culturales llamados *obras*”⁷, es decir, que se protege la expresión del autor, no su idea de forma abstracta sino su expresión; a esto se señala “que se protege es la forma en la cual el trabajo es expresado, mas no las ideas o la información contenida en la creación”⁸, lo anterior con base a que sería injusto reconocer un derecho exclusivo sobre una idea y no en la expresión de la misma, ya que la misma idea puede ser descrita en diferentes formas protegibles cada una de ellas.

En este mismo sentido, Mabel Goldstein, catedrática de la Universidad de Buenos Aires, menciona que el Derecho de Autor “no reconoce la existencia del autor antes de la creación de la obra, es decir que no se puede encontrar a ninguna persona que sea un autor en expectativa antes de que la creación haya sido exteriorizada”⁹, lo que resulta lógico, considerando que los elementos principales de la legislación de la materia son la obra y el autor, conceptos que jurídicamente son codependientes para su existencia.

⁷ Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003. p.295.

⁸ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.94

⁹ Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.40

Por otra parte, algunos autores enfocan el concepto en la relación entre el autor y su obra; siendo entonces, un conjunto de normas que regulan el reconocimiento de la propia calidad de autor y la facultad de usar y explotar la obra por sí o por medio de terceros. Esta definición es correcta en lo general, ya que existe un reconocimiento expreso sobre quien es susceptible de ser autor y como se determinarán sus facultades con respecto a la obra, es decir, este derecho regula al autor, la obra y la circunstancia entre ambos. En este sentido, consideramos que el Derecho de Autor ‘es un conjunto de normas que regulan la creación, protección, clasificación, uso y explotación de las obras por parte de su autor o de terceros’. Partiendo de la mencionada definición, el Derecho de Autor tiene dos elementos esenciales: el AUTOR y la OBRA.

El autor es la entidad creadora, el ser humano que moldea la “idea” abstracta y la expresa, por lo que se convierte en el primer sujeto de la protección, sin que en dicha protección este viciada de alguna forma por la edad, género, raza o creencia de ningún tipo. Por otra, se encuentra la obra, la cual constituye el resultado de la “expresión” de la idea en un soporte físico o el “acto creativo objetivado”, como menciona el maestro Pizarro, convirtiéndose en el objeto de la protección por parte de la ley. La protección del Derecho de Autor es un monopolio temporal reconocido por el Estado para el goce y disfrute sobre la explotación de una obra y el prestigio sobre la misma, en este sentido “lo que la ley protege, el contenido del monopolio, es la obra concreta y terminada. Las ideas artísticas que no se encarnan en un soporte material no caben en los parámetros de protección. Una canción debe estar escrita (partitura) o grabada (soporte analógico ó digital). La simple melodía que ronda la mente del compositor no esta protegida como propiedad hasta que no se exterioriza de forma material”¹⁰.

Ahora bien, entre el autor y la obra existe un vínculo que se crea por medio del ‘acto creativo’, el cual se “produce cuando el autor pone en juego su inteligencia, sensibilidad, talento y experiencia con el propósito de crear una obra literaria y artística”¹¹. Este ‘acto creativo’ hace posible que el autor supere la hoja en blanco, el lienzo, la piedra y, mediante su habilidad e intelecto, en ellos plasme parte de si mismo.

¹⁰ Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestion 2000 S.A. España, 1991. p.79

¹¹ Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003. p.296

Es tan personal la experiencia que se crea una relación indisoluble entre el autor y la obra, vínculo que la legislación internacional (Convenio de Berna) protege mediante el ‘derecho moral’ del autor sobre la obra, el cual analizaremos más adelante.

Como resultado del mencionado acto de creatividad, hay una expresión del pensamiento, la idea, el sentimiento, que se encontraba de forma abstracta y etérea, punto en que no se reconoce protección alguna por parte de ninguna legislación, en esta trascendencia se sucede una objetivación. Pizarro señala: “la objetivación, por cierto, es el único requisito que exige el orden jurídico como condición para el otorgamiento de la protección a favor del autor y de su obra. Dicha objetivación consiste en que la obra debe constar en un soporte material para satisfacer tal requisito...”¹².

La protección del Derecho de Autor se perfecciona en el momento en que termina de ser expresada la idea por el creador, sin necesidad de formalidades posteriores, siendo el registro que se hace de la obra un acto declarativo de derecho por parte del Estado; lo anterior, frente a los actos constitutivos de derechos que se presentan en las figuras de la propiedad industrial. El sistema de protección tiene como finalidad incentivar la actividad creadora y brindar una certeza jurídica a los autores. A pesar de lo anteriormente mencionado, Ernesto Rengifo nos dice que no solo la ‘objetivación’ es un elemento esencial, sino que la originalidad también es un punto fundamental y señala: “La originalidad es en criterio básico para la protección de otorga el Derecho de Autor”¹³.

Por nuestra parte, consideramos que ambos elementos deben conjuntarse para obtener la mencionada protección por los órdenes jurídicos nacionales o internacionales, ya que la mera objetivación de una idea no tiene efecto jurídico si no cumple con el requisito de originalidad que distingue la expresión de una idea de otra; en este sentido se ha expresado: “se debe subrayar que el principio de la creación independiente está íntimamente relacionado con el principio de la originalidad por cuanto lo que se protege es el esfuerzo humano, el trabajo intelectual propio y no la copia o reproducción manifiesta o simulada del trabajo ajeno”¹⁴, lo cual es precisamente el motivo justificación

¹² Idem. p.295.

¹³ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.79

¹⁴ Idem. p.100

que el Estado permita un monopolio al Derecho de Autor, ya que se trata de proteger el esfuerzo intelectual e incentivar la creación de nuevas obras.

En cuanto a la obra, como objeto del Derecho de Autor, es “toda expresión personal susceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral”¹⁵ y es clasificada por el Convenio de Berna como Literaria o Artística. La primera teniendo la particularidad de ser expresada por medio de letras, mientras que la segunda son aquellas expresadas en todas las formas posibles, sin que implique las letras. Esta clasificación intenta incluir las formas de expresión y todos los medios de soporte material, teniendo como único requisito la existencia física de dicha expresión.

En la clasificación específica, es decir, sobre el desglose de los tipos de obras varía conforma a la legislación que se cite, siendo que la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) en México señala como obras: “Literaria; musical, con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo; escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo; fotográfica; obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y de compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual”¹⁶. La mencionada clasificación es exhaustiva y engloba las diferentes actividades de carácter artístico reconocidas en la actualidad.

Asimismo, hay algunas características que dan forma a la naturaleza del Derecho de Autor, estas son: *exclusividad, transitoriedad, internacionalidad e informalidad*¹⁷. La primera, referida a que el derecho es concedido al autor o a sus titulares (según sea la circunstancia de la obra) en forma monopólica para su deposición; la segunda, que establece los límites temporales para el ejercicio de la de los derechos patrimoniales; la

¹⁵ Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p.75

¹⁶ Ley Federal del Derecho de Autor, art.13.

¹⁷ Cfr. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003. p.301-302

siguiente, que se basa en el respeto universal del Derecho de Autor, basado en un sistema internacional para su protección (Convención de Berna, TRIPS, entre otros); y la informalidad, que establece la ausencia de requisitos por parte del Estado para el reconocimiento y protección del Derecho de Autor y dentro de su jurisdicción, a lo que, Macías Pizarro agrega: “Una vez que la obra queda incorporada en un soporte material, único requisito para que opere la protección en su favor, es susceptible de explotación comercial”¹⁸.

Los elementos secundarios o la circunstancia del autor y su obra dentro del Derecho de Autor son: la remuneración del autor, el uso, explotación, modificación, interpretación y ejecución de los derechos patrimoniales. La protección del Derecho de Autor, según Pizarro, tiene dos rangos: 1. Reconocimiento de la calidad de autor y 2. Derecho exclusivo del autor para usar y explotar su obra, por sí o por terceros. En el primer rango, se crea “un vínculo indisoluble y perpetuo y sustancial entre el autor y su obra”¹⁹, como ya mencionamos; el segundo rango, establece la existencia de los derechos patrimoniales de la obra, los cuales son por naturaleza finitos y, por ende, limitados a un determinado número de años después de la vida del autor, mismos que los trataremos posteriormente. De estos rangos se desprende la existencia formal del derecho moral y el derecho patrimonial, siendo el último objeto principal de estudio en el presente trabajo.

Es conveniente mencionar lo referente a la naturaleza con el derecho moral, caracterizado por ser “*irrenunciable, imprescriptible, inalienable, perpetuo y unidos a la persona del autor*”²⁰. La LFDA añade, a las señaladas características, el concepto ‘*inembargable*’, separando la calidad de autor de cualquier otro tipo de relación jurídica que pueda tener la persona (deudor, aval, etc.). Por lo que a nosotros respecta, consideramos que debe agregarse la característica de ‘*intransferible*’ ya que, si bien el reconocimiento o deslinde de la calidad de autor caben dentro de las características antes mencionadas; la facultad de divulgación y de retirar del comercio no necesariamente se engloban en las características de irrenunciable e inalienable, por lo que creemos conveniente sumar esta característica.

¹⁸ Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003. p.301b

¹⁹ Idem. p.296.

²⁰ Idem. p.299

Ahora bien, debemos mencionar que el derecho moral está referido, principalmente, a las siguientes circunstancias y facultades ‘reconocimiento de la calidad de autor, deslinde, integridad de la obra, divulgación, retiro de la obra del comercio’. El reconocimiento de la calidad de autor y el deslinde son circunstancias que involucran la relación o no vinculación de la persona con la obra; mientras que la integridad de la obra, divulgación y retiro del comercio, son facultades que tiene el autor para con su propia creación. El derecho sobre la integridad de la obra, le permite al autor la modificación de la misma y, a su vez, la posibilidad de impedir su deformación o modificación sin su autorización; es decir, que estamos frente a un derecho con un aspecto positivo y otro negativo. En cuanto al derecho a la divulgación, la LFDA brinda luz al señalar que el autor puede “determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma o la de mantenerla inédita (artículo 21, fracción I)”²¹. En lo que respecta al derecho de retirar del comercio, es precisamente que el autor puede solicitar que su obra salga del mercado por alguna razón fundada o, incluso, sin razón alguna, a lo que Pizarro señala que se “permite la reconsideración del autor que haya ejercido el derecho de divulgación”²², lo anterior liga el derecho a la divulgación y el retiro del comercio, pero en este caso, hablamos de dos derechos, uno de carácter positivo y otro negativo, y no de un mismo derecho con dos aspectos.

Reafirmado lo señalado en el párrafo anterior, vale la pena mencionar, que el derecho moral es inherente a la personalidad del autor y en relación a los derechos patrimoniales (los que analizaremos específicamente a continuación), se ha señalado: “...de existir un acto de enajenación total sobre su obra, el autor sigue conservando un control sobre ella porque de acuerdo con la doctrina del derecho moral la obra siempre permanece unida a la personalidad de su creador”²³; lo que confirma que independientemente del ejercicio que se realice del Derecho de Autor, incluso al ceder los derechos patrimoniales, queda de forma separada el trato de las facultades reconocidas en el derecho moral por su naturaleza .

²¹ Idem. p.300

²² Idem. p.300

²³ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.65

Por otra parte, el Derecho de Autor “ha sido un limite a la libertad de contratación y ha implicado la intervención del Estado en una esfera reservada, hasta hace poco, a la actividad privada”²⁴, refiriéndonos de forma específica al derecho patrimonial que posee el autor o el titular con respecto a la obra. Este derecho tiene reconocidas algunas facultades que están vinculadas con el uso y explotación que se realiza sobre la obra, pudiendo realizarse por el propio autor o por terceros, como ya mencionamos. Dichas facultades tienen un aspecto positivo y otro negativo, es decir, que el titular de los derechos patrimoniales, sea el autor o un tercero (persona física o moral) pueda autorizar o prohibir algunas de las siguientes actividades que señala la LFDA: a) la reproducción, publicación, edición o fijación material; b) la comunicación pública; c) la transmisión pública o radiodifusión; d) la distribución de la obra; e) la importación al territorio nacional; f) la divulgación de obras derivadas (la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones) y g) cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley²⁵. Estas facultades tienen la particularidad de ser independientes una de otra, pudiendo el titular ejercerlos de forma separada o conjunta, a esto, Mabel Golstein, comenta:

“Los derechos patrimoniales son independientes entre si y no están sujetos a un numero predeterminado de formas; su negociabilidad no reconoce mas limitaciones que las establecidas por la ley que los regula...El creador puede fraccionar estos derechos de manera temporal o espacial si se pretende negociarlos con terceras personas para la explotación conjunta o exclusiva de ese tercero, pero la cesión o autorización del uso de los mismos, por mandato de la ley, siempre se presume onerosa, en virtud del concepto retributivo de ellos”²⁶.

En el párrafo anterior, se vislumbra el fin último que pretende el derecho patrimonial, que es el regular la explotación preponderantemente económica de la creación intelectual, la cual, como menciona también la Maestra Goldstein, “puede ser realizado por actos entre vivos, tales como cesión o venta, donación, préstamo u otros y, asimismo, puede ser transmitido por causa de muerte mediante la herencia, el legado o cualquier disposición testamentaria”²⁷, lo que incluye, sin limitar: el uso por parte del

²⁴ Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p.73

²⁵ Ley Federal del Derecho de Autor. Art.27.

²⁶ Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.44

²⁷ Idem. p.131

autor, la cesión, donación, venta o la autorización para su uso a terceros, todo bajo el marco de una actividad onerosa a favor del titular y regido por las limitaciones que se establezcan en la propia LFDA. Los mencionados actos que expresan la disposición y explotación de los derechos patrimoniales pueden resumirse en 3 figuras jurídicas: *Actos intervivos; Cesión de derechos y Licencias de uso*²⁸. El primero, que engloba los actos se autoriza el ejercicio de las facultades de los derechos patrimoniales de forma onerosa y temporal; la siguiente, referida a la transferencia de las facultades patrimoniales de forma absoluta e ilimitada; y el tercero, como el medio jurídico idóneo para la autorización de ejercicio de algunas de las facultades patrimoniales, reservándose algunas el titular o autor, según corresponda.

Al igual que los derechos morales, aquellos de carácter patrimonial, nacen en el momento en que las ideas originales son expresadas en un soporte físico o material; sin embargo, su naturaleza no va ligada a la personalidad del autor como los primeros, sino a la naturaleza económica de la obra en el monopolio autorizado por el Estado, que es de carácter temporal por Acuerdo de Tratados y Convenciones, en el orden Internacional, y mandato Constitucional, en las legislaciones nacionales. En cuanto a al terminación de los derechos patrimoniales, el maestro Rengifo señala que “se extinguen por el vencimiento del plazo de protección, por la renuncia del titular de los derechos y por expropiación”²⁹, lo que hace surgir un comentario con respecto a la renuncia de dichos derechos y la expropiación de los mismos, ya si bien la posibilidad jurídica existe en ambos casos, también resultan escasas las probabilidades de su existencia en la vida jurídica.

En otro contexto, debemos mencionar los derechos conexos los cuales son aquellas facultades reconocidas a las terceras personas que intervienen en la difusión, comunicación, distribución y/o ejecución de una obra. La participación de estas personas puede en muchos sentidos ser fundamental para el existo de la obra misma. Mabel Goldstein nos comparte que estos derechos “se limitan a presentarlos como derechos concedidos para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes,

²⁸ Cfr. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003. p.303.

