

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

CAMPUS MONTERREY

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

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

TESIS

MAESTRIA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR:

BRENDA CAROLINA GONZALEZ PINEDA

MAYO DE 2007

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

CAMPUS MONTERREY

ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA



TECNOLÓGICO DE MONTERREY

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

TESIS

MAESTRIA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR:

BRENDA CAROLINA GONZALEZ PINEDA

MAYO DE 2007

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



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

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

TESIS
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

POR
BRENDA CAROLINA GONZÁLEZ PINEDA

MAYO DE 2007

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

Bernard Shaw

**Martha Cocoque, sin ti nada habría sido posible,
gracias por el desvelo solidario, por las risas y tu amistad.**

INDICE

	Pág.
I. Introducción	i
II. Aspectos Generales del Derecho de Autor	
A. Evolución histórica del Derecho de Autor	1
1. Surgimiento del Copyright	4
2. Surgimiento del Derecho de Autor	5
3. Derecho Internacional	6
B. Derecho de Autor y Copyright	11
1. Elementos característicos del Derecho de Autor	12
2. Elementos característicos del Copyright	14
3. Principales Diferencias entre Derecho de Autor y Copyright	17
C. Requisitos de Protección	18
1. Protección de la Obra y no de la Idea	18
2. Originalidad	19
3. Posibilidad de Divulgación de la Obra	20
4. Irrelevancia del Destino de las Obras	21
D. Contenido del Derecho de Autor	21
1. Derechos Morales	22
2. Derechos Patrimoniales	27
III. Excepciones al Derecho de Autor	
A. Fundamento de las excepciones	35
1. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Respeto a las Libertades Fundamentales	37
2. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Interés Público	38
3. Excepciones al Derecho de Autor basadas en las fallas del mercado	38
4. Excepciones al Derecho de Autor basadas en otras consideraciones	38

B. Tipos de Excepciones al Derecho de Autor	39
1. Cita.....	43
2. Copia Privada	43
3. Uso para la difusión del conocimiento.....	44
4. Uso con fines de información.....	48
5. Otros usos.....	49
C. Doctrina de las Tres Etapas.....	50
1. La interpretación de las Tres Etapas por la OMC	52
2. Las Tres Etapas.....	56
D. Fair Use.....	58
E. Copia Privada	60
1. Levy System (pago por copia privada).....	62
F. Medidas Tecnológicas y Excepciones al Derecho de Autor.....	64
1. Digital Millenium Copyright Act.....	67
IV. Los retos de las excepciones al Derecho de Autor	
1. El papel que juega la regulación internacional en materia de excepciones al Derecho de Autor, frente a la regulación doméstica	74
2. El papel de las excepciones en el entorno digital.....	78
3. Las medidas tecnológicas frente a las excepciones al Derecho de Autor.....	80
V. Conclusiones	85
Fuentes	88

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Autor abarca las creaciones humanas que en los últimos tiempos han generado miles de millones en ganancias: las obras intelectuales, que como manifestación artística de su personalidad requieren protección especial, manifestada en forma de monopolio de explotación otorgado por el Estado, en principio exclusivo.

Esta figura jurídica es básicamente similar a la del *Copyright* empleada en países de tradición anglosajona, sin embargo ambas conforman sistemas jurídicos distintos que buscan la protección de la obra y de los derechos que a su titular otorga.

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

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

Una vez delimitados que ha de entenderse por Derecho de Autor corresponde el estudio de su contenido, es decir los derechos que regula, morales y patrimoniales, siendo estos últimos los únicos objeto de límites o excepciones a su ejercicio.

En el siguiente apartado se encuentra el desarrollo de las excepciones al Derecho de Autor, partiendo de su fundamento, estas excepciones encuentran mucho de su justificación en el equilibrio de intereses, por un lado el autor o los titulares del derecho y por el otro la sociedad en general ávida de conociendo e información que ha conferido al autor el monopolio de la explotación. Posteriormente se enlistan una serie de categorías en las que suelen encuadrarse a las excepciones, estas obedecen criterios generales estudio; a partir de las regulaciones del Convenio de Berna se mencionan las principales excepciones reconocidas. Para completar el estudio de las excepciones a la luz de las regulaciones internacionales y comparando las disposiciones nacionales aplicables a los casos concretos, se procede al estudio de la llamada doctrina de las tres etapas como criterio amplio y general del cual deben partir las que recogen las regulaciones

domésticas.

Como punto especial se trata la interpretación que hizo la Organización Mundial del Comercio a la doctrina de las tres etapas, a partir de un caso presentado ante su Órgano de Solución de Controversias en contra de una regulación interna de los Estados Unidos.

El siguiente punto es la delimitación doctrinaria y jurisprudencial de los llamados *fair use* de la legislación estadounidense, de manera que se tengan los criterios necesarios para entender la importancia de las excepciones.

La exposición planteada hasta ese punto parte de consideraciones previas al llamado *boom* digital, por lo que en aras de responder mejor las inquietudes se retoma en tema de la copia privada, delimitando el llamado sistema *levy* o pago por copia privada.

Finaliza este trabajo con consideraciones relacionadas con las medidas tecnológicas de protección, partiendo de un estudio comparado de las regulaciones que al efecto emiten los Estados, hasta llegar al *Digital Millenium Copyright Act*.

Como tercer apartado se encuentra un comentario sobre los retos que afronta las excepciones la Derecho de Autor, y las críticas a ciertas medidas propuestas.

El Derecho de Autor se enfrenta a una serie de retos en la era digital, armonizar sus preceptos con la realidad es una necesidad, sin embargo esta preocupación por parte de los titulares, aunque perfectamente válida, no puede dejar de lado el equilibrio de intereses con los usuarios de las obras, sin embargo en la última década se han desarrollado medio de protección tecnológica que buscan controlar el acceso a las obras, independientemente de si están protegidas o no, estos medio crean en sí mismos un nuevo derecho, y aunque se vinculan con el Derecho de Autor no puede considerársele parte de éste.

La búsqueda de soluciones es un imperativo para ambos lados de la balanza, usuarios y titulares de derechos buscan proteger sus intereses y es en este punto donde el Estado debe equilibrar las relaciones, permitiendo la protección sin evadir la creación de límites o excepciones, por eso la importancia del tema, no sólo es actual sino que cuenta con las más variadas aristas jurídicas, por eso el estudio de sus alcances, y la actualidad de la temática.

II. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor y el *Copyright* son dos sistemas jurídicos que responden originalmente a las mismas necesidades, y para entender los alcances de sus limitaciones es necesario partir de la historia común que poseen, para luego proceder su estudio comparativo.

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE AUTOR

La historia del Derecho de Autor ha sido siempre la historia de las respuestas jurídicas a los avances técnicos, ya que en la medida que estos se van logrando se vuelve necesario regular sus efectos.

Tanto en Grecia como en Roma se vislumbran raíces de proteccionismo a las obras artísticas, aunque estaban dirigidas más bien a la protección de la personalidad del autor en la obra y no a su reproducción y difusión; es así como en Roma los plagiarios de los libros eran mal vistos, ya que sólo el autor tenía la facultad de divulgar su obra; en Grecia, como medio para proteger la integridad de la obra, se exigía que se depositara copias exactas de éstas en los archivos del Estado¹.

No puede pese a esto hablarse de una regulación *per se*, si no más bien de intentos aislados de proteger la propiedad de los autores, pues las obras eran vistas como extensiones de los bienes muebles del autor.

Aun cuando en la edad antigua se perfilan ciertas políticas y regulaciones al Derecho de Autor su origen parte de la invención de la imprenta, ya que antes de ella los libros eran copiados a mano, lo que volvía cara y compleja su reproducción y es a partir de su creación que comienza un proceso jurídico de protección y regulación propiamente dicha. La imprenta inicia una nueva era en la difusión de la cultura y por lo mismo, al facilitar a la generalidad de la población su acceso, involucra la necesidad de determinar los alcances de los derechos que surgen alrededor de

¹ LIPSZYC, Delia, "Derechos de Autor y Derechos Conexos", Ediciones UNESCO/ CERALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993. Pág. 28

la obras².

En la Europa Medieval aunque eran frecuentes los vendedores de libros ambulantes, la cultura y elaboración de libros estuvo, en su mayoría, a cargo de los monasterios, reproducidos en los *scriptoria*, o habitaciones de escritura de los monasterios, en los cuales monjes escribían e ilustraban hojas de pergamino.

En la Baja Edad Media la venta de libros se vio fomentada por el crecimiento de las universidades, ya que estas controlaban la preparación de los libros de texto y de obras literarias, y determinaban la tasa de producción y venta; sin embargo, como parte de la necesidad de difundir las obras escritas se buscaba constantemente el perfeccionamiento de los métodos de copiado de textos, por lo que a partir de creaciones e inventos de la China antigua se incorporaron avances que permitieron la creación de la Imprenta.

Johann Gutenberg, ha sido considerado tradicionalmente como el inventor de la imprenta en Occidente en el año 1450; lo que abarató los costos y en consecuencia aumentaron considerablemente los tirajes de libros. El logro de Gutenberg contribuyó sin duda de forma decisiva a la aceptación inmediata del libro impreso como sustituto del libro manuscrito. En el periodo comprendido entre 1450 y 1500 se imprimieron más de 6 mil obras diferentes; los primeros impresores solían ser los editores de las obras que producían, quienes las vendían directamente a los lectores.

En el siglo XV, luego de la invención de la imprenta, surge el Sistema de Privilegios, el cual se prolongó hasta la Revolución Francesa, en este sistema el rey, confería al autor o al editor de una obra un permiso especial para explotarla con exclusividad; no se reconocía un derecho preexistente sino que se le atribuía, concedido como gracia, derecho que a la vez permitía al Estado que era lo que se imprimía y quien lo hacía³.

El sistema de privilegios surge producto de los altos costos que implicaban los nuevos equipos de impresión y los materiales que usaban, ya que la recuperación económica de los editores era lenta; esto los hizo exigir alguna forma de protección de sus inversiones, así como evitar que otros reprodujeran los mismos libros. Básicamente lo que se pretendía era prohibir la reproducción de las obras sin la autorización del rey, privilegio concedido a los impresores –

² Idem. Pág. 30

³ STERLING. "World Copyright Law". Editorial Sweet & Maxwell. Londres 1999. Pág. 7

editores- para explotar de forma monopólica ciertas obras. Según Lipszyc, estos monopolios de explotación tenían dos condiciones: la aprobación de la censura y el registro de la obra publicada⁴.

Por su parte Rengifo García considera que “no se puede hablar propiamente de un derecho de propiedad intelectual, sino más bien un derecho de explotación económica, mediante la publicación y venta de la obra, reproducidos mediante su impresión”⁵, esto implicaba que el impresor que compraba una obra para imprimirla era considerado su propietario, lo que originó lo que posteriormente se conocería como el *Derecho Patrimonial del Derecho de Autor*, ya que los editores retribuían económicamente a los autores de renombre.

El poder de negociación de los autores era mínimo y la retribución era producto del libre arbitrio de impresores y editores⁶. Con el tiempo el privilegio también conocido como concesión o regalía, fue conformando un monopolio obtenido y ejercido abusivamente por el editor en virtud de la prerrogativa propia y privativa que el soberano convertía en un permiso especial o licencia para publicar una obra determinada durante cierto tiempo y dentro de esos territorios donde tenían la seguridad de mantener su privilegio.

La primera mitad del siglo XIX el comercio de libros cambió drásticamente al inventarse en Francia la prensa cilíndrica. La tecnología de la imprenta no había sufrido apenas variaciones desde los tiempos de Gutenberg, pero la prensa cilíndrica posibilitaba la impresión de libros y revistas a gran escala y permitió abastecer mercados masivos.

A medida se desarrollaban nuevas técnicas para la reproducción de las obras, los Gobiernos debían regular los efectos que estos producían; dichas regulaciones dependían de la naturaleza de los sistemas jurídicos de estos, por lo mismo de vislumbran significativas diferencias entre el Derecho Continental (teniendo a la cabeza a Francia y Alemania) y el *Common Law* (Estados Unidos e Inglaterra). Los cambios que se producían alrededor de las obras, los derechos conferidos por su creación y la revolución tecnológica a su alrededor no fue aspecto indiferente al Derecho Internacional y ya entre sistemas regionales, internacionales o incluso como acuerdos

⁴ LIPSZYC, Op Cit. Pág. 30

⁵ RENFIJO GARCIA, Ernesto. “Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor”. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1996. Pág. 54.

⁶ STERLING, Op. Cit. Pág. 8

bipartitas se buscó dar protección a los titulares de los derechos que trascendiera las fronteras.

1. Surgimiento del Copyright

En Inglaterra la protección propiamente dicha del Derecho de Autor inicia en el siglo XVIII, a través del “Estatuto de la Reina Ana” en 1709⁷, en el que se regulaba un derecho por el cual se otorgaba un derecho exclusivo de producción para el autor, además se establecía que cada ejemplar de una obra llevara la expresión: *Copyright*.

Este estatuto destruyó en Inglaterra el sistema de privilegios, pues concedía a los autores la facultad de ser ellos los que autorizaban a los editores para que reprodujeran sus libros. El valor histórico del Estatuto de la Reina Ana radica en haber considerado que la retribución económica de los autores por sus obras publicadas incidía en beneficio de la cultura y en “haber puesto de manifiesto los tres factores esenciales que hay que tener en cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión del Derecho de Autor: cultura, interés público y derechos de los autores⁸”. Las regulaciones existentes hasta este punto protegían las obras escritas, en su mayoría obras literarias, hasta que en 1833 se publica el *Dramatic Copyright Act* en Inglaterra que regulaba las obras artísticas y musicales. En 1710 se aprueba en Inglaterra una ley según la cual sólo los autores podían autorizar la impresión de sus obras⁹, la que inspiró las legislaciones del *Commonwealth*, y de Estados Unidos.

Las ideas promulgadas en Inglaterra influyeron directamente en la legislación estadounidense, la cual entre otras, en el artículo 1, sección 8 de su Constitución (1787) contiene la protección del Derecho de Autor, sin perjuicio de lo cual mantuvo los principios consuetudinarios del *common law* inglés. Para 1790 Estados Unidos dicta su primera *Copyright Act*¹⁰.

⁷ Llamado “Acta para el reforzamiento de la educación mediante la venta de copias de libros impresos por los autores o vendedores o de sus copias durante los tiempos aquí mencionados”. LEDESMA, Julio C. Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999. Pág. 26.

⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág. 55

⁹ STERLING, Op. Cit. Pág. 10

¹⁰ STERLING. Op. Cit. Pág. 12.

2. Surgimiento del Derecho de Autor

De forma paralela se ve como germen de la regulación propia del Derecho Continental las regulaciones que en España surgen en la materia, ya que como parte de la evolución histórica y el desvanecimiento del feudalismo, se promulgaron dos reales ordenes de Carlos III, en las cuales se establecía gozaban de privilegios para imprimir sólo los autores, mismos que eran hereditarios.

De relevante importancia resulta la regulación francesa, que luego de la Revolución Francesa se puso fin a todo tipo de privilegios, incluyendo los otorgados a favor de los editores¹¹. Como consecuencia, en 1793, se dispuso el reconocimiento de la propiedad literaria y artística, fundado en el trabajo intelectual del autor, elemento esencial para el Derecho de Autor y principal diferencia del *Copyright*. La idea de sustituir los privilegios por la noción de propiedad literaria fue aprovechada y defendida por los autores y sus herederos¹².

Es en este punto que comienza a crearse una diferenciación conceptual entre el Derecho de Autor y el *Copyright*, pues en el fundamento de las regulaciones propias de los sistemas que los acogen se parte de presupuestos filosóficos dispares, pasando del Derecho Natural al Utilitarismo.

Siempre en Francia, en 1971 y 1973 se promulgaron dos Decretos, en los que se consagra el derecho exclusivo de los autores sobre sus obras, considerándose de igual manera que la obra es propiedad de su creador y que su protección es un derecho natural del hombre, preexistente a toda ley y al mismo tiempo sagrado e inviolable. Con estas disposiciones se configura la esencia de los Derechos de Autor mediante de los llamados derechos morales.