²⁹ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.194

productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con la utilización pública de obras de autores, todas clases de representaciones de artistas, fijación de sonidos o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes”³⁰. El interés referido anteriormente tiene ambos aspectos, tanto el moral como el patrimonial; sin embargo, ya que por una parte es claro que la labor de estas personas definen la obra en su estado final y colaboran con el autor para lograr un resultado exitoso, lo cual conlleva un reconocimiento de carácter personal, sin que esto implique dejar a un lado los derechos de carácter económico al participar de los propios réditos que pueda generar la obra.

La naturaleza jurídica de los derechos de autor es compleja, como hemos hecho notar a través los párrafos anteriores, partiendo del punto que estamos hablando de un derecho sobre un bien intelectual, por ende un activo intangible. Esta complejidad se expresa claramente en el siguiente comentario: “La obra es un bien económicamente explotable y un producto de la personalidad de su creador...esta es la razón por la cual el Derecho de Autor se ubica en una zona mixta entre los derechos patrimoniales y los de la personalidad, formando una unidad indisoluble de intereses del creador reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico”³¹; la mencionada descripción refleja la interacción que tiene los derechos de carácter personalísimo (moral) y aquellos de naturaleza económica, que son susceptibles de transacción y especulación comercial, bajo reglas específicas por ser activos de intangibles, es en esta interacción en donde se encuentra el ‘quid’ del Derecho de Autor.

En este mismo sentido, mucho es lo que se ha especulado sobre este tema y lo cierto es que no es sencillo encontrarle cabida dentro de las figuras clásicas del Derecho a la señalada interacción. A esto Mabel Golstein señala:

“Fernando Zapata López afirmó: Sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor bastante se ha discutido. Las tendencias van desde considerar este derecho como crediticio, en el cual el autor es el titular de un crédito, pasando por asimilarlo a la propiedad sobre las cosas como objetos corporales susceptibles de valor, equiparándolo al derecho real de dominio, hasta tenerlo como una propiedad *sui generis* o especial. Entre las distintas tesis que se han expresado, la mas aceptada es esta ultima, en la cual el autor

³⁰ Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.46

³¹ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.69

goza de los atributos de la propiedad común, es decir, el *justi utendi, jus utendi* y las prerrogativas de persecución y preferencia”.³²

Coincidimos con la opinión de Zapata López al señalar que es una propiedad *sui generis*, ya que como mencionamos, al tratarse de un activo intangible requiere de una especial regulación, aunque pueda compartir alguna característica con otros bienes objetos de apropiación reconocidos por el Derecho. La razón principal de regulación especial es la naturaleza ambivalente de dicho derecho, su raíz moral y patrimonial, con todas sus características; ya que si bien, los derechos patrimoniales poseen la mayoría de las características del resto de los bienes objeto del comercio, los derechos morales no poseen dichas cualidades por estar ligadas directamente a la personalidad del Autor.

También se ha identificado al Derecho de Autor como un derecho real y un derecho de personalidad. Rangel Medina señala que el autor tiene un derecho real con respecto a su obra y que al ser un resultado de su ingenio es también una prolongación de la personalidad exteriorizada en su creación³³, punto que hemos analizado anteriormente.

Bajo todas las anteriores consideraciones, pensamos que debe mantenerse la regulación especial sobre el Derecho de Autor, en la que se establezcan las facultades específicas sobre los derechos morales reconocidos y reglas claras en la disposición de los derechos patrimoniales, susceptibles de aplicar figuras correspondientes al entorno civil y mercantil del derecho, siempre bajo la luz de que dada su naturaleza de bien intangible no es posible aplicar directamente todas las figuras amparadas bajo ambas ramas jurídicas.

3.2 Origen y evolución del Derecho de Autor

El origen y evolución del Derecho de Autor nos permiten analizar los motivos que impulsaron su desarrollo, así como la teoría sobre el que se va generando la propia naturaleza del mismo. Es importante señalar que en el presente documento realizaremos una breve síntesis de los hechos y circunstancias de mayor relevancia histórica, en cada

³² Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.45-46

³³ Cfr. Rangel Medina, David. Derecho Intelectual. Ed. McGraw-Hill. México. 2003.p.112.

caso es necesario que nos situemos en la época para tener una perspectiva correcta sobre las características que presentaron en la época.

Sobre el nacimiento de las legislaciones sobre la materia, Ernesto Rengifo señala: “Es con el derecho a la remuneración que se inicia la historia positiva del Derecho de Autor”³⁴; lo que responde a la evolución propia que ha tenido este derecho. Una de las más antiguas teorías que encontramos relacionadas con el Derecho de Autor como tal, es la teoría del privilegio, la cual se establece en una forma de gobierno monárquica, en la cual el rey era depositario de todos los derechos que nacían bajo sus dominios, por lo que “es una solución que se plantea en una época en que el Rey era el depositario de todos los derechos que pertenecían a la comunidad o el único titular de esos derechos, siendo por tanto lógico ver en la facultad del autor, o de la persona a quien el Rey se lo había concedido, un mero privilegio otorgado por el monarca”³⁵.

Si bien pudieron haber existido casos aislado de reconocimiento de derechos por parte de reyes o gobernantes, lo cierto es que hasta el “estatuto de la Reina Ana” es cuando se institucionaliza el reconocimiento de un derecho de carácter monopólico por un tiempo determinado a los autores, a lo que Jesús Rodríguez comenta: “Hasta el 10 de abril de 1710 cuando el Parlamento inglés dictó el estatuto de la Reina Ana, considerado como el más antiguo documento legislativo que reconoce los derechos de los creadores intelectuales, otorgándoles derechos exclusivos de reproducción por veintiún años”³⁶. La importancia del presente documento radica en que constituye el primer precedente documentado sobre un acto legislativo con tal concesión de derechos hacia particulares. Un poco más adelante, Luis XVI reconoció mediante decretos oficiales privilegios a favor de los autores literarios y artísticos un derecho exclusivo de reproducción, generando una de las primeras tendencias hacia el desarrollo de un derecho patrimonial importante para la época; sin embargo, esta evolución fue truncada por la Revolución Francesa en la que se abolieron los privilegios adquiridos.

³⁴ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.161

³⁵ Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, Mexico. 1966. p.58

³⁶ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p.390

Por otra parte, Carlos III de España concedió a los autores un privilegio sobre sus obras posterior a su muerte, uniendo las mismas a la masa hereditaria. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se señala: “La real orden de 20 de octubre de 1764 ... declaraba que los privilegios concedidos a los autores no se extinguían con su muerte”³⁷. Un poco más adelante, las Cortes Generales y Extraordinarias españolas reconocieron el monopolio sobre la impresión de las obras a los autores por 10 años posteriores a la muerte del autor; sin embargo su aportación fue el establecer un derecho exclusivo de 40 años para las obras realizadas por mas de un autor, Jesús Rodríguez comenta: “Las Cortes Generales y Extraordinarias españolas el 10 de junio de 1813 expidieron las Reglas para Conservar a los escritores la “propiedad de sus Obras”, que concedía al autor el derecho exclusivo de imprimir sus escritos durante toda su vida mas diez años a favor de sus herederos, a partir de su fallecimiento; confería un privilegio de cuarenta años al autor integrante de un cuerpo colegiado...”³⁸. Estas regulaciones constituyen los primeros intentos para reconocer un derecho de carácter exclusivo a favor de los autores sobre sus obras, estableciendo los puntos esenciales sobre la remuneración por el uso de las creaciones.

Muy ligado con el desarrollo legislativo del Derecho de Autor, especialmente en su aspecto patrimonial, ha estado a evolución del concepto de regalías. La regalía es la denominación jurídica de la remuneración reconocida a los autores, constituyéndose un “incentivo para crear, al concederles el derecho exclusivo a beneficiarse y controlar ciertos usos específicos de sus trabajos”³⁹. El origen del concepto fue de carácter eclesiástico, referidas a los “negocios eclesiásticos han sido tanto concesiones y privilegios pontificios”⁴⁰, incluso el propio diccionario de las Autoridades describen al concepto como “la preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que, en virtud de suprema autoridad y potestad ejerce cualquier soberano en su reino o Estado...En la Alta Edad Media, las regalías (*ius regalible*) aparecen como derechos de tipo financiero o económico, que corresponden de modo exclusivo al monarca, aunque

³⁷ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p.390

³⁸ Idem. p.390

³⁹ A. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. p.84

⁴⁰ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo IV”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. p.136

también son derechos que se basan en la propiedad privativa de este, de bienes que por su naturaleza se consideran inalienables e inapropiables por los particulares”⁴¹. La regalía ha evolucionado hasta llegar a reconocerse como la forma jurídica de remuneración para los artistas sobre la explotación económica de sus creaciones, inclusive por cada una de las facultades reconocidas en los derechos patrimoniales.

Dentro del siglo pasado, las leyes “modernas”, impulsadas por la doctrina, dieron al principio un matiz fuera del régimen de propiedad al Derecho de Autor, enmarcándolo como un privilegio concedido por la ley a los autores, en este sentido, en 1928 el “Código Civil para el Distrito y territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, estimó que el derecho de que trata esta materia es un derecho distinto al de la propiedad que consiste en un privilegio de exploración denominado *Derecho de Autor*”⁴². Poco tiempo después, se comienza la legislación sobre la materia con la expedición de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor en 1947, pasando por múltiples reformas hasta llegar a la actual Ley Federal del Derecho de Autor. Dentro de estas reformas unas de las de mayor relevancia fue el aumento de la temporalidad en la protección de las obras literarias y artísticas, siendo actualmente de 100 años después de la muerte del autor. Esta limitante temporal la analizaremos con mayor profundidad más adelante.

Asimismo, en la evolución de las legislaciones nacionales el resto de los límites a los derechos patrimoniales también han cambiado, según las realidades propias de la época hasta llegar a establecer las fronteras de estos derechos en el punto del interés público, siendo el principal interés, fomentar el desarrollo cultural e ideológico de la sociedad. Es conveniente analizar estos puntos, ya que como veremos en el punto 4, las limitantes relacionadas con el interés público del Estado tienen una diferente tipificación tanto en EUM como en EUA, siendo importante realizar el estudio comparativo para encontrar áreas de oportunidad dentro de los esquemas actuales.

⁴¹ Idem. p.136

⁴² Idem. p.390

4. Análisis de las limitaciones patrimoniales al Derecho de Autor

Existen diversas teorías que fundamentan la existencia de los derechos patrimoniales en la materia que nos ocupa, algunas hipótesis que parten de la expansión del concepto de apropiación al mundo espiritual (Doctrina Roguín); otras sobre la prohibición para reproducir la obra de otro (Teoría *ExDelicto*); algunas más sobre la protección de la personalidad del autor en sus obras (Teoría del derecho a la personalidad); hasta llegar a que la regulación del Derecho de Autor es de naturaleza *sui generis*, dada su naturaleza ambivalente⁴³. Lo cierto es que, como ya mencionamos, los derechos patrimoniales consisten de forma genérica en la facultad que tiene un autor para disponer y explotar, con un fin preponderantemente económico, una obra, por si mismo o por medio de terceros autorizados por él.

Ahora bien, bajo la premisa que el Estado es el que reconoce un derecho, es el propio Estado, quien establece límites para la explotación monopólica de este derecho, que constituye un interés privado. Estos límites se establecen en todos los marcos regulatorios que ocupan al presente estudio, tanto de la perspectiva internacional, en los tratados, como en el punto nacional, en el orden constitucional y las leyes que emanen de ésta. Sobre esto, Rengifo, se expresa claramente al mencionar: “No obstante que los derechos de explotación del autor constituyen un monopolio o exclusiva de utilización económica de su obra, por virtud de la cual nadie puede explotarla sin su autorización, ellos sufren determinadas limitaciones”⁴⁴. Ahora bien, dado que cada ordenamiento impone límites diferentes, es conveniente analizar cada uno de forma específica.

4.1 Regulación jurídica Internacional

La intención de proteger el vínculo de las obras con sus autores y de regular su explotación por sus titulares, generó la necesidad de un sistema de reconocimiento y protección del Derecho de Autor en forma global. Uno de estos primeros intentos es la

⁴³ Cfr. Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p.58- 63.

⁴⁴ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.176

Declaración Universal de los de Derechos del Hombre (1948), la cual surge con el crecimiento de las relaciones multilaterales y establece que “toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, de disfrutar de las artes y de compartir el avance científico y sus beneficios y que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual ella sea su autora”⁴⁵. Estos principios establecen un interés público y uno privado, el primero genera para el Estado la obligación de proveer los medios para que sus gobernados sean parte de la vida cultural y el avance de la ciencia; mientras, que el segundo señala una declaración acerca de que los hombres tenemos el derechos sobre nuestras creaciones intelectuales y científicas.

De lo anterior, el propio Rengifo señala: “Del texto en su conjunto se deduce que los derechos intelectuales se encuentran limitados por el interés publico y, además, pone de manifiesto los factores esenciales que hay que tener en la cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión de la Propiedad Intelectual: cultura, interés publico y derechos de los autores”⁴⁶. Coincidimos en que cualquiera de las facultades del derecho patrimonial en la materia que nos ocupa está sujeta al interés público, siendo este último, la fuente principal de las limitaciones que se consagran tanto en los marcos jurídicos internacionales como en los nacionales de los EUA y los EUM.

Ahora bien, dentro de la regulación internacional sobre las limitaciones de los derechos patrimoniales encontramos dos acuerdos que toman especial relevancia, el primero, es el Convenio de Berna, de carácter multilateral y que constituye el mayor esfuerzo para generar el sistema internacional sobre el derechos de autor; y el segundo, es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, acuerdo de índole regional y que establece el marco de las relaciones en la materia entre EUA y EUM.

4.1.1 Convenio de Berna

El destino universal de las creaciones intelectuales (obras), como ya mencionamos, es fundamento de la creación de una regulación internacional y nacional,

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos del Hombre

⁴⁶ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.77

que permitan dar forma al sistema de protección y control de los derechos de autor. Este sistema internacional que crea el Convenio de Berna se regula en el primer artículo del mismo, en la que se constituye una Unión de Estados con la finalidad de *protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*; sin embargo, el presente sistema incluye elementos de propiedad industrial, al proteger las obras, razón por la cual en “la oficina de la Unión Internacional, creada por el Convenio de Berna, se controla al mismo tiempo ambas propiedades, la intelectual e industrial, agrupadas hoy en el ‘Bureaux Internationaux Reunis’”⁴⁷.

En este contexto, resulta conveniente analizar las obras que protege la convención, señaladas en su artículo segundo, que son:

“Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, **científico** y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.⁴⁸

Cabe mencionar que la definición de las creaciones protegidas bajo el concepto de “obras literarias y artísticas” se define los primeros dos renglones de lo citado, ya que el resto son ejemplos enunciativos mas no limitativos de la propia descripción, tan es así, que se agrega la cuestión científica y no solo la cuestión literaria y artística. Así mismo, se refiere a las colecciones y a las obras derivadas, las cuales no son parte primordial del presente estudio, por lo que solo diremos que las primeras están constituidas por la recopilación de diversas obras en una nueva obra, tales como enciclopedias y antologías; y las segundas, son aquellas obras que nacen de la modificación de una obra ya existente, en la que dicha transformación es importante, pero conserva la esencia de la idea expresada por el autor originario, como las traducciones o adaptaciones.

⁴⁷ Farell Cubillas, Arsenio. “El Sistema Mexicano de Derechos de Autor”. Editor. Ignacio Vado, México. 1966. p.76

⁴⁸ Convenio de Berna, artículo 2.