En Francia se crean las primeras sociedades de autores, las cuales se constituyeron como asociaciones profesionales de mayor rango, con objetivos orientados hacia la lucha por el reconocimiento de los derechos de los autores sobre sus obras.

Una vez iniciado el movimiento al interior de los Estados se ve la necesidad de crear regulaciones que abracarán un espectro Geográfico cada vez mayor, lo que da origen a Organismos y Acuerdos que regulen la materia.

¹¹ Idem

¹² LIPSZYC, Delia. Op. Cit. Pág. 33.

3. Derecho Internacional

La regulación internacional surge inicialmente como Acuerdos bilaterales que veían a las obras como bienes que siendo objeto de relaciones comerciales requerían especial protección, para asegurar derechos exclusivos de importación¹³, según estos acuerdos cada Estado aseguraba la misma protección a los ciudadanos del otro Estado que la que se otorgaba a los propios¹⁴; en 1853 Francia y España suscriben un Convenio de Propiedad Literaria, cuatro años más tarde lo celebran España y Gran Bretaña. Portugal, por su parte celebró con Brasil un acuerdo en 1889. Sin embargo a esto generó una situación legal compleja que otorgaba diferentes niveles de protección, dependiendo de la nacionalidad del autor¹⁵.

En la medida que la movilización de las obras era cada vez mayor aumentaron las necesidades de protección internacional, por lo que se crea de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual cuyo origen se remonta a 1883 y 1886, años en que se adoptan el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, creándose las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En materia de Derecho de Autor el Convenio de Berna (1886) es el principal instrumento de carácter internacional que permitió homogeneizar las legislaciones existentes en los Estados parte. Este Convenio ha sido objeto de varias revisiones, la última de ellas en 1971 (Acta de Paris). Su principal objetivo fue volver más eficaz y uniforme los derechos de los autores a escala internacional sobre sus obras artísticas, literarias o científicas; sin embargo la acogida en el *common law* fue menos cálida que en derecho continental, por las consideraciones que sobre Derechos Morales hace y es hasta 1989 que Estados Unidos lo adopta¹⁶.

Las principales estipulaciones del Convenio de Berna son el trato nacional, la ausencia de requisitos de formalidad o registro, plazo mínimo de protección que no excede obligatoriamente el plazo de protección del país de origen de la obra (*comparison term rule*), estos dos últimos

¹³ GOLDSTEIN, Paul. "International Copyright. Principles, Law and Practice". Oxford University Press, 2001. Pág. 16

¹⁴ STERLING, Op. Cit. Pág. 13

¹⁵ Idem. Pág. 5.

¹⁶ STERLING. Op. Cit.. Pág. 23

incorporados en el Acta de Berlín de 1908¹⁷; incluye además la protección a los derechos morales del autor en su artículo 6 *bis*¹⁸ incorporado en el Acta de Roma de 1926, además establece una serie de excepciones al Derecho de Autor, mismas que serán tratadas en el apartado correspondiente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948 se reconoce al Derecho de Autor como Derecho Humano¹⁹; su inserción en los textos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) implica el reconocimiento de éste como un atributo inherente al ser humano.

Sumado a estos esfuerzos por regular el Derecho de Autor se promulga la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, que buscaba atraer a los países que no fueran parte de Berna, incluye por lo mismo el establecimiento de formalidades para la protección de la obra. La Convención estipula que no será aplicable en caso que los Estados sean parte del Convenio de Berna, esto generó que con la entrada en vigor del ADPIC (que exige la ratificación de Berna) perdiera su viabilidad y la eficacia que hubiera tenido²⁰.

Para 1961, con la Convención de Roma²¹ se regula lo relativo a los Derechos Conexos que incluye estándares mínimos de protección, trato nacional y que en su artículo 12 establece el derecho a una remuneración equitativa para los intérpretes o productores de fonogramas o ambos, si el fonograma es publicado o la reproducción de tal fonograma es usada directamente para transmitirla o radiodifundirla al público, lo que generó el rechazo de los organismos de radiodifusión y una pobre aceptación de la Convención.

En 1967, se realizó una Conferencia Diplomática en Estocolmo, en la que se revisaron

¹⁷ Idem, Pág. 20

¹⁸ "el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación, u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o reputación" CONVENCION DE BERNA, Artículo 6 *bis*

¹⁹ DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo 27-2) "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

²⁰ GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?". Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 12, abril de 2005. Pág. 270

²¹ Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

todas las cláusulas administrativas de los tratados multilaterales administrados por las BIRPI y se firmó un nuevo Convenio. Se trataba del Convenio que establecía la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que entró en vigor en 1970²². En 1974 la OMPI, se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas.

Por los mismos años se crean los Convenios de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971) y el de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite (1968).

Las innovaciones legales producidas en estos años tuvieron como impulsor la modernización de los métodos de reproducción, los que en la década de 1970 con la flexibilización en el uso de los equipos informáticos permitieron que el proceso de edición e impresión se realizara en estos, y ya a mediados de la década de 1980 se empezó a producir una total automatización de las técnicas de impresión y del proceso de encuadernación.

La edición masiva de libros hizo posible el desarrollo de un nuevo método de encuadernación que reemplazaba la costura de las páginas por su unión mediante cola; el software se desarrolla con mucha rapidez en esa misma época, además surgen los grandes estudios musicales y cinematográficos al paso que se desarrollan nuevas tecnologías para la reproducción y almacenamiento de música y video. Estos avances tendientes a facilitar el proceso de fabricación, tuvieron un papel determinante al permitir la reducción de costos y el incremento de la producción, ajustándose así a las necesidades del mercado.

Sterling considera tres aspectos como los más sobresalientes en la nueva era de protección a las obras: el aumento de la piratería, la comunicación satelital y el Internet²³.

Lo anterior implicó necesariamente una revisión y readecuación de las normas jurídicas que regulaban los Derechos de Autor, en tanto que hacían más fácil la reproducción y posibilitaban el empleo de medios técnicos más baratos en la reproducción ilegal, atentando contra los intereses

²² Documento Preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. "La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual". Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica: Año 1, Número 1, Enero-Marzo 1997. Publicado en la página Web de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt>. (consultado 30 de enero de 2007)

²³ STERLING. Op Cit. Pág. 6

de los países desarrollados²⁴.

Con la creación de la Organización Mundial del Comercio, OMC, y la adopción de Acuerdos tutelados por esta se da un nuevo rumbo a la protección de los Derechos de Autor, ya que se crea el Acuerdo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC (TRIPs por sus siglas en inglés, *Trade Related Intellectual Property Rights*). Este acuerdo establece las normas mínimas que deben cumplir los miembros de la OMC para conceder derechos con miras a proteger la propiedad intelectual, y velar por el cumplimiento de esos derechos; incluye condiciones mínimas por separado que todos los países deben aplicar con respecto a Derechos de Autor y Derechos Conexos²⁵. Sus principales regulaciones son el establecimiento del principio de Nación más Favorecida para el Derecho de Autor, la obligación de cumplir lo estipulado en Berna, con excepción del artículo 6 *bis*, asimila a los software con obras literarias, protege las bases de datos, incorpora el derecho al arrendamiento de soportes (software y obras cinematográficas), además está sujeto a la solución de diferencias de la OMC.

Mención especial requiere la revolución digital de las últimas décadas que originaron la posibilidad no sólo de la creación y reproducción digital de las obras, sino que la red global de información que creó el Internet permitió que su distribución, comunicación y eventual uso inapropiado se facilitara a extremos no sospechados. Acuerdos como el ADPIC buscaron adaptarse a las necesidades de la época equiparando los software a obras literarias y dando protección a las bases de datos, sin embargo ante los continuos avances de la tecnología se ha llegado a un punto en el cual se tienen que “que aplicar principios legales de antaño a problemas

²⁴ “Ante las pérdidas que estas actividades generaban Estados Unidos aprobó la sección 301 de la Trade and Traffic Act (1974), mediante la cual el gobierno estadounidense podía “aplicar sanciones económicas unilaterales consistentes en restricciones cuantitativas a las exportaciones, en contra de aquellos países que obstaculizaban el acceso a su mercado a productos estadounidenses, o negaban una adecuada y efectiva protección en su territorio, a los derechos de propiedad intelectual cuyos titulares eran ciudadanos o empresas de los Estados Unidos” FLORES de Molina, Edith. “Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo sobre los ADPIC”. Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica”. Año 4, número 4, octubre-diciembre. 2000. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt> (consultado 30 de enero de 2007). Estas pérdidas generaron presión ante el Gobierno que llevó sus necesidades a las Rondas de negociación del GATT, tema que encontró acogida en la ronda de Uruguay, dando frutos con la aprobación del ADPIC.

²⁵ LEHMAN, Bruce A. “Apoyo para la libertad económica y política”. Artículo publicado por el Departamento de Estado de Estados Unidos, como parte de sus programas de información internacional en el sitio web <http://www.usinfo.state.gov/espanol/ipr/lehman.htm> (consultado 30 de enero de 2007)

que no fueron previstos durante su elaboración”²⁶.

Internet se ha convertido en un desafío para el Derecho de Autor, la facilidad con la que se propaga la información, la posibilidad de difundir material protegido desde el anonimato sin mencionar a las redes *peer to peer*, por lo que puede considerarse que la legislación internacional debería ser objeto de una revisión general que permita, manteniendo el espíritu del Derecho de Autor, dar una solución efectiva y razonable, pues en la práctica ha sido la legislación interna la que ha tenido que buscar soluciones, lo que no deja de presentar dificultades cuando se trata de determinar cuál sería la aplicable en el caso puntual en un proceso judicial.

La tecnología digital no constituye el primer desafío, ni probablemente será el último, a la capacidad de los propietarios de Derechos de Autor para autorizar o prohibir la reproducción, adaptación, distribución, exhibición pública o representación de sus obras. No obstante, la combinación de los adelantos de la tecnología digital con el rápido desarrollo de las redes electrónicas y de otras tecnologías de comunicaciones ha aumentado grandemente lo que está en juego. Toda obra de dos dimensiones puede ser "digitalizada", traducida en la serie de ceros y unos que constituyen el código digital. La obra puede ser entonces almacenada y usada en ese formato digital. Esto aumenta dramáticamente la facilidad y velocidad con que puede ser copiada, la calidad de las copias, la capacidad para manipular y cambiar la obra, y la velocidad con que las copias de la misma, tanto autorizadas como no autorizadas, pueden ser "entregadas" al público.

Esta convergencia de las tecnologías de la información y de las comunicaciones está cambiando dramáticamente la manera en que la gente y las empresas tratan con los productos y servicios de información, y cómo se crean, poseen, distribuyen, reproducen, exhiben, representan, licencian, administran, presentan, organizan, venden, entra, usan y almacenan las obras.

La multiplicación de recursos tecnológicos llevo a los titulares de los derechos a buscar soluciones e impulsar propuestas de protección que como producto de un amplio cabildeo político derivaron en la creación de los llamados Tratados de Internet de la OMPI, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor; y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor incluye disposiciones sobre protección de

²⁶ GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?" Op. Cit. Pág. 279

Derechos de Autor en programas de computadora y bases de datos, derechos de distribución, alquiler y comunicación al público, incluye además la protección de los mecanismos electrónicos contra acceso y copia del trabajo, conocidos como *anti-circumvention measures*²⁷ de los que se hablará más adelante.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, incluye derechos mínimos concedidos a los intérpretes y productores de grabaciones sonoras, entre ellos los derechos de reproducción, distribución y alquiler.

Según la exposición hecha vemos como las concepciones sobre el Derecho de Autor sufrieron una bifurcación en sus inicios, teniendo por un lado la visión utilitarista del *common law* y la noción personalista del derecho continental, las que han servido de modelos para el resto de regulaciones estatales. Siguiendo a Rengifo García puede catalogarse la evolución de los Derechos de Autor en tres etapas: una en la cual la protección de las obras artísticas, científicas y literarias se consagra en las legislaciones internas; una segunda que abarca la incorporación de estas en convenios internacionales; y finalmente una tercera que implica crear una legislación internacional uniforme y con aplicación universal, tendiente a la minimización de la piratería y adecuar el resto de normativas a las modernas tecnologías informáticas.

Una vez establecido el origen de los Derechos de Autor y del *Copyright* podemos proceder a conceptualizarlo a fin de establecer los elementos característicos de estos derechos, sus alcances y las obras que protegen, así como la diferencia básica de ambas vertientes, que aun cuando comparten elementos característicos y una finalidad similar, tienen fundamentos diferentes.

B. DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

Como se vio inicialmente el Derecho de Autor y el *Copyright* surgen de la necesidad de dar por terminado el sistema de privilegios otorgados a los editores, sin embargo el fundamento filosófico que inspira a estos es diferente; por una parte uno lo ve como un atributo propio del autor, cuya personalidad se refleja en las obras, mientras que el *Copyright* vela por el derecho

²⁷ GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?" Op. Cit. Pág. 273

patrimonial proveniente de las obras, indistintamente si su titular es el autor u otra persona, física o moral. No existe una definición exacta del Derecho de Autor o del *Copyright*; al primero se le ve como algo inherente a la persona, mientras que el segundo parte de una perspectiva más utilitarista.

La tradición romano germánica concibe al Derecho de Autor como un derecho natural, es decir, como un derecho inherente a la persona por el simple hecho de realizar un acto creativo, ya que la base del carácter personalista de la protección se encuentra en la relación de pertenencia de la obra a su creador. Esta concepción de los Derechos de Autor como uno de los derechos de la persona lo convierte en un Derecho Humano; lo que se fundamenta en una concepción naturalista y humanista²⁸. El reconocimiento como Derecho Humano del Derecho de Autor parte de la concepción iusnaturalista que rodeaba el término de la segunda guerra mundial; en el ámbito del derecho continental se logra un paso significativo al considerarlos como derecho inherente al autor.

Para poder entender no sólo los derechos que confiere el Derecho de Autor y el *Copyright* debemos iniciar con una diferenciación de ambas figuras.

1. Elementos característicos del Derecho de Autor

La tradición romano germánica engloba las facultades inherentes a los autores en el llamado Derecho de Autor, cuyo fundamento filosófico parte de la consideración de las obras como una extensión de la personalidad de sus autores²⁹, tal como lo consideran autores como Gierke y Kant³⁰

El objeto de la protección del Derecho de Autor es el resultado de la creación intelectual de una persona en las áreas literarias y artísticas. Al resultado de esa creación se le denomina obra, para el caso hablamos de obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y

²⁸ Para el Derecho Natural existen derechos inherentes a las personas (que en este caso serían los autores) que no necesitan del reconocimiento de su existencia por parte de ningún ordenamiento jurídico para que sean válidos.

²⁹ Gierke y Kant consideran al Derecho de Autor como "*ius personalissimum*", por ser la obra un reflejo del espíritu del autor que ha logrado individualizarla a través de su actividad creadora, y es de esta facultad de la que derivan los derechos patrimoniales. Ver LIPSZYC, Op cit. Pág. 24 y 25.

³⁰ GARZA BARBOSA, Roberto. "La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?". Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 8, noviembre de 2003. Pág. 216

audiovisuales, que han sido enumeradas a manera de ejemplo por los cuerpos legales, por lo que como se ha visto con las bases de datos y el software el Derecho de Autor no es estático y se adapta a situaciones concretas mientras los mínimos requeridos se cumplan. La obra, es una “expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser reproducida y difundida.”³¹

Se entenderá por Derecho de Autor al conjunto de derechos reconocidos a los autores por su actividad creadora, que en su doble vertiente, morales y patrimoniales, responden a la necesidad de reconocimiento de la personalidad del autor reflejado en su obra o de la justa retribución económica que le corresponde por la misma.

Ahora es necesario establecer cuáles son las obras sujetas a protección por el Derecho de Autor ya que estos brindan protección a sus titulares sobre una amplia variedad de creaciones intelectuales, entre ellas, obras literarias, musicales, artísticas, fotográficas, mapas, películas y programas de cómputo.