Una vez definido el objeto principal de protección amparado en la convención, comenzaremos a analizar las limitaciones que maneja el mismo, mencionado que algunas de estas limitaciones son genéricas y dejadas, en su mayor parte, a las legislaciones nacionales, tales como el requisito de fijación (*fixation*, en la legislación de EUA) o la protección de los textos legislativos. Sobre estas fronteras en los derechos patrimoniales el maestro Rengifo comenta: “La legislación del Derecho de Autor contiene limitaciones en cuanto al alcance y el ejercicio de los derechos objeto de protección. Limitada en el tiempo; derechos exclusivos de su explotación, pero limitados por razones de la enseñanza, la investigación, la cultura, la crítica y la información...”⁴⁹. En esta descripción encontramos una breve semblanza de las razones y de las reglas para la explotación de los derechos de carácter económico en las obras.

En lo que nos ocupa, la primera limitación al Derecho de Autor se encuentra expresado precisamente en el mismo artículo segundo, que en su sección octava, excluye de la protección del convenio a “las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”⁵⁰, esta misma limitación se replica en las legislaciones nacionales de cada país, estableciendo diferentes requisitos y formalidades, mismo que analizaremos más adelante. Este límite establecido se funda en dos razones básicas que se relacionan, una es que la naturaleza de las noticias es principalmente que sea difundida y la siguiente radica en dar la misma protección que al resto de las obras generaría acciones en contra de la esencia mencionada, dado lo impráctico que sería formalizar una autorización por cada noticia que se emita para su difusión por terceros.

Por otra parte, uno de los límites de mayor relevancia en los derechos patrimoniales es la limitación temporal de los mismos, considerando que de no existir esta frontera, se produciría un detrimento o una parálisis en el desarrollo de la creación literaria, artística y científica, ya que llegaría un punto en el que no podríamos realizar cualquier obra sin infringir al menos parcialmente un desarrollo anterior. Sobre esto, en forma diferente más bajo el mismo concepto, se expresa Leslie A. Krutz:

⁴⁹ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.50

⁵⁰ Convenio de Berna, Artículo 2..

“Si un autor pudiera controlar una idea, simplemente al expresarla en una forma, la materia prima disponible para los otros autores se vería disminuida. La creatividad y el intercambio de ideas se vería impedido, en lugar de fomentarse. Las ideas en el trabajo de un autor son bloques de construcción básicos, y se dejan sin protección a fin de evitar una indebida inhibición en la creación de los demás”⁵¹.

Aunado a esto, mantener un privilegio en estas condiciones provocaría la oportunidad un monopolio de carácter permanente prohibidos por los Estados (en privilegios a particulares), y ser una figura económica sumamente ineficiente en el desarrollo de la economía y del comercio. Sobre la limitación temporal, Pablo Arrabal, señala: “El monopolio que se otorga a los intelectuales sobre sus ideas no es eterno. Tiene un limite temporal razonable que les permite obtener un pleno resarcimiento de su esfuerzo mediante la comercialización de sus obras en el mercado mundial”⁵², descripción con la que también coincidimos, en la idea de que los derechos patrimoniales buscar recompensar el esfuerzo del autor, más no eternizar el aspecto económico atribuido a su favor por sus creaciones.

En este contexto, la regulación sobre la temporalidad de los derechos patrimoniales esta dada en el artículo 7 del Convenio en donde se establecen los parámetros, dentro la Unión del Estados en el acuerdo, sobre la protección concedida, la cual *se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte*. Dentro del mismo artículo se señala el caso de obras anónimas o bajo un seudónimo, en las cuales el tiempo señalado anteriormente correrá a partir de que hayan sido hechas al público de forma lícita. Asimismo, el artículo 7 bis resuelve la situación para las obras hechas en colaboración describiendo la regla sobre la que el término comienza a correr después de la muerte del último autor. Cabe recalcar que el propio Convenio reconoce las presentes reglas como el límite mínimo sobre la temporalidad de los derechos que deben contener las legislaciones nacionales de los miembros de la Unión, pudiendo éstos ampliar dicha protección mediante su legislación particular, tal como es el caso de los países objeto del presente análisis.

Ahora bien, no solamente existen limitaciones temporales reconocidas en el Convenio de Berna, en una forma general e incluso vaga el documento da el fundamento

⁵¹ A. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico, 2000. p.88

⁵² Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestión 2000 S.A. España, 1991. p.12

para establecer nuevos límites, a criterio de los Estados miembros, a la explotación de los derechos patrimoniales. El artículo 9 establece que las legislaciones nacionales podrán “permitir la reproducción de dichas obras (las protegidas por el Convenio) en determinados **casos especiales**, con tal que esa reproducción no atente a la **explotación normal** de la obra ni cause un **perjuicio injustificado** a los intereses legítimos del autor”⁵³. En la redacción, apreciamos tres conceptos que son fundamentales y resultan muy amplios, dejando la responsabilidad a las legislaciones nacionales de aterrizarlos en sus regulaciones; sin embargo en el caso de los EUM esto no sucede.

Es importante mencionar que los ‘casos especiales’ están normalmente ligados a cuestiones de interés público, tales como el desarrollo de la cultura y la investigación científica, la conservación de obras y aquellas limitaciones que considere pertinentes cada miembro de la Unión. En este caso, el legislador no es completamente libre, debe someter sus casos a que no se afecte la explotación normal de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado a los titulares en sus derechos. El presente artículo toma especial relevancia en el caso de los EUM, ya que prácticamente se toma casi en su totalidad para establecer los nuevos límites, sin que se describa de una forma clara algunas de las limitantes establecidas, las cuales analizaremos más adelante.

En el artículo 10, se describe específicamente la cita textos y uso de obras como una limitación al derecho patrimonial, estableciendo reglas sobre su uso lícito. Esta regulación se ordena mediante una serie de requisitos básicos para la citas, el primero es que la obra se haya hecho *accesible al público lícitamente* (parte de las facultades otorgadas por el derecho moral con las características antes descritas), manteniendo un *uso honrado* y en *medida justificada* para el fin que se persiga, en todo caso se deberá mencionar la *fuentes* y el *nombre del autor*. Nuevamente el Convenio maneja conceptos y lineamientos muy generales, dejando expresamente a las legislaciones nacionales la libertad de establecer parámetros específicos o casos a seguir. En cuanto al uso, el propio Convenio repite los conceptos de la cita de textos, señalando que serán las mismas legislaciones nacionales las que establezcan los casos del uso lícito de obras protegidas bajo el presente convenio con motivo de enseñanza y fines culturales. Lo anterior resulta lógico en la inteligencia que el interés público es diferente en cada sociedad, así como las

⁵³ Convenio de Berna, Art. 9

prioridades que establezcan los Estados para incentivar el desarrollo de conocimiento; por lo que resulta congruente que sean las propias legislaciones nacionales las que definan la rigidez o flexibilidad de las situaciones, situación que veremos contrastante cuando analicemos las legislaciones de los EUM y los EUA.

Continuando con las limitaciones expresadas en el Convenio, el artículo 10 bis, contiene disposiciones similares a las que hemos analizado, dejando a los Estados miembros que definan los casos y los puntos específicos en base a los lineamientos generales que brinda el Convenio. En el orden señalado, el acuerdo propone la posibilidad de permitir la reproducción de los artículos de actualidad por los medios de comunicación, siempre y cuando no haya sido reservada expresamente la transmisión; igualmente, la posibilidad de permitir que las imágenes y sonidos sobre asuntos de actualidad sean transmitidos con fines informativos. Es evidente que la intención de estas disposiciones sería el dar movilidad a la información actual y no detener el conocimiento de los asuntos que ocurren dentro de la sociedad, cabe recalcar, que deja claro el respeto que se debe de dar a la voluntad de los titulares que se reserven los derechos en el caso de las retrasmisiones de imágenes y sonidos.

Dado lo anteriormente expuesto obtenemos que el Convenio de Berna es una de las figuras jurídicas más importantes para la regulación de la materia, estableciendo el sistema de colaboración y la regulación básica para dar forma y coherencia a las legislaciones nacionales.

4.1.2 Acuerdo sobre los aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Sección I).

Por otra parte, tenemos el acuerdo sobre Propiedad Intelectual de la OMC (TRIPS), el cual constituye un intento de dar lineamientos sobre el manejo de la Propiedad Intelectual dentro de su aspecto comercial a nivel global. Este acuerdo contiene referencias al propio Convenio de Berna que hemos analizado en lo que corresponde a la cuestión conceptual, estableciendo una relación estrecha entre ambos instrumentos.

Al igual que el convenio de Berna, la primera limitación al aspecto económico del Derecho de Autor consagrado en el acuerdo es la cuestión de temporalidad. Estableciendo nuevamente una medida mínima de 50 años (excluyendo las obras fotográficas de arte aplicado); sin embargo, una diferencia importante en el tratamiento de la duración de estos derechos es desde cuando considera el inicio del término, el cual es desde el final del año de la publicación autorizada o, en caso de que no haya una publicación, es a partir del final del año de su realización. Esta consideración es importante ya que reduce considerablemente el tiempo de explotación de la obra, cabe recalcar, que éste parámetro está basado en la “obra” y su realización, mientras que en el Convenio de Berna el parámetro está ligado al autor.

En el artículo 13, se fundamenta jurídicamente la existencia de las limitaciones al derecho patrimonial, la redacción es la siguiente: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”⁵⁴. En dicho artículo, se regula la posibilidad que los miembros del acuerdo puedan establecer “casos especiales” con limitaciones o excepciones a la explotación exclusiva; no obstante, esta atribución está circunscrita en que no se afecte la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los titulares. Estas fronteras tienen un carácter general, simplemente dando lineamientos sobre la dirección que deben cumplir los miembros en sus legislaciones nacionales. Es de recalcar, que la presente regulación está dirigida a mantener la equidad en el comercio, por lo que resulta lógico que los casos de excepción sean circunscritos a su vez por lineamientos de carácter económico, considerando que alguna medida exagerada o injusta provocaría que el comercio de Propiedad Intelectual se desincentivara.

El presente acuerdo constituye un esfuerzo, desde la esfera comercial, para dar firmeza jurídica a las decisiones de los Estados miembros sobre las decisiones y excepciones relacionadas con la explotación de los derechos de autor, incluyendo el trato comercial que se realice sobre los mismos.

⁵⁴ Acuerdo sobre los aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

4.1.3 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Cap. XVII)

Desde el punto de vista regional, los EUM y EUA han llegado a un acuerdo sobre el tema que nos ocupa, este se regula en el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual contiene las bases para el trato de la Propiedad Intelectual entre ambos países y en el que se fundamentan jurídicamente los esfuerzos de ambos Estados para brindar certeza en las relaciones comerciales amparadas bajo el propio tratado.

Analizando de lo general a lo específico, el artículo 1701 establece una obligación de forma general para la protección de la Propiedad Intelectual, asegurando la existencia de los medios jurídicos para su defensa y el señalamiento de reglas para evitar que los derechos de Propiedad Intelectual, entre ellos los derechos de autor, se conviertan en un obstáculo para el comercio. En este artículo, se basa el desarrollo de las legislaciones y el trato jurídico regional a estos derechos, en el que si bien se encuentran puntos generales, son básicos para el seguimiento acorde de las legislaciones. Es conveniente mencionar lo que el artículo refiere como “asegurándose a la vez de que las medidas destinadas a defender esos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo”⁵⁵ es el fundamento general para el establecimiento de limitaciones al derecho exclusivo de explotación.

Al igual que el Convenio de Berna y el TRIPS, el tratado abre la posibilidad a que los Estados Miembros puedan elegir dar una protección más amplia que la concedida en el acuerdo, estableciendo en sentido positivo esta atribución. En este mismo sentido, el TLCAN repite prácticamente el artículo del TRIPS que fundamenta la existencia de limitantes a los derechos de explotación, imponiendo incluso los mismos candados para dichas medidas, el artículo 1705 sección 5 señala a la letra: “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”⁵⁶.

⁵⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, art. 1701, secc. 1.

⁵⁶ Idem, art.1705, secc. 5.

Lo anterior refleja los intereses de ambos países de ligar sus obligaciones a las establecidas a nivel internacional.

El TLCAN, específicamente en las cuestiones de limitaciones al Derecho de Autor, refuerza la regulación y la intención de ambos países de preservar esta oportunidad de los Estados para establecer “casos especiales”; sin embargo debemos señalar, que no aporta novedades al entorno a la regulación dentro del tema que nos ocupa.

4.2 Regulación jurídica en los Estados Unidos Mexicanos (EUM)

En los EUM la regulación del Derecho de Autor se sitúa a nivel Constitucional y en la legislación federal que de ella emana, denominada Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA). Específicamente las limitaciones a los derechos patrimoniales se establecen en ambos ordenamientos, en nuestra Carta Magna Federal se encuentra contemplado que dichos privilegios a los autores e inventores será de carácter temporal; mientras, que en la ley reglamentaria correspondiente (LFDA) se establece de forma específica tanto el límite temporal como las limitaciones establecidas siguiendo el interés público del Estado y el cumplimiento de sus responsabilidades con la Nación.

Es conveniente que analicemos detalladamente las regulaciones mencionadas para conocer sus motivos y efectos dentro del Derecho de Autor.

4.2.1 Marco Constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de su capítulo económico, reconoce la existencia de la Propiedad Intelectual, así como el otorgamiento de un privilegio de explotación sobre el Derecho de Autor y la propiedad industrial.

El artículo 28 Constitucional establece la prohibición expresa para los monopolios, así como toda práctica monopólica que incluya un privilegio “injusto” a favor de determinada persona, física o moral. Esta prohibición no es absoluta, el propio artículo contempla algunos casos en las que no se considerarán monopolios determinados privilegios y actividades, entre ellos los derechos de los inventores y autores con sus

obras. El artículo constitucional expresa los lineamientos mencionados en las partes que transcribimos del mismo:

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan estas leyes.

...

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna

mejora

...⁵⁷.

De esta transcripción se desprende que el derecho de exploración de las creaciones intelectuales correspondientes al Derecho de Autor y la propiedad industrial no constituyen un monopolio por mandato constitucional, siempre y cuando estén limitados por una temporalidad, única condicionante a este mandato. Es importante señalar que el artículo constitucional sólo regula el aspecto patrimonial del Derecho de Autor, dejando la paternidad de la obra, es decir, su aspecto moral, fuera de la condicional temporal esgrimida. Lo anterior resulta entendible y justo, ya que el derecho moral se desprende de la personalidad del autor al expresar la idea en su creación, como ya hemos mencionado, mientras que el derecho a la explotación está ligado a la obra en si misma.

Asimismo, el Estado tiene, a nuestro entender, dos motivos fundamentales para establecer, por una parte, el privilegio a los autores e inventores y, por la otra, la temporalidad sobre dicho privilegio. El primero responde a promover e incentivar la creación intelectual y cultural dentro de la sociedad que rige, dando una justa retribución a aquellas personas que ocupan sus capacidades en dicha evolución de la sociedad. La segunda, al establecer un derecho exclusivo permanente de uso y explotación de una obra, no solo sería establecer un monopolio injusto y contrario a las teorías sobre la eficiencia de los modelos económicos, sino que se desincentivaría la creatividad y el desarrollo intelectual, ya que llegaría un punto en el que limitaríamos tanto la expresión de las ideas, que ya no podríamos usar ninguna expresión sin violar un derecho.

Es importante señalar, que este aspecto temporal, está ampliamente regulado en la ley reglamentaria correspondiente, LFDA, que analizaremos detenidamente más adelante.

⁵⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28.