Las obras que protege el Derecho de Autor se han clasificado históricamente de la siguiente forma³²:

- a) Obras Literarias. Se protege de tal modo la obra literaria concebida como una unidad ideológica exteriorizada en una composición argumental, original y novedosa; todo lo cual se identifica con los escritos de cualquier género y naturaleza.
- b) Obras Musicales. La música consta de tres elementos fundamentales en su composición: melodía, armonía y ritmo; de estos tres, únicamente en la melodía se pueden adquirir derechos exclusivos, ya que ella equivale a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias.³³
- c) Obras Teatrales. Incluye tanto las representaciones dramáticas, las dramático musicales, las coreográficas y las pantomímicas.
- d) Obras Artísticas. Incluiremos aquí la pintura, el dibujo, el grabado, la escultura, la

³¹ LIPSZYC. Op Cit. Pág. 41.

³² LEDESMA, Julio C. Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999. Pág. 166.

³³ EMERY, Miguel Ángel. “Propiedad Intelectual” Ley 11.723 Comentada, Anotada y Concordada con los tratados Internacionales. Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1999. Pág. 30

fotografía y la arquitectura.

- e) Obras Científicas. Aquellas en las cuales los temas son desarrollados de manera adaptada a los requisitos del método científico.
- f) Obras Audiovisuales. Aquellas obras que suponen una secuencia de imágenes fijadas sobre un material idóneo, la cual esta sincronizada con sonidos y música. Aquí encontramos las obras cinematográficas y los programas de televisión.
- g) Obras del Folklore Nacional. El Folklore es un término general que abarca creencias, costumbres y conocimientos de cualquier cultura transmitidos por vía oral, por observación o por imitación.
- h) Programas de Computación (“*Software*”). Si bien el software se protege como una obra literaria por su expresión escrita, no es posible su asimilación total a las obras literarias en su expresión tradicional.

Esta clasificación se retoma en la mayor parte de Tratados Internacionales y leyes en la materia y en todo caso se presenta a manera de ejemplo, por lo que cómo se verá a más adelante para que una obra sea protegida por el Derecho de Autor debe reunir una serie de requisitos que lo sitúen bajo su protección.

2. Elementos característicos del *Copyright*

El *Copyright* surge de la tradición anglosajona del *Common Law*, con una perspectiva más utilitaria sobre las obras; la filosofía del *Copyright* consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo y capital en la producción de obras de autoría, ya se trate de inversiones de autores individuales o de entidades corporativas³⁴.

Los derechos exclusivos que otorga el *Copyright* buscan proporcionar al autor los medios para controlar los principales usos comerciales de su obra. El *Copyright* es una forma de propiedad, y como tal puede ser libremente transferida; dichas transferencias se rigen por acuerdos contractuales entre las partes y se incluyen plazos, limitaciones territoriales, una enumeración de los derechos transferidos y el suministro de pago de regalías.

El *Copyright Act* (EU) en su sección 106 garantiza a los autores cinco derechos económicos

³⁴ GARZA BARBOSA, Roberto. “La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?”. Op Cit. Pág. 207

exclusivos:

1. Derecho exclusivo para reproducir o autorizar la reproducción de su obra en copias o fonogramas.
2. Derecho exclusivo de realizar o autorizar la realización de trabajos derivados, y es también conocido como derecho de adaptación. Incluye traducciones, versiones cinematográficas, dramatizaciones, y arreglos musicales.
3. Derecho de distribución pública. Esto sólo confiere al titular del *Copyright* el derecho de control sobre la primera distribución pública autorizada de copias de una obra, lo que implica que una vez que un tercero adquiere legalmente la titularidad de las copias autorizadas, el titular del *Copyright* no puede, generalmente, controlar posteriores disposiciones de tales copias por aquellos propietarios.
4. Derechos de interpretación pública. Interpretar una obra significa recitarla, presentarla, ejecutarla, bailarla o actuarla, ya sea directamente o por medio de cualquier dispositivo o proceso, o bien, en el caso de las obras cinematográficas y de otras obras audiovisuales, mostrar sus imágenes en cualquier secuencia o hacer los sonidos audibles.
5. Derecho de exhibición de la obra. Exhibir una obras es mostrar una copia de ella, ya sea directamente o por medio de filmación, transparencia, imagen televisiva, o cualquier otro dispositivo o proceso, o bien, en el caso de las obras cinematográficas u otra obra audiovisual, mostrar imágenes individuales en forma no secuencial.

Estos derechos, se han venido desarrollando en la jurisprudencia, y aunque sujetos a ciertas excepciones (mismas que se verán más adelante), por lo mismo la protección que se les da es cada vez más amplia.

Los derechos que otorga el *Copyright* concede no se dan en beneficio del autor, sino en beneficio del público³⁵. La evolución del *Copyright*, aun cuando parte de disposiciones legislativas, se afirma y desarrolla en las decisiones judiciales que surgen en la materia; tal es el caso de la jurisprudencia estadounidense que va creando parámetros de evaluación y que determina en gran medida en alcance del *Copyright*. En el caso de *Feist Publications Inc. v.*

³⁵ STERLING, Op. Cit. Pág. 60

Rural Telephone Service Co Inc. el juez O'Connor determinó que "el principal objetivo del *Copyright* no es la recompensa del autor de la obra, tanto como promover el progreso de la ciencia y la utilidad del arte"³⁶

Otro elemento sustancial del *Copyright* es la definición de autor que incluye a los creadores, y a quienes contratan sus servicios para realizar al obra, siendo estos los titulares originales de los derechos que confiere.

Con relación a los Derechos Morales la ley inglesa de 1988, introduce por primera vez los derechos a la paternidad e integridad de las obras que aun y cuando no pueden ser cedidos a otra persona o entidad, los autores tienen derecho, si lo desean, a renunciar a ellos; otra distinción importante es que no son perpetuos, ya que su duración es la misma que la de los derechos patrimoniales³⁷.

Por su parte la legislación estadounidense no reconoce expresamente derechos morales al autor, aunque protege algunas de las facultades que lo componen a través de otras normas: las de competencia desleal, las que protegen contra la difamación, o el derecho a la privacidad³⁸. La adhesión de al Convenio de Berna no significó un cambio a favor del reconocimiento de los derechos morales de los autores, el Acta de Implementación de la convención de Berna de 1988 no incorpora expresamente dentro del *Copyright Act* los derechos morales, sin embargo hace referencia al derecho a la paternidad y a la integridad de la obra³⁹. Por su parte la *Visual Artists Rights Act* de 1990⁴⁰ reconoce derechos morales a los creadores de obras visuales (fotografías, cuadros, dibujos, esculturas, etc.)

También cabe mencionar que el *Copyright* no hace diferencia entre Derecho de Autor y Derechos Conexos, trata a estos como un todo.

³⁶ FEIST PUBLICATIONS INC. V. RURAL TELEPHONE SERVICE CO. INC.. 499 US 340, 111 S Ct, 1282, 113 L.Ed. 2d 358 (Suprema Corte de los Estados Unidos, 1991)

³⁷ DAVIES, Gillian. "The Convergence of Copyright and Author's Right-Reality or Chimera" (1995). Artículo publicado en DINWOODIE, Graeme B, et al. "International Intellectual Property, Law and Policy". Lexis Nexis Case Book Series. Editado por Matthew Bender & Company Inc. 2001. Pág. 771

³⁸ GOLDSTEIN. Op cit. Pág 284

³⁹ Berne Convention Implementation Act of 1988

⁴⁰ LIEMER, Susan P. "How We Lost Our Moral Rights and the Door Closed on Non-Economic Values in Copyright". 5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1. (2005)

3. Principales Diferencias entre Derecho de Autor y Copyright

Una vez establecidos los elementos distintivos de ambas tradiciones jurídicas se puede establecer las principales diferencias entra el Derecho de Autor, y el *Copyright*:

- a) El sistema de Derecho de Autor se basa en el derecho del autor como derecho natural mientras que el *Copyright*, generalmente o al menos en el campo académico, se fundamenta en el instrumentalismo desarrollado por Locke para la propiedad en general⁴¹.
- b) En el sistema de *Copyright* el autor puede ser tanto una persona natural como jurídica, mientras que para el Derecho de Autor es siempre una persona física natural⁴².
- c) En el *Copyright* el desarrollo de los derechos morales ha sido mínimo, mientras que en el Derecho de Autor los derechos morales son el pilar de la concepción humanista de ese derecho⁴³.

Las diferencias existentes se vuelven latentes en la aplicación de la ley, en los casos concretos, pues aun y cuando los Acuerdos Internacionales en materia de Derecho de Autor han sido suscrito por casi todos los Estados, y se han armonizados algunos supuestos, las tradiciones jurídicas a las que pertenecen sus sistemas jurídicos tienen una tendencia determinada que puede volver diametralmente opuesta la solución aun mismo caso. Podemos mencionar en este orden de ideas el caso *Lewis Galoob Toys Inc. v. Nintendo of America, Inc*⁴⁴. según el cual Galoob manufacturaba un artículo que permitía al usuario de Nintendo alterar las características de los juegos, de manera que se obtuvieran más elementos para ganarlo, de acuerdo a las normas del *Copyright* en Estados Unidos se determinó que no había elementos para considerar que se estuviera creando un trabajo derivado a partir de la obra de Nintendo, sin su autorización, ya que al artículo que promocionaba *Galoob* no se incorporaba de manera “permanente” a los cartuchos de juego de Nintendo, razón por la cual no había lugar a una nueva obra basada en la anterior, sin embargo al amparo del Derecho de Autor pudo alegarse la violación al derecho de integridad de la obra, ya que sin autorización del autor se incluyeron modificaciones a los juegos, lo que atenta

⁴¹ GARZA BARBOSA, Roberto. “La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?”. Op. Cit. Pág. 195

⁴² LIPSZYC, Op. Cit. Pág. 43

⁴³ LIEMER, Op. Cit.

⁴⁴ LEWIS GALOOB TOYS V. NINTENDO OF AMÉRICA INC. 964 F.2ed 965 (US Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992)

contra uno de sus derechos morales intrínsecos.

C. REQUISITOS DE PROTECCIÓN

La obra es el resultado de un hecho personal, un resultado de la proyección de la personalidad del autor; por eso se le considera una creación espiritual que va más allá de una simple relación de dominio sobre una cosa; es importante anotar, sin embargo, que no toda obra es susceptible de protección.

La protección que otorga el Derecho de Autor está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos que permitan el efectivo cumplimiento de su finalidad, ya que al carecer de formalismo en la creación del derecho debe establecer los parámetros legales que vuelvan efectiva su tutela y que de la misma forma posibiliten un efectivo desarrollo de la cultura y la difusión del conocimiento, mientras se evita la creación de monopolio sobre las ideas.

En atención a los anteriores es necesario determinar los requisitos que las obras intelectuales deben cumplir para que sean susceptibles de protección por el Derecho de Autor.

Para beneficiarse de la protección del Derecho de Autor, no es necesario cumplir formalidad alguna, esta se obtiene por el mero hecho de la creación; por lo mismo la obra intelectual debe cumplir una serie de requisitos que parten de la originalidad de la misma y la forma en la que se expresa.

1. Protección de la Obra y no de la Idea

Se reconoce internacionalmente el principio según el cual no puede protegerse la idea tal cual, sino la manera en la que se expresa esta en un medio material⁴⁵.

Toda idea requiere ser fijada en un medio material tangible para que sea susceptible de protección, independientemente del sistema jurídico que se trate; este es quizá la mayor convergencia que existe entre el *Copyright* y el Derecho de Autor.

El Derecho de Autor protege exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor

⁴⁵ DRASSINOWER, Abraham. "A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law". 16 *Can. J.L. & Juris.* 3 (2003)

son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras⁴⁶. El *Copyright* por su parte da mayor importancia a la fijación de la obra, ya que para el Derecho de Autor, basta con que la obra sea creada bajo una serie de condiciones como la originalidad para que sean susceptibles de tutela. Para que una obra quede protegida por el Derecho de Autor, es necesario que sea una creación formal (en cuanto pueda adquirir una forma intelegible), original y susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma⁴⁷.

Esta protección, sin embargo no se aplica al contenido ideológico o técnico de las obras científicas ni su aprovechamiento comercial o industrial; a los descubrimientos, conocimientos, enseñanzas, ni a los métodos de investigación.

2. Originalidad.

También se exige como requisito indispensable para que exista protección la originalidad de la obra, esta originalidad se manifiesta en la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que estas sean, esto significa que la obra “expresé lo propio de su autor que lleve la impronta de su personalidad”⁴⁸, es por esta razón que se considera a este requisito como de carácter subjetivo, ya que a partir de esto se afirma que las obras son extensiones de la personalidad del autor.

El concepto de originalidad no es absoluto y no se requiere que la obra sea novedosa, es decir, que sea la primera en su género o que no exista otra obra que se refiera al mismo tema⁴⁹, ya que esto sería prácticamente imposible, pero si es necesario que en la obra creada exista la pauta de distinción de su creador. La mayoría de autores que han tratado este tema coinciden en considerar que dicha originalidad no puede exigirse como absoluta pues en la generalidad de los casos existe previamente otra creación que se puede tomar como punto de partida para la creación de otras y no por esto dejan de ser originales⁵⁰, esto quiere decir que debe poseer elementos que

⁴⁶ LIPSZYC, Op. Cit. Pág 62

⁴⁷ Idem

⁴⁸ LIPSZYC, Delia, Op. Cit. Pág. 65.

⁴⁹ PIOTRAUT, Jean-Luc. “An Authors' Rights-Based Copyright Law: The Fairness And Morality Of French And American Law Compared”. 24 *Cardozo Arts & Ent LJ* 549 (2006)

⁵⁰ STERLING, Op. Cit. Pág. 254

la distinguan de otra obra⁵¹, y que aunque se base en la misma idea o en fórmulas que ya son parte del dominio público, la forma en la que se exprese sea lo suficientemente original como para que un ciudadano promedio la distinga de otra.

Así las cosas, la originalidad no debe confundirse con el término de novedad en el sentido que la originalidad se aprecia subjetivamente, mientras que la novedad se mide objetivamente, y se define como “la ausencia de homólogo en el pasado”⁵², sin embargo en todo caso y en presencia de algún conflicto en la materia deberá considerarse el caso particular para determinar la existencia o no de originalidad.

En el caso ante la suprema Corte de Estados Unidos, *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc*⁵³ se determinó que la originalidad es el elemento *sine qua non* del *Copyright*, de tal manera que su protección se extiende sólo a los elementos de la obra que son originales, ya que cualquiera puede copiar los elementos esenciales de una publicación pero no las palabras exactas que se emplean en ella; por lo mismo la originalidad implica que el autor haga un despliegue mínimo de originalidad para que la obra sea protegida (para el caso incluso cuando se trate de recopilaciones).

3. Posibilidad de Divulgación de la Obra.

El derecho de divulgación es pues, la facultad del autor para determinar si su obra permanecerá en su esfera privada o si saldrá de ésta para ser conocida por el público, a través de la forma que decida⁵⁴.

La obra debe ser susceptible de divulgarse, y esto significa que la obra pueda comunicarse al público, sin importar el medio de expresión que se utilice.

Para ejercer el derecho de divulgación no es necesario realizar algún trámite, como registro o depósito, para obtener la protección y ejercer los derechos respectivos, fijar o no la obra en un soporte material dependerá de lo que se determine en la legislación doméstica; para el Convenio

⁵¹ SECRETARIA DE INTEGRACIÓN ECONOMICA CENTROAMERICANA. Op. Cit.

⁵² COLOMBET, Claude, “Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo”. Estudio de Derecho Comparado. Tercera Edición. Ediciones UNESCO/ CINDOC. Traducción Petite Almeida. Madrid, 1997. Pág. 13.

⁵³ FEIST PUBLICATIONS INC. V. RURAL TELEPHONE SERVICE COMPANY INC. 499 US 340, 111 S Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (US Supreme Court, 1991)

⁵⁴ STERLING, Op. Cit. Pág. 282

de Berna (que no reconoce expresamente el derecho a la divulgación) es permitido que las leyes establezcan que las obras o algunos de sus géneros (como por ejemplo las obras orales, las coreográficas y pantomimas) no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material⁵⁵; las legislaciones centroamericanas por su parte no requieren fijación previa ya que el derecho surge desde el momento en el que la idea se exterioriza o manifiesta⁵⁶.

4. Irrelevancia del Destino de las Obras.

Para efectos de la protección es irrelevante la finalidad de la obra, lo que implica que no se toma en cuenta el destino con el que corra la obra, el Derecho de Autor siempre la acogerá como parte de aquellas que merecen protección, una vez cumplidos el resto de requisitos de protección.