Por otra parte, el artículo 73 fracción XXIX-F de la misma carta magna de los EUM otorga al Congreso de la Unión las atribuciones para regular las cuestiones relacionadas con desarrollos de Propiedad Intelectual. La fracción expresa lo siguiente: “XXIX-F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional”⁵⁸. La mencionada atribución reconoce la competencia del Congreso de la Unión para dar forma al trato jurídico que debe darse a las creaciones intelectuales, su difusión, transferencia y explotación dentro de lo señalado para el desarrollo de la Nación. Esta facultad tiene su correlativo en la Constitución de los EUA, inclusive este artículo es la única fuente Constitucional relacionada con la Propiedad Intelectual, incluyendo el Derecho de Autor que nos ocupa, como analizaremos posteriormente.

Si bien, la regulación constitucional es parca, coincidimos en que dicha regulación no debe incluir clarificación en demasía, sino reconocer la existencia de la Propiedad Intelectual y brindar facultades para su regulación, cumpliéndose ambos supuestos. Podríamos recomendar el actualizar los conceptos y redacciones; sin embargo, la labor primordial se encuentra en las legislaciones reglamentarias, que se regula en lo particular la Propiedad Intelectual.

4.2.2 Ley Federal del Derecho de Autor y reglamento

La Ley Federal del Derecho de Autor y su reglamento constituyen los ordenamientos que reglamentan los derechos morales y patrimoniales de las creaciones intelectuales, desde determinar los titulares hasta señalar el tratamiento que debe darse a los diferentes tipos de obras. Específicamente, la explotación patrimonial exclusiva de las creaciones intelectuales por parte de los autores e inventores permitida por la Constitución, esta regulada en los títulos II al VII. En la presente sección, analizaremos los límites temporales y de explotación, haciendo especial énfasis en el título VI, el cual

⁵⁸ Idem, artículo 73.

está dividido en 3 capítulos, el primero sobre la limitación de utilidad pública, el siguiente es sobre los límites a los derechos patrimoniales y el último sobre el dominio público.

La LFDA establece en su artículo 29 los límites temporales generales para las creaciones intelectuales protegidas bajo la ley del Derecho de Autor. Resulta bastante amplia la protección al aspecto patrimonial, reconociendo 100 años después de la muerte del autor o del último coautor para aquellas obras con paternidad reconocida y de 100 años después de su divulgación para aquellas con autor desconocido. Es importante recalcar que en la reforma de Julio de 2003, el segundo supuesto fue modificado eliminando los casos en los que se debería aplicar el mismo, en la cual, se refería a obras póstumas y las obras echas al servicio oficial de las diferentes esferas del Gobierno Mexicano. Esta reforma de entrada nos parece que deja una laguna dentro de la aplicación de este segundo supuesto, ya que si bien en la versión anterior de la ley no se mencionaba a las obras anónimas o de autor desconocido, por lo que resultaba, a nuestro entender, necesario incluir esta última clasificación dejando el resto de los supuestos o sumar un supuesto general que describiera aquellas obras que no se incluyan dentro del supuesto relacionado con la muerte del autor o autores.

Una limitación a favor de los autores y titulares de los derechos patrimoniales sobre la explotación mediante su transmisión a terceros, está pactado en el artículo 33, el cual establece dos supuestos sobre dicho caso. El primero establece que si no hay un acuerdo el término de la transmisión de los derechos, dicha transacción jurídica se entenderá por 5 años; mientras que el segundo, deja abierta la oportunidad para que se acuerde una explotación mayor a 15 años, siempre y cuando, la naturaleza de la obra así lo permita o inversión justifique dicho pacto. Si bien el artículo contiene, por un lado, la protección al autor, para evitar un abuso por parte de los dueños del capital; y, por el otro, deja la puerta abierta para la posibilidad para hacer un convenio de explotación mayor de forma limitada por las condiciones señaladas. Por nuestra parte, consideramos que dichas excepciones son ambiguas, no obstante, su eliminación implicaría un daño para los autores, por un lado por no limitar de ninguna forma la transferencia de derechos patrimoniales y, por otra, dejar sin inversionistas aquellas obras las cuales por su 'naturaleza' o inversión sea inviable mantenerlas.

Ahora bien, estas excepciones se amarran en el reglamento de la LFDA propiamente en el artículo 17 estableciendo mayores requisitos a la puerta que deja abierta la ley, estos son: expresar la causa que justifique la naturaleza y registrarse el convenio ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR). Además de estos requisitos formales, el artículo reconoce de fondo 5 casos en las que se podría realizar un pacto mayor a 15 años, los casos son:

- a) Obras que por su extensión se pague una inversión ‘muy superior’ a la que se pague por otras de su clase;
- b) Obras musicales que requieran un periodo mas largo de difusión;
- c) Aportaciones incidentales a una Obra de mayor amplitud;
- d) Obras literarias o artísticas que se incorporen a los programas de medios electrónicos; y
- e) Obras que por su naturaleza, magnitud de la inversión, número de ejemplares o el número de artistas e intérpretes o ejecución.

Estos casos reconocidos por el reglamento, son a nuestro parecer igual de generales que la propia ley, dando una limitación demasiado laxa a la libertad concedida por la misma ley. Dado lo anterior, tenemos las siguientes críticas, en el primer caso como se define una *inversión muy superior*, ya que si no es posible definirlo, no es posible aplicar la limitación misma de forma directa y tendría que ser la propiedad Autoridad en la materia, el INDAUTOR, quien decrete esta situación; en cuanto a la segunda, quien podría definir que una obra musical *requiera una mayor difusión*, dada la laxitud del artículo es evidente que nuevamente tendría que una autoridad decretar este hecho; el tercero nos parece que es lo suficientemente específico por lo que creemos que no vale la pena abundar; el penúltimo caso, nos habla de aquellas obras que sean parte de los medios electrónicos, en realidad el reglamento deja una ventana importante para la industria del software, así como cualquier obra que se encuentre por medios electrónicos; y finalmente, da una total apertura para el resto de las obras, estableciendo supuestos ambiguos para hacerlo e incluso copiando la propia ley.

El título VI de la LFDA establece las diferentes limitaciones a los derechos de autor, dividiéndose, a su vez, en tres capítulos. El primero sobre la ‘Causa Pública’, el segundo de la limitación a los derechos patrimoniales y el tercero, es del ‘Dominio

Público'. Los títulos de estos capítulos pretenden describir diversos casos en las que se limitarán el cobro de regalías o necesidad de una autorización por parte de los titulares, salvo el capítulo primero, ya que en el se establece la atribución a el Ejecutivo Federal para realizar publicaciones o traducciones necesarias para el desarrollo de la ciencia, cultura y la educación nacionales, mediante el pago a los autores, solicitando su autorización respectiva.

Por otra parte, en el capítulo segundo se establecen los supuestos en los que se dan las limitaciones principales a los derechos patrimoniales, las cuales son las de mayor similitud con el *'fair use'* de EUA. Los artículos 148 al 151 de la LFDA y sus correlativos 44, 45 y 46 del reglamento de dicha ley, son fundamentales para hacer viable jurídicamente las mencionadas limitaciones.

El primer artículo describe las condiciones y casos en los que se limitará el derecho patrimonial del autor o titular, pudiendo utilizar o reproducir, sin autorización ni pago de regalías, una obra protegida, entendiendo por esto aquellas que sus derechos patrimoniales se encuentren vigentes y exigibles. Las condiciones mencionadas son las siguientes: 1. No se afecte la explotación normal de la obra; 2. Citar la fuente y 3. No alterar la obra. La primera, establece una condicionante indeterminada, dejando en la mayoría de los casos a las prácticas de la industria (debiendo en algún momento ser asentada por una autoridad); además, busca evitar que se abuse de los casos señalados por el artículo a costa de la pérdida de remuneración de los derechos de los autores y su violación; la segunda y tercer condicionantes constituirían una violación a los derechos morales de los autores, mismos que no están sujetos a negociación o son renunciables, como ya hemos analizado; aunado a esto, en la tercera se deberá necesariamente contar con la autorización del autor.

Ahora bien, los casos amparados bajo el presente esquema son:

- a. Cita de textos;
- b. Reproducción de obras referentes a acontecimientos de actualidad, publicados o difundidos por algún medio de comunicación;
- c. Reproducción de partes de una obra para crítica e investigación científica;
- d. Reproducción de una obra literaria, por una sola vez y sin fines de lucro;

- e. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación;
- f. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;
- g. Reproducción, comunicación y distribución por medio de obras pictóricas de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Los casos antes mencionados, no son lisos y llanos, contienen condicionantes adicionales aplicadas a cada caso, por lo que vale la pena analizar de forma específica dichas situaciones. La cita de textos, señalado en el punto a., tiene una condicionante indeterminada al mencionar “la cantidad tomada no pueda considerarse como una **reproducción simulada y sustancial**”, esta redacción deja abierta (en mucho punto a la consciencia de los usuarios) el criterio para respetar alguna medida que quepa dentro de esta descripción; sin embargo, nosotros consideramos que sería sumamente útil especificar algunos parámetros para orientar de forma más concreta esta excepción. Esta consideración la retomaremos en el punto siguiente del presente trabajo.

Por lo que respecta al caso señalado en el punto b., el cual esta referido a la reproducción de obras con fines periodísticos o información noticiosa de actualidad, se circunscribe específicamente a la reproducción de artículos (de forma íntegra y no sólo parte), fotografías, ilustraciones y comentarios. Es pertinente señalar que dentro del último supuesto, no se especificó la redacción periodística a la que se refiere, por lo que no solo podríamos encuadrar opiniones, sino posiblemente una editorial, en la que se comente una cuestión o problemática de actualidad.

Sobre la reproducción de las obras descritas, emergen dos circunstancias que deben cumplirse en forma precedente, la primera, está referida a que se trate de una creación que haya sido previamente difundida por cualquier medio de difusión (incluyendo la prensa, radio y televisión), es decir, que no se trate de una obra inédita o reservada por sus autores para disfrute privado; y la siguiente, está relacionada con la facultad del titular de los derechos patrimoniales para autorizar o prohibir la reproducción de la obra por un tercero amparado por el artículo 27 fracción I de la LFDA, señalando que no debe existir la prohibición expresa por parte de dicho titular para aplicar la mencionada excepción. Esta última condicionante deja sin efectos lo acordado en el

artículo, obligando a que en caso de que exista la prohibición expresa, se deberá formular una autorización al interesado; sobre esto, Mauricio Jalife menciona: “la fracción segunda (e referencia al art.148 de la LFDA) parecería inclusive contradictoria con la naturaleza de la disposición misma que la regula, toda vez que regula que después de autorizar la reproducción de artículos, fotografías e ilustraciones, establece la prohibición para realizarlo si así hubiese expresamente manifestado por el autor o por el titular del derecho”⁵⁹, mismo comentario que ratificamos, ya que resulta sin sentido regular casos en los que se limitará el derecho patrimonial, evitando solicitar autorización al autor o titular, para luego revertir esa intención mediante dicha condicionante.

Por lo descrito en el punto c., el cual señala que es posible hacer la reproducción de partes de una obra para crítica e investigación científica, literaria o artística. Este caso es importante desmenuzarlo, ya que no se trata de una cita, sino de una reproducción que debe entenderse mayor a una cita (protegida por el caso a.), e incluso podría verse como una reproducción sustancial; sin embargo, al estar ligada a un fin de desarrollo científico y cultural, el Estado otorga la presente excepción para buscar incentivar la creación científica e innovación tecnológica. Esta actividad es importante para el Estado, ya que el desarrollo de la Sociedad depende, en buena medida, del desarrollo de la educación, la cual se incentiva mediante la generación de ideas y aumento de la creatividad científica, literaria y cultural.

El caso de excepción tratado en el punto d., es una de las inclusiones más controvertidas del artículo, ya que para muchos, el presente traerá consigo el desaliento en la inversión en la industria editorial (incluyendo al propio Mauricio Jalife); sin bien existen varias condicionantes específicas, deja una importante ventana para la violación de los derechos patrimoniales, incluyendo la de probar, por parte del titular, que no se cumplen dichas condicionantes en muchos de los casos. En esta sección, se establece un caso de excepción para la reproducción íntegra de la obra con tres características:

1. Se realice una sola vez;
2. Sea para un uso personal y privado; y
3. Se realice sin fines de lucro.

⁵⁹ Jalife Daher, Muricio. “Legislación de Derechos de Autor (Comentarios)”. Ed. Sista, México, 2005. p.XIII.

Dichas características avalan por ejemplo, la copia de respaldo que pueda realizarse de una obra o incluso la reproducción de obras en bibliotecas; no obstante, esta medida resulta ser muy abierta y poco protectora autores o tenedores de derechos. Adicionalmente, se menciona una restricción para las personas morales, las cuales sólo podrán ser Instituciones de Educación, Investigación u organizaciones que no se dediquen a actividades mercantiles; no obstante, cualquier persona física queda libre de esta frontera.

Aunado a lo anterior, el artículo 44 del reglamento de la LFDA, crea un supuesto más que la misma ley no reconoce, estableciendo 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, el artículo se transcribe como sigue:

“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”.

Ahora bien, se trata de una cuestión altruista y de equidad social para aquellas personas con capacidades diferentes; sin embargo, jurídicamente, el reglamento no puede exceder lo establecido por la ley, sino especificar y esclarecer lo establecido en ella. Por lo que el presente artículo, equiparable al punto d. que analizamos, va más allá al reconocer más derechos que solamente la reproducción de las obras e incluyendo algunos derechos conexos, además de reconocer esta excepción para aquellas personas con capacidades visuales y auditivas distintas, caso que la misma ley no reconoce. No obstante, resultaría improbable una impugnación al presente artículo, que si bien no cumple, a nuestro parecer, con el fondo y forma jurídica, la finalidad del mismo es de interés público al buscar promover la cultura y desarrollo científico en un ambiente de mayor equidad social. Lo anterior, en contraste con lo regulado exhaustivamente por la legislación de los EUA, como veremos más adelante.

En cuanto al punto e., poco es lo que se puede decir, ya que resulta una práctica obligada para el mantenimiento de los acervos culturales y artísticos dentro de las

organizaciones creadas para dichos fines, como son los archivos o bibliotecas. Ahora bien sólo es importante recalcar los fines de la reproducción y las obras que entran dentro de dicha cláusula. Los fines son la **seguridad y preservación** de las obras, lo cual resulta justificado a todas luces y en cuanto a las obras, el artículo circunscribe aquellas obras que se encuentren **agotadas, descatalogadas** y en **peligro de desaparecer**, es de resaltar que las características mencionadas no son excluyentes, sin que deben conjuntarse para ser susceptibles de reproducción bajo la presente fracción. Lo que resulta criticable, es la descripción de las obras, ya que es complejo que cualquier institución, entiéndase bibliotecas o archivos, tengan conocimiento si dichas obras se encuentran agotadas y más aún descatalogadas; en cuanto a la tercer característica es reprochable, ya que es una cualidad que difícilmente cualquier organización pudiera determinar, por lo que creemos que debieron mantenerse únicamente las dos primeras.

El punto f. que regula sobre la reproducción de las documentales para constancia dentro de un procedimiento ante una autoridad, sea de orden judicial o administrativo, resulta sumamente lógica, por resultar fundamental dentro de cualquier procedimiento de esta naturaleza contar con la reproducción del propio expediente.

El último caso regulado en el artículo, en el que se establece la reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimiento audiovisuales las obras que sean visibles desde lugares públicos. Sobre este caso, resulta lógico protegerlo, ya que si una obra es captada por cualquier medio pictórico o audiovisual en un punto donde no viola propiedad privada y se admira a la distancia en o dentro de un lugar público, resultaría gravoso intentar solicitar una autorización a su autor, además que el cobro de cualquier derecho sería inviable de forma práctica. En nuestro parecer, este caso responde a un fin práctico más que teleológico.

En cuanto al artículo 149, el cual reconoce dos casos en los que se podrán realizar el uso o fijación de obras sin la autorización de los titulares de los derechos patrimoniales. El primer caso, reconoce que no se requerirá de formalidades cuando se utilicen obras literarias y artísticas con el objeto de promover la venta de ejemplares de las mismas siempre y cuando: 1. Se realice en establecimientos abiertos al público en los que se comercialice la obra, entiéndase librerías, cafeterías, restaurantes, entre otros; 2. no haya un cobro por la admisión; y 3. Dicho uso no trascienda de dicho lugar. Este caso

se aplica para aquellos lugares que comercializan creaciones intelectuales y desean mostrarlas, siendo el fin de este artículo promover e incentivar la venta de dichas creaciones que generan, en último, un rédito a los autores o titulares del derecho.

El segundo caso, se establece la grabación efímera, de una obra bajo tres condicionantes: 1. La transmisión en el plazo convenido; 2. No realizar emisión o comunicación concomitante o simultánea; y 3. Se realice una sola emisión. Este caso se pretende liberar de requerir una autorización, para aquellas grabaciones que solamente se utilizar por una sola vez, amparando la excepción en la difusión que se da de las obras y de los autores, que hay un consentimiento tácito por parte de los participantes en el video para que sean grabados y que no hay una explotación masiva, ya que se limita a una sola transmisión. El mismo artículo menciona de forma adicional que “Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores”⁶⁰, dicha aclaración nos parece innecesaria, ya que el artículo es claro al establecer las condicionantes para que apliquen las disposiciones, además, en caso de tener un acuerdo por separado el aspecto patrimonial y jurídico deberá ser subsanado.

Es importante recalcar que ambos casos, no se está limitando el aspecto económico del derecho, ya que el artículo sólo limita un pago adicional por el uso de las obras de la grabación; sin embargo, el aspecto jurídico se ve afectado por esta excepción, por medio del cual se limita a que no se requiera autorización para ejercer las facultades que concede la LFDA a los autores o titulares del derecho patrimonial.

El artículo 150, a diferencia del artículo 149, limita el aspecto económico del derecho patrimonial. En el mencionado artículo se establece un caso en el que la ejecución pública, uno de las facultades exclusivas reconocidas al titular de los derechos patrimoniales, no causará regalías o un gravan económico para el ejecutante. El artículo se transcribe como sigue:

“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;

⁶⁰ Ley Federal del Derecho de Autor, artículo 149.

- 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.”⁶¹

De la lectura del artículo obtenemos que existe una condicionante técnica, una cualidad jurídica de la transmisión y una cualidad económica del receptor. La primera se establece al definir el tipo de aparato receptor, que si bien lo deja en un término abierto al señalar “comúnmente utilizado en los domicilios privados”, a nuestro parecer el fin del artículo sería circunscribir la excepción (no regalías por derechos conexos) a que se realice a domicilios privados, lo ligan a la cuestión técnica del aparato y no al receptor.

La cualidad jurídica de la transmisión está dada en el hecho de que la misma se realice “sin fines de lucro”, las fracciones II y III respectivamente establecen, que no debe haber un costo por percibir la transmisión y no se debe cobrar por la retransmisión que se haga de dicha ejecución; estas fracciones nos parecen acertadas y responden a la naturaleza misma del caso que se pretende exponer, ya que si habláramos de un lucro, sea directo o indirecto, nos encontraríamos en una trato injusto para los tenedores del derecho patrimonial y el derecho conexo que corresponda. La tercer condicionante establece una cualidad económica al receptor, ser causante menor o microindustria, dicha cualidad, resulta a nuestro parecer un exceso para el fin práctico perseguido por esta excepción, ya que es sumamente complejo establecer dichas condiciones económicas para cualquier titular y reduce aún mas el caso, pudiendo ser justo con establecer solamente que la transacción se realice sin fines de lucro.

Por otra parte, el artículo 151 de la LFDA establece algunos casos de excepción en los que el uso de actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones no constituirán una violación a los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, videogramas y organismos de radiodifusión. Estos casos son:

- I. No se persiga un beneficio económico directo;
- II. Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad;
- III. Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o
- IV. Se trate de los casos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la presente Ley.⁶²

⁶¹ Idem, artículo 150.

⁶² Idem, artículo 151.

Los casos antes mencionados son independientes entre si, es decir, que no son condicionantes concatenadas como se presenta en el artículo 150 que acabamos de analizar. Es de resaltar que los primeros tres casos de excepción se asemejan a los casos señalados en el artículo 148 y cada uno, a nuestro entender, busca proteger un fin específico. El primer caso, establecer que no exista un beneficio económico directo, lo cual resulta por demás lógico, ya que sería injusto que se utilizara con un fin de lucro el trabajo intelectual protegido por un derecho conexo; además de dejar en un estado de indefensión a sus titulares para proteger su derecho y la necesaria retribución de sobre los mismos.

El segundo caso, pretende que no se limite el derecho a la información y al libre flujo de la misma, cuando se trate sobre acontecimientos actuales, es decir aquellos que son noticia y parte del periodismo. La presente excepción nos parece vital para la industria, ya que resultaría sumamente gravoso para los periodistas, por ejemplo, informar o realizar un reportaje y tener que solicitar la autorización de cada artista o a las radiodifusoras en caso de usar una grabación o alguna declaración realizada por algún personaje, entre otros casos.

La tercera excepción, dedicada a los centros de educación y de investigación, sin distinción de su calidad pública o privada, permite utilizar las obras mencionadas en el artículo con fines académicos y de desarrollo del pensamiento científico que, como ya hemos mencionado, son fundamentales para formar sociedades basadas en el conocimiento. Aunado a lo anterior, es responsabilidad del estado velar por que las actividades académicas y de investigación puedan allegarse de forma sencilla de todos los elementos intelectuales para que sigan generando conocimiento y nuevas creaciones intelectuales.

Finalmente, el cuarto caso reconocido remite a los casos previstos en los artículos 147,148 y 149 de la LFDA, de los cuales los últimos dos hemos analizado; no obstante el artículo 147 regula la autorización del Estado para la reproducción o traducción de obras por “causa de utilidad pública”, reconociendo específicamente que será aquella necesaria para el avance de la ciencia, cultura y educaciones nacionales.

Ahora bien, las condicionantes no nacen de la propia LFDA, sino que es en el reglamento de la misma donde se establecen algunos puntos que circunscriben estos

casos de excepción. El artículo 45 del mencionado reglamento, da validez a los casos esgrimidos en el artículo 151 de la LFDA siempre que no se afecte la explotación normal de las obras y no se cause un perjuicio a los titulares de los derechos. Es evidente que la intención del presente es proteger a los titulares de los derechos conexos correspondientes; sin embargo, deja sin efecto mucho del campo de acción del artículo y va en contra de la naturaleza de la propia disposición, en este entendido no podemos estar de acuerdo con un término tan ambiguo como es el que “no se cause un perjuicio a los titulares”, el cual sin duda debe ser decretado por una autoridad y deja sin efectos a parte importante del referido artículo de la LFDA.

Existen dos casos más, que se regulan en el capítulo III del Título VI de la LFDA, los cuales están referidos al concepto de dominio público. El artículo 152 regula el libre uso de las obras que sean de dominio público, es decir, que hayan transcurrido el tiempo reconocido por la ley sobre los derechos patrimoniales (mismos que tratamos al inicio del presente apartado), teniendo como única restricción el respetar los derechos morales de los autores, dada la naturaleza de los mismos y que se desprenden de la personalidad del autor. El siguiente caso está regulado por el artículo 153, el cual reconoce el libre uso de una obra cuyo autor anónimo, es decir, mientras no exista un titular de los derechos patrimoniales; lo cual resulta lógico, ya que si no hay a quién reconocer la titularidad de un derecho de tipo económico sobre el uso de su creación artística, no podría solicitarse que se cumplieren formalidades jurídicamente imposibles.

Una vez que hemos analizado las limitantes amparadas en la LFDA y en su reglamento es importante que analicemos el orden constitucional y la regulación en los EUA, dadas por el Copyright Act, dentro de cuales existe un desarrollo equivalente para las limitantes de los derechos patrimoniales.

4.3 Regulación Jurídica en los Estados Unidos de América (EUA)

En EUA existe la consciencia de la importancia de la Propiedad Intelectual, desde que es uno de los activos de mayor exportación y que las creaciones e innovaciones intelectuales afectan los índices económicos de forma importante, además de ser una de

las industrias con mayor desarrollo en los últimos tiempos, esto último visible en empresas como Microsoft, Dell, IBM, entre otras.

En dicho país, al igual que los EUM, la Propiedad Intelectual está reconocida desde el marco constitucional y se regula en las leyes federales que emanan de la Carta Magna, como es el ‘United States Code’ (USC) y el ‘Copyright Act’ (CA). La constitución de los EUA reconoce el derecho exclusivo a los autores e inventores sobre sus creaciones basado en que dicho derecho fomenta el progreso científico y cultural en la Sociedad. Leslie A. Kurtz señala una diferencia en la naturaleza del trato del Derecho de Autor en los EUA: “La protección no se considera un derecho natural derivado del acto de creación. El Derecho de Autor en Estados Unidos concede derechos económicos más que morales. Su primer propósito es promover la creatividad y la diseminación de los trabajos creativos, de tal manera que el público pueda beneficiarse de la labor de los autores”⁶³. Compartimos este análisis hecho por la profesora Kurtz, ya que si bien existe un reconocimiento para el derecho de Propiedad Intelectual, el enfoque que tanto el marco constitucional como el USC es principalmente al derecho de explotación comercial y la reproducción de las creaciones de propiedad industrial y aquellas de naturaleza artística.

Es conveniente que analicemos tanto el marco constitucional como el propio USC sobre el trato que se realiza sobre el Derecho de Autor.

4.3.1 Marco Constitucional

La Constitución de EUA es uno de los documentos legales de mayor influencia dentro de la conformación de muchos Estados, principalmente en Latinoamérica, no sólo por el poderío económico y político que dicho país implica, sino por la profunda influencia ideológica inmersa en dicho documento. Dicho documento reconoce plenamente la existencia de la Propiedad Intelectual, especialmente el derecho a la explotación económica que hagan sus titulares con ella, como mencionamos anteriormente.

⁶³ A. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico, 2000. p.84

El mencionado documento, cabe recalcar, no fue el primer documento en reconocer este tipo prerrogativas para los creadores de material intelectual, sobre esto Mabel Goldstein señala: “La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, en su artículo 1, sección 8, contiene la protección del Derecho de Autor; antes de ella, varias leyes estatales, como por ejemplo de la Massachussets”⁶⁴. El artículo primero sección ocho de la Constitución reconoce la facultad del Congreso para fomentar el progreso de las ciencias y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos⁶⁵. Si bien la redacción de artículo se refiere a escritos y descubrimientos, no debemos limitar la protección que otorga esa redacción, sino que debemos considerar dentro de esta protección toda aquella creación intelectual, sea bajo el Derecho de Autor o la propiedad industrial.

Otra consideración que vale la pena comentar es el hecho de que se liga el otorgamiento del privilegio exclusivo por un tiempo determinado directamente a la promoción por parte del Estado al avance científico y el desarrollo de la cultura, especialmente por aquellas artes útiles, tales como la literatura, la música, entre otras. En este caso no hay mención de que sea considerado un monopolio, ya que la misma Constitución, al igual que en la de los EUM, hace la mención que dicha prerrogativa está limitada por un tiempo determinado. La primera limitante es nuevamente temporal, dejando a la ley especial de la definición específica de dicha temporalidad, en este caso es el USC y el CA, misma legislación que establece el resto de las limitantes hacia los derechos patrimoniales en lo que respecta a los derechos de autor, materia que nos ocupa en el presente estudio.

La distinción entre los sistemas sobre los derechos patrimoniales y morales de ambos países la tocaremos brevemente en algunos puntos mas adelante, ya que es en los EUA se da una prioridad al aspecto económico que a los morales, de hecho la regulación es prácticamente dedicada a la reproducción y explotación de las creaciones, situación que en México es distinta, ya que existe un equilibrio en el trato de ambos derechos.

⁶⁴ Goldstein, Mabel. “Derecho de Autor”. Ediciones La Roca, Argentina, 1995. p.32

⁶⁵ Nota: La redacción original es la siguiente: “To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.”

4.3.2 United Status Code (Copyright Act)

Con el reconocimiento constitucional a la Propiedad Intelectual generada por los autores e inventores, surge la necesidad de realizar una regulación que trate todos los temas. En el caso de los derechos de autor, surge la regulación sobre el '*copyright*' o el derecho a la reproducción de las creaciones intelectuales; siendo localizadas en el 'United States Code' (USC) y el 'Copyright Act' (CA).

El USC regula en su capítulo XVII lo referente al Copyright, estableciendo desde los lineamientos básicos de esta materia regulando las limitaciones a los derechos que se reconocen a los autores o titulares de las obras en sus derechos patrimoniales. La sección 302 del capítulo referido establece, al igual que en la legislación de la LFDA, la primera limitante que se tiene en los derechos que nos ocupan, que es la circunscripción temporal, indicada desde su reconocimiento Constitucional. Sobre este tema, la regulación de los EUA tiene un señalamiento importante sobre las obras creadas antes de 1978 y las que nacen después, dando un trato diferente a ambas con respecto a su duración. En este caso estudiaremos únicamente la normatividad sobre las obras creadas después de dicho año. En la mencionada sección se mencionan tres categorías para definir la vigencia de dichos derechos, las cuales son:

- a) 70 años después de la muerte del autor, como regla general;
- b) 70 años después de la muerte del último coautor, para las obras en colaboración;
- c) En las obras anónimas, bajo seudónimo o encomendado por tercero tendrán una protección de 95 años desde la primera publicación o 120 años desde su creación, la que sea menor. En esta sección se prevé el caso de que sea revelado el autor de una obra, aplicarán los puntos a) y b) anteriores.

Sobre el tema vemos que la legislación de los EUA es sumamente específica en el trato de las creaciones intelectuales, sacrificando la practicidad normativa por el trato justo en cada circunstancia de la creación de la obra, surgiendo así una gran diferencia en el trato que da la legislación de los EUM, en donde se establece un periodo general establecido a beneficio de las obras aun protegidas.

El mismo USC trata de forma general la sección de *'fair use'* o las limitaciones a los derechos exclusivos, principal punto de estudio del presente documento. La sección 107, no solamente establece en que casos se considerará que no existe una infracción del derecho patrimonial o *'copyright'*, sino que va más allá indicando aquellos factores que se deberán considerar para determinar que la obra ha sido utilizada bajo los parámetros del *'fair use'*. Sobre lo conceptualizado en esta sección el maestro Pablo Arrabal señala: “La regla general ‘de minima non curat praetor’ (el derecho no se ocupa de las cuestiones insignificantes) excluye de la protección intelectual a las citas esporádicas, siempre que sean breves, completas y se atribuyan correctamente a su verdadero propietario. Este uso mínimo de la propiedad ajena (*fair use*) permite realizar encuestas de opinión sobre los productos de empresas competidoras, sobre la publicidad de éstas, así como citar informes de bancos, universidades, cajas de ahorros y hospitales”⁶⁶; la redacción nos permite conocer algunos ejemplos que justifican la existencia de este tipo de limitación a los derechos patrimoniales, ya que al no reconocerlos se fomentaría un absurdo sobre el ejercicio de los derechos patrimoniales y no se restringiría el creación de conocimiento.