Los requisitos planteados facilitan el análisis de cada obra, para determinar si la misma puede o no ser protegida; en el caso de *Copyright*, esta protección es más amplia, como se desarrollan a partir de criterios jurisprudenciales pueden ser más variables que las modificaciones legislativas de las que depende el Derecho de Autor.

Con relación a la originalidad de las obras, este aspecto cobra especial relevancia en el Derecho de Autor al ser un elemento del derecho moral que incorpora, y ser precisamente el carácter que incorpora la personalidad del autor.

La creación de obras, que cumplen con los requisitos antes mencionados, incorporan una serie de derechos para el autor, que se dividen doctrinariamente en Morales y Patrimoniales y que conforman el contenido del Derecho de Autor.

D. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

El contenido del Derecho de Autor, está referido en un inicio a la doble esfera Derecho Moral – Derecho Patrimonial, que se le otorga a un autor desde el momento de la creación o

⁵⁵ Art. 2.2, ver *supra*

⁵⁶ LA PROPIEDAD INTELECTUAL. PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL. Documento publicado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana. <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007)

materialización de su obra.

Lipzyc⁵⁷ dice que, respecto a los derechos morales y patrimoniales que comprende el Derecho de Autor, existen dos teorías que tratan respecto de esta separación:

- i. Teoría monista. Cuyo principal exponente es Kant, considera que no puede hacerse un verdadero deslinde de los derechos patrimoniales y los morales, pues estos no son más que manifestaciones de un derecho unitario que garantiza en su conjunto la protección de los intereses de los autores; sin embargo si reconoce la existencia de dos derechos.
- ii. Teoría dualista. Representada por Hegel, divide las facultades conferidas al autor en dos derechos, los espirituales o morales y los patrimoniales, los cuales tienen esferas de aplicación diferentes. Estos derechos son independientes, los patrimoniales se caracterizan por ser transmisibles y limitados y los morales por ser intransferibles, imprescriptibles e ilimitados; y por lo mismo sus regulaciones jurídicas pueden ser diferentes⁵⁸.

Independientemente de la tesis a emplear, el Derecho de Autor reconoce en todo caso la convergencia de dos tipos de derechos provenientes de la creación, unos dependientes de la existencia del autor y por lo mismo irrenunciables, y los otros, de carácter patrimonial y por lo mismo negociables.

1. Derechos Morales

El derecho moral de autor tiene su origen en la legislación francesa, de donde se extiende al resto de países latinos y de la Europa continental y tiene como punto de partida el hecho según el cual la obra forma parte integrante de la personalidad del autor⁵⁹, al ser una creación de su espíritu, el fruto de su pensamiento; de manera que no puede dissociarse enteramente de aquél, por lo que incluso cuando ha cedido sus derechos patrimoniales sobre la obra, ésta continúa, en cierta medida, bajo su dependencia.

Precisamente por su naturaleza personal, los derechos morales tienen dos características

⁵⁷ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. Pág. 152 y sig.

⁵⁸ ROSENTHAL KWALL, Roberta. "Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul". 81 Notre Dame L. Rev. 1945 (2006)

⁵⁹ STERLING, Op. Cit. Pág. 280

básicas que los diferencian claramente de los derechos patrimoniales: irrenunciabilidad e inalienabilidad⁶⁰, sin embargo, en casos como Alemania, donde la inspiración kantiana ha llevado a establecer en la ley que los derechos de autor son uno solo, por lo tanto no acepta la tradición de los mismos, a menos que sea por disposición testamentaria⁶¹.

Por el contrario, en los países del sistema jurídico anglosajón, los derechos morales han quedado casi fuera de las leyes de *Copyright*, que dedican su interés principalmente a los derechos de carácter patrimonial de los autores, considerando a los derechos morales como algo ajeno a su tradición jurídica⁶². En Estados Unidos, solamente la *Visual Artists Rights Act* (VARA), reconoce la existencia de derechos morales, de manera bastante limitada, ya que sólo aplica a las pinturas, esculturas, grabados y dibujos; los derechos que atribuye son el de integridad, paternidad y el *recognized stature*, que implica que las obras que son parte de un edificio no pueden ser destruidas⁶³.

Sin embargo, al menos los dos derechos morales más importantes, paternidad e integridad, son reconocidos y protegidos por las legislaciones de prácticamente todos los países del mundo. La situación no es tan sencilla, en especial debido a que algunos países anglosajones no cumplen de manera satisfactoria lo establecido en el Convenio de Berna. Es interesante destacar que las diferencias entre el *Copyright* y el Derecho de Autor en esta área generan resultados totalmente diversos en los resultados de los conflictos que puedan surgir, ya que en el sistema del derecho continental si los derechos patrimoniales entran en conflicto con los derechos morales, prevalecen los morales⁶⁴.

Los derechos morales que se le atribuyen al autor, tienen como punto de partida, el hecho de no ser apreciables en dinero y estar ligados al individuo; pues aún cuando el irrespeto a estos pueda causar un perjuicio económico, su naturaleza descansa en su vinculación al autor como ser individual.

La finalidad de los derechos morales es la preservación del honor, la dignidad y la

⁶⁰ RIGAMONTI, Cyrill P. "Deconstructing Moral Rights". 47 Harv. Int'l L.J. 353 (2006)

⁶¹ NETANEL, Neil. "Alienability restrictions and the enhancement of author autonomy in United States and continental copyrightlaw". 12 Cardozo Arts & Ent LJ 1 (1994)

⁶² GOLDSTEIN. Op Cit, Pág 284.

⁶³ ROSENTHAL KWALL. Op Cit.

⁶⁴ STERLING. Op. Cit. Pág. 281

autonomía del autor sobre sus obras y por lo mismo su duración abarca la vida de este. Los derechos morales son el derecho a la divulgación, a la paternidad, al respeto a la integridad de la obra y al arrepentimiento; mismos que se describen a continuación.

a) Derecho de Divulgación

Parte del reconocimiento expreso de que el autor es el único responsable de la publicación y difusión de su creación, lo que implica de igual forma la elección de los medios para darla a conocer al público.

Como un primer elemento de este derecho se presente el derecho al inédito, es decir la potestad que tiene el autor de determinar en que momento saldrá la obra de su esfera privada, este derecho se agota en el momento mismo en que se da la divulgación de la obra.

La divulgación es más amplia que la publicación, pues comprende cualquier acto, consentido, por el autor, para que el público pueda por primera vez acceder a su obra, en tanto que se considera a la publicidad como la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra.

El Convenio de Berna considera que las obras publicadas son aquellas que siendo editadas con el consentimiento del autor, han sido puestas al alcance del público en cantidad suficiente, de manera que satisfagan las necesidades de este; el acuerdo no hace referencia a la divulgación.

La divulgación implica básicamente cuándo, dónde y de qué forma se pondrá la obra a disposición del público o si no se pondrá a disposición. Algunos llaman a este derecho acceso al público⁶⁵ ya que corresponde al autor, determinar si su creación es por ejemplo apta para darla a conocer al público o bien podrá considerarla inadecuada para ese efecto, o simplemente decidir, por el motivo que fuere, que su obra debe permanecer en su intimidad.

b) Derecho de Paternidad

Es una potestad jurídica inherente a la persona del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su nombre, como su creador,

⁶⁵ El artículo cuatro de la ley de Guatemala ofrece la siguiente definición: "Conjunto de personas que reunidas o no en el mismo lugar, tienen acceso por cualquier medio, a una obra, interpretación artística o fonograma, sin importar si lo pueden hacer al mismo tiempo o en diferentes momentos o lugares".

lo que nace en el momento de la materialización de la idea, siempre que goce de originalidad⁶⁶.

El autor puede elegir ejercer este derecho desde dos perspectivas, primero dando a conocer su nombre al momento de divulgar su obra o bien por medio del anonimato, por medio de un seudónimo.

Por lo anterior se desprende, la existencia de dos derechos⁶⁷:

- i. El derecho de reivindicar, ya sea su condición de autor, la forma de expresar su nombre e incluso su seudónimo⁶⁸.
- ii. El derecho de defender su autoría, en caso de impugnación. Como cuando se le atribuye una obra que no es suya⁶⁹.