Los casos que reconoce esta sección es sobre el uso de las obras protegidas por el *'copyright'*, incluyendo la reproducción en copias, grabaciones o los medios especificados cuando se realice con el propósito de crítica, comentario, informar noticias, enseñanza (incluyendo diversas copias para el salón de clases), becas o investigación. Es de llamar la atención que la presente sección del *'Fair Use'* está basada en el propósito que tenga la actividad realizada, es decir, que la forma de uso o reproducción de la obra es secundaria y el propósito del mismo es lo principal; sin embargo, existen condicionantes intrínsecas que se establecen más claridad para la determinación de esta excepción a los derechos exclusivos, estas incluyen, de forma enunciativa más no limitativa, las siguientes:

- a) Propósito y carácter del uso (Comercial o educación sin fines de lucro);
- b) La naturaleza de la obra protegida;
- c) La cantidad y la porción substancial utilizada en relación a toda la obra;
- d) El efecto del uso en el mercado potencial o en el valor de la obra;

⁶⁶ Arrabal, Pablo. “Manual Practico de Propiedad Intelectual e Industrial”. Ediciones Gestión. 2000 S.A. España, 1991. p.98

En los factores analizados vemos algunas similitudes con lo establecido en la legislación correlativa en los EUM, inmersas en las disposiciones y casos amparados en el artículo 148 de la LFDA. La primera de estas es que se trata de parámetros no determinados de forma rígida, sino más bien ambiguos, dejando a un Juez la determinación de dichos elementos en caso de conflicto. Otra similitud se presenta en el punto a), ya que si bien no esta en carácter puro en la LFDA, el propósito es parte de algunos de los supuestos que son limitación para los derechos patrimoniales, a favor de este esquema es la estructura propia del sistema de los EUA para el manejo de sus situaciones jurídicas. Ahora bien, el punto c), se refleja en la legislación de los EUM cuando se habla que el uso o copia no debe parecer una reproducción simulada o sustancial de la obra, refiriéndose que en base al monto no se considere un plagio o copia ilegal de la obra. Finalmente, los puntos b) y d) se encuentran, a nuestro parecer, consideradas en el artículo 148 de la LFDA que establece que para utilizar los casos de excepción de los derechos patrimoniales no se debe afectar la explotación normal de la obra, bajo la ambigüedad de esta redacción se pueden considerar elementos de la naturaleza de la obra, el efecto en el mercado y en el valor de la obra, los cuales en su conjunto constituirían una afectación del tipo mencionado.

En la misma sección se libera un candado relacionado con las obras no publicadas, estableciendo que el simple hecho de que no se haya publicado una creación protegida no implica que se prohíba su uso por medio del 'fair use', siempre que se toma en consideración los factores mencionados para determinar esta calidad de uso. Es evidente que este principio contrasta con los derechos morales reconocidos en los EUM, ya que solamente el autor puede decidir si mantener una obra fuera de la circulación o la divulgación de la obra, salvo que se realice por encargo de tercero, mismo que se aplicarán los casos analizados en la sección de la limitación de los derechos patrimoniales de la LFDA. Es en la sección de los derechos patrimoniales, artículo 148 de la LFDA, donde se establece que los casos de excepción aplicarán a las obras ya publicadas, siendo coherente con las facultadas reconocidas a los autores en sus derechos morales, mencionadas.

Por otra parte, la sección 108 del mismo código reconoce el límite de los derechos de copyright en el caso de bibliotecas y archivos, estableciendo que no se considerará una

violación los mencionados derechos de reproducción, cuando se realice una copia por medio de estas organizaciones y sus empleados en cumplimiento de su trabajo, así como su distribución de la copia en las condicionantes señaladas. En realidad son estas últimas condicionantes las que definen los casos en los que se podrá aplicar este caso de excepción, estas son: a) se realice sin un fin comercial directo o indirecto; b) que las colecciones de las bibliotecas o archivos sean públicas o disponibles no sólo por investigadores afiliados, sino por todos los investigadores relacionados con el campo; y c) se establezcan las leyendas notificando que se puede tratar de un trabajo protegido y que se reproduce bajo el amparo de dicha sección. Este primer caso no es reconocido por la legislación de los EUM, ya que el supuesto del artículo 148 fracción V se circunscribe a la reproducción por seguridad y preservación de las obras, como veremos a continuación.

Dentro de la misma sección 108 se regula la protección para la preservación y seguridad o el depósito para la investigación del uso de una librería y archivo, permitiendo 3 copias o grabaciones, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) la copia se encuentre actualmente dentro de las colecciones y b) que no sea distribuido en formato digital y que no esté a disposición del público en dicho formato fuera de los límites de la biblioteca.

El tercer caso reconocido como excepción es aquella reproducción (de hasta tres copias) hecha con el propósito de reponer una copia o grabación dañada, deteriorada, perdida u obsoleta, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones señaladas: a) que la obra de reemplazo no pueda ser obtenida a un precio justo y b) que la obra no sea puesta al público en formato digital fuera de los límites de la biblioteca.

Los anteriores casos encontramos algunas diferencias, ya que la regulación anglosajona es por mucho más específica que la mexicana. Si bien en ésta última se prevé el supuesto de reproducción por la seguridad y preservación, esta excepción está caracterizada a que sea una sola copia y que dicha obra se encuentre en peligro de desaparecer, bajo el criterio de la conservación de la cultura y la investigación científica. Es evidente que la el USC responde a mayores necesidades por parte de las bibliotecas o archivos.

El cuarto caso de la sección 108 sobre las bibliotecas y archivos consideran algunos otros casos de excepción, dichos casos están descritos en escenarios para justificación la propia limitante al derecho patrimonial. Los casos siguientes en los que no se constituirá una violación de derechos de autor:

- a) La copia a colecciones, realizada por un usuario de la biblioteca u a solicitud de otras bibliotecas, por no mas de un artículo o una pequeña parte de la obra, siempre y cuando la copia pertenezca al usuario, sin que la biblioteca o archivo tenga conocimiento de que sea usado para un uso distinto al uso privado, educacional o de investigación y la biblioteca publique un aviso con los requerimientos establecidos en el USC.

En este caso, es de resaltar que el escenario planteado trata de proteger la libertad de acceder a la información o las obras de otros autores por parte de las personas físicas u otras bibliotecas, mientras se realice por propósitos de desarrollo del pensamiento científico y se utilice de forma particular por quien realiza la reproducción. En la LFDA, el caso esta parcialmente regulado por la fracción I del artículo 148, en el cual se establece que se permite realizar la cita de textos, evitando que se realice una reproducción simulada o sustancial de la obra; sin embargo, en el presente caso no se limita al actuar de las bibliotecas y archivos, sino que lo deja abierto a cualquier persona. Un punto a resaltar, es el intento de la legislación para generar una cultura de respeto a los derechos de autor, obligando a las bibliotecas a publicar este tipo de avisos o *'warnings'* sobre los casos en las que sea viable la reproducción de las obras sin violar dichos derechos.

- b) La copia a colecciones por medio del propio usuario u otras bibliotecas por toda la obra o una parte sustancial de la misma, cuando la biblioteca o archivo tenga conocimiento de que no puede ser adquirir a un precio justo la obra, siempre que pertenezca la copia al usuario y sea usado para uso privado, educacional o de investigación y la biblioteca publique un aviso con los requerimientos establecidos en el USC.

En la presente excepción, se regula el escenario en el que será viable realizar una reproducción total o sustancial de una obra, en los que se señalan algunas condicionantes indeterminadas ¿cuál sería un 'precio justo'?. Una constante son los propósitos sin fines de lucro, dedicados al desarrollo del conocimiento y la difusión de la protección a los derechos de autor por medio de los avisos de biblioteca. Este caso, está regulado por la fracción IV del artículo 148 de la LFDA, el cual, como ya analizamos permite, la reproducción total de una obra mientras la reproducción la realice el propio usuario de la

misma y sea para un uso personal y privado; nuevamente la legislación mexicana no limita a esta excepción a los usuarios de bibliotecas, sino que se deja abierto a cualquier reproducción de obra, mientras se realice sin fines de lucro.

- c) Durante los últimos 20 años de vigencia de una obra publicada, a excepción de obra musical, pictórica, gráfica, escultórica, o audiovisual, con el fin de preservación, educacional o de investigación, las bibliotecas, archivos y las instituciones de educación, podrán reproducir, distribuir, utilizar o ejecutar en forma facsímil o digital de una copia de la obra o de partes de ella; siempre y cuando no se cumpla ninguna de las siguientes condiciones: a) la obra sea objeto de explotación comercial normal; b) la obra pueda ser obtenida a un precio razonable; y c) si el titular ha dado un aviso a la Oficina del Copyright señalando que las anteriores condiciones aplican a la obra.

Finalmente, el último caso analizado en la sección 108, es una aportación de la legislación anglosajona, ya que la justificación de la presente excepción es la posibilidad de aprovechar el conocimiento el máximo, ya que si una obra no se explota comercialmente y se encuentra fuera de mercado o no hay un interés del titular de los derechos por protegerla, es importante para el Estado que la información y el conocimiento circulen y se promuevan dentro de su sociedad. En este caso, no hay correlativo en la legislación mexicana, ya que los escenarios de excepción son limitados a resolver ciertos puntos específicos y deja abierta la puerta a que se pueda realizar una afectación a los titulares de los derechos patrimoniales de una obra, caso de la fracción IV que comentábamos en el punto anterior.

Ahora bien, las secciones 109, 110 y 112 del mismo capítulo 17 de USC, establecen algunos casos relacionados con las limitaciones a los derechos sobre la transferencia, determinadas ejecuciones y las grabaciones efímeras, mismas que tiene sus correlativos dentro de la legislación mexicana a su vez.

La sección 109 establece tanto la prohibición sobre el uso, disposición o autorizar la disposición de una grabación o programa computacional con el fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta, como los casos de excepción para dicha prohibición, la primera relacionada con las grabaciones sin fines de lucro hecha por las bibliotecas o instituciones de educación sin fines de lucro y la segunda, es directamente relacionada con la transferencia de una copia legalmente hecha de un programa computacional entre instituciones de educación sin fines de lucro, los empleados de dichas instituciones o sus estudiantes, al señalar que dicha transferencia no constituye una

renta, préstamo o disposición con fines comerciales directos o indirectos. No obstante, estos casos no son autónomos, sino que están circunscritos por dos subcondiciones señaladas en la misma sección relacionadas a la naturaleza de los programas de computo, estas son: a) Cuando el programa de computo este contenido dentro de una maquina o producto y no pueda ser copiado en la operación de la maquina o producto; y b) el programa de computadora contenido dentro o usado en conjunto con un propósito computacional limitado, especialmente aquel diseñado para la ejecución de video juegos.

Es evidente que estas subcondicionantes responden a necesidades específicas de una industria en los EUA, sin embargo, se busca mantener el equilibrio entre el ejercicio exclusivo de los derechos por parte de los titulares y la promoción de la educación y del conocimiento por medio del uso de grabaciones y programas de computadora. Ahora bien, a nuestro parecer no hay un correlativo directo dentro de la LFDA; sin embargo, el artículo 151 (en la fracción I y III) de dicha ley establece que no constituyen violaciones a los derechos conexos (artistas interpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, videogramas, u organismos de radiodifusión) el uso de sus obras, cuando no se realice con un fin económico directo (equiparable al propósito comercial) o se realice con fines de enseñanza e investigación científica. Es de resaltar que estos casos no están concatenados, por lo que ambas circunstancias pueden o no estar presentes juntas en el mismo caso de excepción.

Por otra parte, la sección 110 regula los casos de excepción para las siguientes ejecuciones o proyecciones:

- a) aquellas realizadas por profesores o estudiantes en forma presencial en las actividades de enseñanza de una institución de educación sin fines de lucro en lugar dedicado a la instrucción, con excepción de largometrajes o otras obras audiovisuales cuya reproducción sea hecha de una copia ilegal;
- b) ejecución de una obra literaria no dramática o musical si es parte regular de un sistema de actividades de instrucción de un cuerpo gubernamental o de una institución de educación sin fines de lucro; o si esta relacionado del material de asistencia con un contenido dedicado a la enseñanza; o si la transmisión esta hecha primariamente por la recepción en lugares dedicados a la instrucción o si es recibida por personas discapacidades o circunstancias especiales en algún lugar

- dedicado a la enseñanza o la recepción es por funcionarios o trabajadores del cuerpos gubernamentales como parte de sus funciones o responsabilidades;
- c) ejecución de una obra literaria no dramática o musical durante los servicios en un lugar religioso;
 - d) ejecución de una obra no dramática o musical por otro medio que una transmisión para el público, sin cualquier fin que genere una ventaja comercial directa o indirecta y sin el pago de una compensación por las ejecuciones para cualquiera de los organizadores, ejecutantes o promotores, si no hay un cargo por admisión directa o indirecta, o los ingresos, después de los costos razonables para producir la ejecución, son usados exclusivamente por propósitos educacionales, religiosos y caritativos, salvo que el titular de los derechos patrimoniales de la obra haya notificado una objeción contra la ejecución siempre que la notificación siempre que esté firmada por el propio titular de los derechos o por su agente autorizado, se haya entregado la notificación en donde exponga las razones de su objeción, al menos 7 días antes de la ejecución al responsable de la misma; y la notificación cumpla en forma contenido y manera de servicio con los requisitos señalados en la oficina de derechos de autor;
 - e) ejecución de una obra musical no dramática por un cuerpo gubernamental o una organización sin fines de lucro dedicada a la agricultura y dentro de las exhibiciones o ferias que organicen;
 - f) ejecución de una obra musical no dramática por la venta en un establecimiento abierto al público sin ningún cobro directo o indirecto cargo por la admisión, donde el solo propósito sería promover la rentabilidad de venta de copias de obras y dicha ejecución no sea transmitido mas allá del lugar donde esta localizado el establecimiento donde ocurre la venta;
 - g) ejecución de una obra literaria no dramática en o dentro de un curso transmitido a principalmente a personas con invidentes o con una discapacidad que les impida leer normalmente material impreso debido a su discapacidad o sordas, si la ejecución se realiza sin ningún tipo fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta y la transmisión se realiza en las instalaciones de un cuerpo

- gubernamental, o en una estación de transmisión educativa y no comercial, o un radio con autorización del “subcarrier”; o un sistema de cable;
- h) la ejecución en una sola ocasión de una obra literaria dramática publicada al menos 10 años antes de la ejecución en una transmisión específicamente diseñada para personas con invidentes o con una discapacidad que les impida leer normalmente material impreso debido a su discapacidad o sordas, si la ejecución se realiza sin ningún tipo de fin de obtener una ventaja comercial directa o indirecta, en las instalaciones de una un ‘*subcarrier*’ de radio autorizado;
 - i) la ejecución de una obra musical o literaria no dramática en la realización de una función social en la que se difunde y organizada por una organización de veteranos sin fines de lucro o una organización fraternal sin fines de lucro, que no esté abierta al público en general, si las entradas de la ejecución, después de la deducción de un costo razonable en la producción, son usadas exclusivamente para propósitos caritativos y no para obtener una ganancia financiera.

La presente sección contiene elementos que describen situaciones muy específicas en las que se excluyen de las infracciones a los derechos del ‘copyright’, brindando equidad y manteniendo el apoyo a diferentes intereses, por una parte la promoción de la educación y el desarrollo del pensamiento científico y, por otra el apoyo a las personas con capacidades diferentes. La especificidad en cada caso y sus subcondicionantes dan luz a que no se pueda abusar de las mismas excepciones aceptadas y que los mismos sirvan para el fin que fueron concebidos. Lo anterior contrasta con la legislación mexicana, ya que los artículos 149, 150 y 151, regulan condicionantes que deben cumplir los casos, recalando que algunas de dichas condicionantes son indeterminadas y una autoridad deberá clarificar con la intención de verificar oficialmente el cumplimiento de dichas condicionantes. Si bien ambas legislaciones en algunos puntos manejan conceptos que en algún momento una autoridad deberá determinar, es de resaltar que la sección señalada de la legislación de los EUA, da mayor claridad y busca mantener el respeto a los derechos patrimoniales reconocidos, sin que estos privilegios afecten de forma determinante a grupos o intereses que el Estado está obligado a proteger.

Finalmente, la sección 112 del USC establece limitaciones a los derechos exclusivos para las grabaciones de carácter efímero, mismas que al igual que la sección 110 la presente nos menciona las actividades que pueden realizarse y bajo qué condiciones para que no se infrinjan los derechos exclusivos reconocidos bajo el 'copyright'. La ejecución de una obra bajo licencia o la transferencia de un derecho del 'copyright' o la transmisión por una estación radio o televisión, si: a) la copia es utilizada solamente para la organización que la realizó y no se realizan otras copias, b) la copia es utilizada solamente por la organización que trasmite para sus propias transmisiones o con propósitos de preservación o seguridad, y c) salvo que se trate de una copia para la preservación, la copia será destruida 6 meses después del primer programa transmitido al público.

El segundo apartado de la sección, establece el privilegio para las oficinas gubernamentales o otras organizaciones sin fines de lucro que tengan el permiso para transmitir una obra (bajo los casos de las secciones 110 y 114 del USC) para realizar no más de 30 copias o grabaciones de dicha transmisión, siempre y cuando: a) No se realicen más copias de las indicadas y b) todas las copias o grabaciones sean destruidas dentro de los 7 años siguientes a la primera transmisión, excepto por la copia de preservación.

El tercer apartado de la sección, establece que no constituye una infracción del derecho exclusivo del 'copyright' si alguna oficina gubernamental u otra organización sin fines de lucro realizan la distribución de no más de una copia o grabación por cada organización que transmita algún programa que contenga una obra musical no dramática de naturaleza religiosa o una grabación de ese tipo, siempre y cuando: a) No exista un cargo directo o indirecto por hacer dicha distribución; b) Ninguna de esas copias y grabaciones es usada para cualquier otra ejecución que no sea la sola transmisión al público por la organización autorizada para realizarla bajo una licencia o transferencia del propio derecho del 'copyright' y c) Todas las copias o grabaciones sean destruidas dentro del año siguiente a la primera transmisión, excepto por la copia de preservación.

La cuarta subsección, establece que no constituirá una violación al derecho del 'copyright' por parte de una oficina de gobierno o una organización autorizada para transmitir la ejecución de la obra bajo la sección 110(8) para realizar no más de 10 copias o grabaciones o el permiso para utilizar dichas copias por la oficina gubernamental

o la organización autorizada para transmitir dicha ejecución, siempre y cuando: a) cualquiera de dichas copia o grabación es retenida o usada solamente por la organización o por la oficina gubernamental autorizada para transmitir la ejecución de la obra, siempre que no se realicen más copias de las señaladas; b) cualquiera de dichas copias o grabaciones son utilizadas para la sola transmisión autorizada por la sección 110(8) o con fines de preservación o seguridad; y c) la oficina de gobierno o la organización sin fines de lucro por cualquier uso sin cargo alguno.

En la última parte de la presente sección, se establece que las obras transmitidas bajo esta sección no será objeto de protección como una obra derivada, salvo que se tenga el expreso consentimiento de los dueños de la obra.

Las mencionada sección que regula la excepción para las grabaciones de carácter efímero, tiene su contraparte en el artículo 149 fracción segunda de la LFDA, en la que se establecen, como ya mencionamos, tres condicionantes de carácter general, la primera habla que se deberá respetar el termino acordado, la segunda sobre la prohibición de una transmisión simultanea y la tercera la que se realice una sola emisión. Al igual que en la sección anterior del USC, los casos no están abiertos como en la legislación mexicana, sino que se encuentran delimitados en subsecciones, en las que cabe resaltar los elementos como organismos que intervienen, forma en que se realiza la grabación, el fin de la misma y la forma de transmisión. Con lo anterior, se pretende no dar cabida a que se burle el pago de regalías y, por otro, no desproteger ni limitar el uso de obras con fines de interés público (uso oficial, preservación del conocimiento y pensamiento científico, entre otras).

Ahora bien, una vez que hemos analizado brevemente ambas legislaciones, creemos conveniente realizar un pequeño análisis sobre las consideraciones más relevantes sobre los derechos patrimoniales con respecto a la doctrina y ambas piezas legislativas.

4.4 Consideraciones sobre las limitaciones patrimoniales

El Derecho de Autor, desde su naturaleza hasta la propia regulación de las limitaciones a los privilegios que concede, objeto último del presente estudio, está

rodeado de diversas percepciones sobre el trato que debe darse al derecho sobre la creación intelectual; derecho que “busca lograr un punto de equilibrio entre el interés público a la información y el acceso a la cultura, de una parte, y de otra, una efectiva y razonable protección tanto económica como moral de los autores de creaciones literarias, artísticas y científicas”⁶⁷.

La percepción del Derecho de Autor desde su punto de vista moral y patrimonial, es un ejemplo de lo mencionado en el párrafo anterior especialmente si nos referimos al trato ideológico que dan las legislaciones de los EUM y los EUA. Lo anterior en la consideración que la legislación mexicana da igual importancia a la regulación tanto al aspecto económico y moral del Derecho de Autor, contrastando con el trato que da la legislación anglosajona, la cual da una preponderancia casi absoluta al derecho de reproducción y explotación de las obras protegidas.

Sumado a esto, Ernesto Rengifo señala: “Para el *copyright* anglo-norteamericano el derecho del autor es un derecho de monopolio de explotación. Los juristas anglosajones no experimentaron la necesidad de sustituir la noción tradicional de la propiedad para explicar la naturaleza del derecho exclusivo del autor sobre su obra, a diferencia de los juristas continentales”⁶⁸. Tal y como mencionamos, el Derecho de Autor es tomado por las dos legislaciones de forma diferente, si bien, el rasgo más complejo del mismo es su aspecto económico y más aún las excepciones a los reconocidos privilegios monopólicos, es de reconocer la importancia del derecho moral y su impacto como una limitante más al aspecto económico del derecho; sin embargo, como bien menciona Rengifo, en México siguiendo una línea diferente del derecho establecemos un sistema diferente de propiedad al establecido de forma civil para los bienes, lo que a nuestro parecer es un sistema complementario en el que existen importantes contrapesos entre el autor originario y el titular con derechos de explotación sobre las creaciones del primero.

Lo anterior, en contraposición con el sentido de la legislación Estadounidense en la que los propios legisladores consideran que no es necesario crear un régimen de propiedad especial para las creaciones de tipo intelectual y se avocan a regular el aspecto patrimonial relacionado con dichas creaciones, sobre esto el propio Rengifo concluye

⁶⁷ Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.177

⁶⁸ Idem. p.71

diciendo que el “*copyright* es calificado como un monopolio limitado en virtud del cual el titular está facultado para impedir que cualquier otro copie o explote ilegalmente el trabajo sobre el cual el disfruta de unos derechos exclusivos”⁶⁹.

Ahora bien, es necesario analizar el trato constitucional que se le da al reconocimiento de estos derechos. En los EUA, se da vida jurídica al Derecho de Autor dentro de las facultades del Congreso del artículo 1 sección 8 de la Constitución, sin embargo, este reconocimiento da el poder al congreso de promover el desarrollo tecnológico y científico mediante la expedición de leyes que provoquen el mismo. De la anterior facultad, aunado al sistema anglosajón, han creado una de las legislaciones más avanzadas en la materia; sin embargo, ideológicamente la Constitución de los EUM, realiza un reconocimiento del Derecho de Autor y además brinda la misma facultad al Congreso de la Unión para regular en la materia.

En México, además de que el Congreso pueda expedir leyes reglamentarias en cumplimiento a dicha atribución constitucional, hay un reconocimiento del Derecho de Autor, dentro del artículo 28, el cual forma parte de las garantías individuales impresas en dicha Constitución y dentro del capítulo económico de la propia Constitución. En este sentido, consideramos que si bien los efectos jurídicos no han sido muy dispares, ideológicamente resulta preferible la regulación de los EUM, ya que da un reconocimiento al derecho y atribuye la facultad de regular al Congreso.

Ahora, atendiendo al tema que nos ocupa, las legislaciones de ambos países son diferentes en el trato que dan a las limitaciones al aspecto económico del Derecho de Autor, ya que dichas limitaciones a los “...los derechos de explotación exclusiva son específicos y están consignados de manera expresa en la ley...Las limitaciones se imponen fundamentalmente para satisfacer necesidades educativas, culturales y de información”⁷⁰, las cuales constituyen cuestiones de interés público, responsabilidades del Estado.

Estas diferencias se reflejan de la simple lectura de ambas legislaciones, la LFDA se basa las limitaciones en conceptos generales e imita algunas de las áreas básicas en las que debe darse este tipo de limitaciones para evitar que se limite el desarrollo científico y

⁶⁹ Idem. p.72

⁷⁰ Idem. p.158

artístico. En este sentido, encontramos que el USC (*Copyright Act*) es por demás específico al establecer cada una de las excepciones reconocidas, buscando mantener la equidad entre los intereses económicos del titular de los derechos patrimoniales de la obra y el interés público que tiene el Estado, entre las que podemos encontrar:

- a) apoyo en la equidad con las personas con capacidades diferentes;
- b) la difusión, promoción y uso del conocimiento científico y tecnológico; y
- c) la preservación del conocimiento científico y tecnológico.

El primero de estos casos se da cuando se reconocen excepciones sobre el cobro de regalías en el uso de obras cuando están dirigidas a un público con dichas características, mientras se respeten las reglas establecidas en el propio apartado; el segundo, cuando se permite el uso de forma gratuita de fragmentos de obras (*'fair use'*) o cuando se utilizan por una Institución educativa o entidad Gubernamental; y el tercero, cuando se libera de responsabilidad a las librerías de la responsabilidad en caso de reproducir una obra con el fin de preservación de la obra, conforme a las reglas que se establezcan. Para el maestro Rengifo, la institución del *'fair use'*, permite tomar parte de la obra de otro con propósitos específicos, tales como instrucción o investigación, sin contraer obligaciones con respecto al titular del Derecho de Autor; lo que constituiría una de las limitaciones al derecho patrimonial del Derecho de Autor y, tal vez, una de las más utilizadas por su naturaleza.

Por otro lado, la LFDA establece reglas generales, con conceptos que a nuestro parecer deberán ser determinados por la autoridad en el momento de una controversia y que sólo siguen en principios lo establecido por el USC. Al no establecer claramente cada caso de excepción, surgen dos situaciones: a) No se promueve el respeto al derecho patrimonial, al no ser claras las excepciones reconocidas a los mismos y b) No se establece la equidad buscada entre el aspecto económico de los titulares y el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico; a nuestro parecer esta característica de la legislación mexicana es criticable, ya que el respeto al Derecho de Autor comienza con establecer una regulación clara y concreta que facilite su cumplimiento, “la buena

educación nace de las buenas leyes”⁷¹. Así también, no promueve la equidad con las personas con capacidades diferentes, ya que protege en su mayor parte las actividades sin fines de lucro y las relacionadas con la enseñanza e investigación científica sin fines de lucro. Estos elementos nos hacen pensar en la necesidad de reformas importantes en estos aspectos que permitan una mayor claridad legislativa y un más equitativo trato en los privilegios reconocidos por la propia legislación.

Sobre este último punto, consideramos dos tipos de reformas mejorarían la calidad legislativa especialmente la ley de los EUM. La primera de ellas, relacionada con la reforma de los conceptos indeterminados los cuales presentan la desventaja que se someten a un criterio subjetivo en la determinación de la autoridad y no promueven el respeto a los derechos patrimoniales de las obras. La segunda, sería el establecimiento de parámetros recomendados dentro de los apartados de las limitantes a los derechos patrimoniales, que establezcan parcialmente los límites sobre la reproducción y uso de las obras a las que se les reconoce algún caso de excepción al cobro de derechos o la simple necesidad de una autorización.

Otro punto criticable de la legislación mexicana es que no realiza distinción entre las obras al momento de establecer los casos en donde se limitan los derechos patrimoniales. Es evidente que la legislación anglosajona en su búsqueda por mantener, a un nivel impresionante, la equidad entre los intereses de todos los actores relacionados con el ejercicio de los derechos patrimoniales, en conjunto con la promoción sobre la generación y desarrollo del conocimiento científico, artístico y cultural. En nuestro punto de vista, es importante privilegiar la equidad sobre la practicidad legislativa, ya que, si bien especificar en demasía los casos genera complejidad en el cumplimiento de la misma, el lastre se corrige con una clara redacción jurídica de la propia norma. Además de lo anterior, es de reconocer que las características intrínsecas en cada tipo de obra generan la necesidad de una normatividad especial, y aún más cuando nos referimos a la limitación de su aspecto económico, ya que su uso, reproducción, explotación y ejecución produce diversos efectos económicos, razón por la que se suma para la necesidad de una mayor especificidad.

⁷¹ Maquiavelo, Nicolás. “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”. Ed. Alianza Editorial. Madrid, España, 2000. p.42.

Finalmente, retomaremos la primera limitación analizada que proviene de una de las características intrínsecas de la naturaleza misma del aspecto patrimonial del Derecho de Autor que es su temporalidad. Tal y como analizamos, la duración del monopolio de explotación sobre las creaciones intelectuales, limitado por mandato constitucional y el orden internacional, está definida por las legislaciones nacionales. En México existen términos rígidos establecidos por la LFDA, situación que de primera instancia no resulta criticable; sin embargo, cuando analizamos este aspecto aplicado en conjunto con otros casos de limitación de derechos patrimoniales, resulta benéfico establecer un régimen con mayor flexibilidad, ya que en el caso específico en el que una obra se encuentre fuera del mercado o no se explote por parte de los titulares, específicamente en el último periodo de protección. Lo anterior, nos permite aprovechar al máximo las creaciones intelectuales para la promoción del conocimiento y la cultura, más si se trata de una obra que no está siendo aprovechada por parte de los tenedores de los derechos.

Ahora bien, el último estado que se genera en una obra es el encontrarse en el ‘dominio público’, mismo que se produce cuando ha transcurrido el tiempo que ampara el privilegio para los autores y/o titulares de los derechos patrimoniales conforme a la legislación correspondiente. Rengifo menciona que “...la obra se encuentra en el dominio publico cuando sobre ella nadie ejerce derechos exclusivos de explotación y, en consecuencia, puede ser utilizada o explotada por cualquier persona porque, por ejemplo, ya ha transcurrido el plazo de protección del derecho patrimonial”⁷², situación que nos parece por demás lógica, ya que si ha concluido el derecho monopólico sobre la creación, es natural entender a *contrario sensu* que cualquier persona está en la libertad de usarla; sin embargo, no se detiene ahí y justifica su dicho señalado que “las obras de dominio público no son de propiedad del Estado, pueden ser utilizadas por cualquiera sin que nadie adquiera derechos exclusivos sobre ellas”⁷³. Sobre el último punto no coincidimos con el autor, ya que no consideramos que sea el Estado el que detente un derecho sobre las creaciones intelectuales; sino que al cumplirse el tiempo en el que se reconoce un privilegio sobre la misma, no hay quien pueda, legítimamente y jurídicamente, prohibir su uso, reproducción o explotación; inclusive en la LFDA se reconoce que las obras del

⁷² Rengifo García, Ernesto. “Propiedad intelectual El moderno derecho de autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2000. p.193

⁷³ Cfr. Idem. p.193

‘dominio público’ podrán utilizarse libremente⁷⁴, es decir, que por mandato de ley se autoriza su uso, mas no por ello podemos deducir que sea el Estado quien detente un derecho sobre las mismas. Para ejemplificar, si el Estado fuera tenedor de algún derecho patrimonial, podría en un momento dado prohibir el uso, reproducción o explotación por determinada persona u organización, situación que legalmente no puede actualizarse. En base a esto, debemos concluir que no es por autorización del Estado principalmente, sino por la prescripción de un privilegio reconocido a persona privada, por lo que puede disponerse de una obra que se encuentre en el dominio público.

En el presente apartado, hemos analizado algunas de las cuestiones más relevantes y críticas sobre la legislación, buscando proponer posibles soluciones a los problemas de la claridad legislativa, el respeto al Derecho de Autor y al equilibrio entre la promoción del conocimiento y la explotación justa de los creadores o titulares de las obras. Partiendo de estas consideraciones sobre la legislación, naturaleza y doctrina de los derechos de autor es conveniente señalar las conclusiones al presente estudio comparativo.

⁷⁴ Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 152 y 153.

5. Conclusiones y Recomendaciones

Al iniciar el presente estudio señalamos que la idea, como el primer acto del entendimiento humano, y su expresión, como una necesidad de comunicar, es origen del Derecho de Autor; mismo que caracterizado por dos aspectos fundamentales: moral y patrimonial. El primer aspecto entendido como una extensión de la personalidad del creador de la expresión intelectual y caracterizado por una serie de facultades sobre la paternidad y esencia misma de la obra; mientras que el segundo, es descrito como un privilegio temporal de explotación exclusiva de una obra y justificado directamente por la 'justa' retribución al esfuerzo intelectual del autor de la creación intelectual objeto de protección e indirectamente por el fomento al desarrollo de conocimiento científico, cultural y artístico. Aún considerando lo mencionado en el presente párrafo, debemos reconocer que la estructura de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor es compleja y no existe una línea filosófica aceptada de forma general, por lo que nos limitamos a concluir lo señalado.

Siendo este segundo aspecto un privilegio otorgado por el Estado, no es reconocido de forma lisa y llana, sino que existen algunas limitantes que se fundamentan principalmente en las cuestiones de interés público. Dichas limitaciones a los derechos patrimoniales responden a mantener un equilibrio entre el interés del Estado por difundir y generar el conocimiento y el fomento a la creación de obras intelectuales mediante una retribución a los autores y/o titulares de las obras. Este equilibrio es más propenso a lograrse si existe una clara regulación jurídica de estos casos de excepción a los derechos patrimoniales, en donde se reduzcan los conceptos indeterminados (o pendientes de determinar por la autoridad) y su redacción sea clara, de tal forma que se facilite su cumplimiento e indirectamente promueva el respeto al derecho del titular. Finalmente, estas limitaciones deben ser resultado de un palpable interés público, ya que de lo contrario, entraremos en un círculo vicioso al no reconocer económicamente la creación de conocimiento científico y tecnológico a los autores, ya que podrían desincentivarse a continuar creando al no recibir un 'justo' pago a su trabajo.

Ahora bien, en base al análisis comparativo realizado sobre las limitaciones a los derechos patrimoniales en los EUM y los EUA, consideramos que hay importantes áreas

de oportunidad en la cuestión legislativa de los EUM, particularmente en el establecimiento de los mencionados casos de excepción, que constituyen las mencionadas limitaciones. Cabe recalcar que al tener características diferentes, los casos de excepción a los derechos patrimoniales deben analizarse en forma particular.

La primera de las limitaciones es de carácter temporal, tal y como se desprende de la naturaleza y origen del derecho patrimonial reconocido por el Estado. Ambas legislaciones regularon la duración de los derechos conforme a la regulación internacional adoptada por ambos, debiendo mencionar al Convenio de Berna y el TLCAN, y su propia legislación nacional fuente principal de dicho término, considerando que la regulación internacional establece rangos mínimos y los máximos son señalados por las legislaciones nacionales.

En los EUM, se reconoce una estructura rígida sobre la duración que deben tener los derechos patrimoniales; sin embargo, consideramos que en aras de continuar la búsqueda del mencionado equilibrio es necesario establecer una estructura ligeramente flexible en este rubro, siempre y cuando se combinen algunos factores que hagan viable esa flexibilidad. Creemos que dicha flexibilidad debe presentarse como un caso adicional de excepción a los derechos patrimoniales cuando exista la situación en que una obra se encuentre dentro de los últimos años de protección, digamos 15 o 20 años (como prevé el USC), por ejemplificar, y sea una obra que no se comercializa ni se explota de ninguna forma, tal vez podría disponerse de dicha obra sin fines de lucro y con la intención de difundir la cultura y el conocimiento científico. Si bien reconocemos que el caso mencionado anteriormente puede tener muchas variables, la intención del mismo es exponer la posibilidad de un esquema flexible en el tiempo (en que se encuentra protegida la obra) permitiendo el uso y explotación de una obra bajo el esquema de excepción.

La siguiente conclusión, se enfoca en la causa de utilidad pública reconocidas en la LFDA, la cual atribuye al Ejecutivo Federal la facultad para autorizar la publicación o traducción de una obra cuando sea imposible localizar al titular y se realice por el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación. En nuestro particular punto de vista, el presente artículo no establece los criterios para definir para cumplir con los requisitos señalados, además de no establecer con claridad las facultades para el Estado en el caso

que sea necesario utilizar una obra bajo la tutela de la ‘utilidad pública’. A lo que debemos proponer que dicha sección sea clarificada y actualizada a la realidad que se vive con respecto al uso de las obras y la propia evolución del Derecho de Autor..

Sobre la limitación de los derechos patrimoniales en los EUM, especialmente en el caso de *‘fair use’*, la legislación de los EUA es sensiblemente más específica y busca mantener el citado equilibrio. A nuestro parecer, la legislación de los EUM ha pecado de establecer casos generales, basado en conceptos indeterminados y sin hacer diferencia entre los diferentes tipos de obras; es de reconocer que ambas legislaciones adolecen de los conceptos indeterminados, pero en la legislación mexicana es aún más evidente la ausencia cuando no se presentan tampoco el resto de las características legisladas en EUA. Dada esta situación debemos concluir que resulta más justa y clara una legislación específica, basada en los menos conceptos indeterminados posibles, haciendo una distinción de las obras según sus características de reproducción y ejecución; provocando, de esta forma, que pueda controlarse el impacto económico al establecer los casos de excepción.

Consideramos innecesario citar nuevamente los casos reconocidos por el artículo 148 de la LFDA, los cuales ya hemos comentado y en forma general cumplen su función; sin embargo, existe una lamentable inclusión en la fracción IV de dicho artículo, en la que se autoriza la reproducción por una sola vez de una obra para uso personal y privado, lo anterior va en contra de la naturaleza misma de los derechos patrimoniales e inclusive promueve el no respeto al Derecho de Autor a nuestra forma de ver. En este sentido, es nuestro deber concluir que dicha fracción debe ser eliminada, recalando que no existe en la legislación anglosajona un elemento similar.

Por otra parte, dentro del artículo 149 de la LFDA se establecen los casos en los que no se requerirá autorización de los titulares del Derecho de Autor, nuevamente basándose en conceptos indeterminados y establece condiciones generales, punto que consideramos criticable, ya que inclusive la propia legislación de los EUA contempla casos específicos para el uso de obras y las grabaciones de carácter efímero.

En esta consideración, debemos mencionar nuevamente que resulta preferible una legislación específica y clara, mediante la cual se pueda alcanzar el equilibrio entre los factores mencionados al inicio de éste apartado y evitar el abuso por los usuarios y el

daño a los intereses de los creadores y/o titulares del Derecho de Autor. En el presente artículo, existe también una inclusión lamentable en la fracción segunda, ya que al inicio del artículo se señala que se describen los casos en los que no se requerirá autorización por parte de los titulares; sin embargo, en el inciso a) de la mencionada fracción se establece que una de las condiciones para las grabaciones efímeras es que se realice durante el ‘plazo que se convenga’, lo cual es una rotunda contradicción, ya que si existe un acuerdo con los titulares de los derechos patrimoniales no se actualiza el uso de la limitación reconocida al propio del derecho patrimonial.

Aunado a lo anterior, el último párrafo de dicho artículo es innecesario, a nuestro parecer, ya que repite a *contrario sensu* una prohibición establecida en el propio artículo y es contradictorio a la naturaleza del artículo. Lo primero se hace evidente cuando se establece que el párrafo no aplica si existe un convenio oneroso con los autores o artistas, lo anterior resulta innecesario considerando que si se actualiza dicho convenio no es necesario el usar o disponer de la obra sin autorización; mientras que la segunda, podemos apreciarla cuando se señala que si se tiene un convenio para emisiones posteriores, situación que nuevamente resulta innecesario mencionar, considerando que la fracción segunda señala como una de sus condiciones que se realice la emisión por una sola ocasión. Dado lo anterior, concluimos que este párrafo debe ser eliminado de la legislación mexicana.

Cabe mencionar que el USC analizado, esta constituido por una serie de casos en los que se juega con los diferentes factores del Derecho de Autor: a. Persona que utiliza la obra, b. Fin para el que es utilizada y c. Condiciones en las que debe ser utilizada la obra. Este esquema nos parece más acertado, ya que por su naturaleza específica es más justo y no fomenta el abuso por parte de los usuarios de las presentes limitaciones, reduciéndose así el impacto económico a los titulares de los derechos patrimoniales.

Los artículos 150 y 151 establecen los casos en los que no causarían regalías las ejecuciones de obras y en los que no se constituye una violación al derecho de los titulares de derechos conexos respectivamente. Estos artículos, conforme a nuestro estudio comparativo, deben ser mejorados, ya que regulan casos de forma muy general, de manera que no existe un verdadero control sobre el uso y ejecución de las obras e interpretaciones o emisiones. Consideramos innecesario describir nuevamente esta

comparación, pero la legislación mexicana adolece profundamente en estos artículos, en los cuales los casos que pueden presentarse son muy variados, dada nuestra realidad tecnológica actual. Concluimos que estos artículos deben replantearse en su totalidad definiéndose de forma clara y precisa la intención de los mismos y en que casos es correcto utilizar las ejecuciones e interpretaciones de las obras de autores y artistas. Es importante señalar que el artículo 151 es el más rescatable en su esencia de los dos; sin embargo debe especificarse mediante condiciones detalladas y no dejar que los planteamientos generales definan los casos de limitación de los derechos patrimoniales.

En cuanto a las obras dentro del dominio público, reguladas dentro de los artículos 152 y 153 de la LFDA, creemos que están reguladas correctamente y de forma sucinta. En este punto, solamente debemos mencionar que no compartimos la percepción en el que es el Estado el titular de estas obras, sino que se trata de obras en las que prescribe el derecho (o mejor dicho privilegio) monopólico de explotación sobre la obra, por lo que ninguna persona podría reclamar su uso o explotación de forma exclusiva. Es de recalcar que en los EUA los legisladores no consideraron necesario modificar el esquema de propiedad, como lo hicimos en México, en el que otorgamos una calidad especial a la propiedad del Derecho de Autor, pero este tema es materia de otro estudio.

Así mismo, consideramos que es más sencilla la expresión que utiliza la legislación anglosajona cuando establece en cada sección citada del USC: “No constituye una violación al ‘copyright’...”, misma que encierra tanto el pago de regalías como la necesidad de solicitar una autorización a los titulares de los derechos patrimoniales; lo anterior en contraste a lo que la LFDA establece al usar de forma separada los conceptos: a. No se requerirá autorización ni serán objeto de pago de regalías; b. No se requerirá autorización; c. No serán objeto de pago de regalías; y d. No constituirán violación a los derechos. Lo anterior nos parece inapropiado, ya que en realidad se refiere a la última de las fracciones mencionadas al entender la redacción jurídica de cada artículo en su conjunto. En esta idea, concluimos que debe homologarse la expresión en todos los artículos estudiados que correspondan, prevaleciendo la última expresión descrita.

Finalmente, debemos reconocer que en cuanto al respeto y aplicación del Derecho de Autor en forma estricta, hay todavía mucho que hacer en ambas naciones; sin embargo, los EUM es urgente clarificar nuestra legislación, ya que es la propia ley el

origen del respeto al Derecho de Autor y elemento fundamental para conseguir el equilibrio entre los derechos a una retribución por parte de los creadores de las obras y el interés público, representado en la difusión, generación y desarrollo de conocimiento científico, cultural y tecnológico, motor principal de las sociedades en la actualidad.

Al principio solo existió una idea, la idea fue profunda y su expresión aún más, tanto que penetró en la consciencia del ser humano.

FUENTES

1. BIBLIOGRÁFICAS

- a. Ayllón González, Ma. Estela y Dora García Fernández. Temas Selectos de Derecho Corporativo. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003.
- b. Arrabal, Pablo. Manual Práctico de la Propiedad Intelectual e Industrial. Ediciones gestión 2000, S.A., Barcelona, España, 1991.
- c. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. UNAM. México, 1999.
- d. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Ed. Porrúa y UNAM. México 2004
- e. Farrell Cubillas, Arsenio. El sistema mexicano de los Derechos de Autor. Ed. Ignacio Vado. México, 1966.
- f. Goldstein, Mabel. Derecho de Autor. Ed. La Rocca. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- g. Jalife Daher, Muricio. “Legislación de Derechos de Autor (Comentarios)”. Ed. Sista, México, 2005.
- h. Kepner-Tregoe, Inc. Leadership Software, Inc., 12F. 3d 527, 533 (5hy Cir. 1994)
- i. Kurtz, Leslie. “Derecho de la Propiedad Intelectual”. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Mexico, 2000.
- j. Legislación de Derechos de Autor. Ed. Sista. México, 1994.
- k. Maquiavelo, Nicolás. “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”. Ed. Alianza Editorial. Madrid, España, 2000.
- l. Obón León, J. Ramón. Derechos de los Artistas e Intérpretes. Editorial Trillas. México, 1996.
- m. Pizarro Macías, Nicolás. “Temas Selectos de Derecho Corporativo”. Ed. Porrúa y Universidad Anahuac. México, 2003.
- n. Rangel Medina, David. Derecho Intelectual. Ed. McGraw-Hill. México. 2003.
- o. Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual, el moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 1997.
- p. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Carbonell, Miguel. “Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo III”. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.

2. ELECTRÓNICAS

- a. US Copyright Office. <<http://www.copyright.gov/circs/circ1.html#wci>>

3. LEGISLACIÓN

- a. Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
- b. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- c. Constitución de los Estados Unidos de América
- d. Copyright Act
- e. Convenio de Berna
- f. Declaración Universal de los Derechos del Hombre
- g. Ley Federal del Derecho de Autor
- h. Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor
- i. Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- j. United States Code