Se puede concluir que este es el derecho del autor a que se reconozca su autoría, tanto por el beneficio económico que le pueda reportar, como el prestigio social que esto implica.

c) Derecho al Respeto e integridad de la obra

Finalmente, el derecho a la integridad de la obra consiste en la facultad que tiene el autor de exigir que su obra sea divulgada respetando su integridad, es decir, sin supresiones, adiciones o modificaciones que alteren la concepción de la obra o su forma de expresión.

Llobet Collom considera que “el Derecho de Integridad o ‘*droit au respect*’, obedece, como su propia expresión francesa define, a la necesidad de respetar la obra tal y como fuera concebida por su autor”⁷⁰. Cualquier modificación no consentida implica por lo mismo atentar contra la esencia creadora que manifestada en la obra es parte de la personalidad del autor.

El Convenio de Berna en su artículo 6 *bis* consagra este derecho, estableciendo que:

- 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la

⁶⁶ MOUNCHET, Carlos y Sigfrido Radaelli., “Los derechos del escritor y del artista”. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1957. Pág. 115.

⁶⁷ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. 167.

⁶⁸ STERLING. Op Cit. Pág. 282.

⁶⁹ RIGAMONTI. Op Cit

⁷⁰ LLOBET COLOM, Juan Antonio. “El Derecho de Autor en la legislación de Centroamérica y Panamá”. Editorial Piedra Santa. 19ª Edición. Guatemala, 1982. Pág.9

obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos.

Algunas legislaciones siguen la llamada concepción objetiva y protegen la obra contra cualquier deformación, mutilación o cualquier otra modificación que perjudiquen los intereses de autor⁷¹, lo que implica que si el cambio no cambia la esencia de la obra, no altera su estructura, el cambio es válido y no violenta el derecho a la Integridad, como en el caso de Honduras⁷²; otras siguen la concepción subjetiva, prohibiendo cualquier modificación a las obras, sin importar si perjudican o no al autor, ya que sólo el autor tiene la capacidad de variar, partiendo de su concepción particular, el sentido de sus ideas, como en el caso de El Salvador⁷³ y México⁷⁴.

Algunos autores consideran la posibilidad del autor de elegir a los interpretes de la obra, enmarcándose este derecho en el derecho a la integridad, por considerar que la poca calidad de alguno pueda llegar a representar una alteración al sentido de la obra; esta teoría es apoyada por Mouchet y Radaelli, quienes sostienen que, “si mediante la interpretación de la obra [...] se desfigura la obra original por falta de comprensión del intérprete o por deficiencias técnicas u otros motivos el autor debe tener la facultad de oponerse”⁷⁵.

⁷¹ DAVIDSON, Benjamin. “Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters”. 38 Cornell Int'l L.J. 583. (2005)

⁷² LEY DEL DERECHO DE AUTOR Y DE LOS DERECHOS CONEXOS (Honduras). Artículo 36.- El derecho moral del autor comprende las facultades siguientes:

2) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando pueda causar o cause perjuicio a su honor o reputación o la obra pierda mérito literario, académico, artístico o científico;

⁷³ LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (El Salvador). Art. 6. El derecho moral del autor es imprescriptible e inalienable y comprende las siguientes facultades:

i) La de salvaguardar la integridad de la obra oponiéndose a cualquier deformación, mutilación, modificación o abreviación de la obra o de su título, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra;

⁷⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;

⁷⁵ MOUNCHET, Carlos y RADAELLI, Sifrido. Op. Cit. Pág. 62.

Este derecho busca mantener la obra en las condiciones y términos en los que fueron concebidas sus ideas.

d) Derecho de Retracto o Arrepentimiento

Este derecho es la atribución de una facultad según la cual, el autor que considera que su obra ya no debe ser expuesta al público, sacándola del comercio, por ser contraria a sus convicciones morales o intelectuales; le quita el derecho cedido, a su cesionario, previo a una indemnización por el daño que pueda ocasionarle⁷⁶.

Colombet afirma por su parte que “el arrepentimiento alude a la fase interna, mental, de la operación, mientras que la retractación se refiere a la externa, a la manifestación de voluntad del acto mismo”⁷⁷.

De la misma manera que puede el autor decidir cuando y en qué términos se puede dar a conocer su obra, mediante la divulgación, puede impedir su reproducción o comunicación pública, atendiendo a un cambio en las convicciones o intereses que originaron la obra que se desea retirar del mercado; sin embargo, al vincularse con derechos patrimoniales y pese a la posibilidad que el derecho al retracto subsista, debe considerarse la reparación a los intereses de terceros que se han visto afectados.

El derecho a la divulgación implica decidir si la obra sale o no de la esfera privada del autor, retractarse parte del supuesto que la obra ya ha sido divulgada y se está por reproducir, publicar o comunicar, por lo mismo el autor se arrepiente de haberla sacado de su esfera íntima y busca evitar que sea dada a conocer al público o que continúe su puesta a disposición del mismo.

Como dato curioso cabe mencionar que en Francia existe el derecho de acceso al soporte material en el que se fija la obra.

2. Derechos Patrimoniales

El Derecho Patrimonial es el que posee el propietario o titular de una obra o producción intelectual publicada, con la finalidad de obtener un beneficio pecuniario mediante su explotación exclusiva.

⁷⁶ RIGAMONTI. Op Cit

⁷⁷ COLOMBET, Claude. Op. Cit. Pág. 57.

El argumento económico del Derecho de Autor busca incentivar a los individuos para que continúen creando obras para el público⁷⁸, dándoles una expectativa razonable de recuperar su inversión y obtener beneficios. Este derecho se funda en la justicia de asegurar para el autor y sus sucesores los beneficios producidos por el trabajo intelectual. Pero no es un derecho ilimitado en el tiempo, ya que casi todas las legislaciones han fijado términos de duración, respondiendo a justas razones de interés público.

Debido a que las posibilidades de explotación son infinitas, las modalidades previstas en las leyes y convenciones tienen carácter enunciativo y cualquier forma de utilización de la obra requiere de la autorización del autor, salvo las excepciones legales establecidas. A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales sí pueden ser objeto de comercio y están sujetos a un plazo de protección.

Los Derechos Patrimoniales se caracterizan por lo siguiente⁷⁹:

- i. Son independientes entre sí: lo que implica que el ejercicio de uno no exime el ejercicio de otro.
- ii. No son taxativos: las formas de explotación son variadas y en consecuencia no puede la ley limitar el ejercicio de los derechos patrimoniales a los autores en tanto que este no perjudique al derecho moral, en el caso de la tradición continental.
- iii. Son limitados: la ley les señala ciertos límites a su ejercicio, en atención al beneficio de la sociedad, que son las llamadas excepciones al Derecho de Autor, que se tratarán en el siguiente capítulo.
- iv. La autorización contempla la posibilidad de recibir una remuneración por ella: La finalidad básica de la regulación jurídica del Derecho de Autor, es que este obtenga beneficios económicos por la obra que ha creado.
- v. Son negociables: Como diferencia entre los derechos morales y los derechos patrimoniales, estos pueden cederse a cambio, obviamente, por beneficios económicos, sin embargo como se mencionaba anteriormente en legislaciones como la alemana incluso los derechos patrimoniales se consideran inalienables.

⁷⁸ PIOTRAUT, Jean-Luc. Op Cit

⁷⁹ LIPSZYC. Op Cit. Pág. 174 y sig

Dentro de las facultades que las leyes de Derecho de Autor consideran que forman parte de los derechos patrimoniales se incluyen las siguientes:

a) Derecho de Reproducción

La reproducción es la multiplicación material en cualquier forma o por cualquier medio de objetos corporales idénticos o similares, lo que implica crear copias o duplicados de la obras.

El derecho de reproducción, que consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir la fijación⁸⁰ de su obra en un soporte material, con el objeto de que se puedan obtener copias o ejemplares de ella⁸¹. La fijación de la obra puede ser permanente o temporal, total o parcial, y para ello puede emplearse cualquier forma o procedimiento. Así, una obra puede ser reproducida en soportes como papel, cintas magnetofónicas, cintas digitales, discos compactos, entre otras.

La multiplicación se realiza por el medio natural que se aplica para la publicación de la obra que se trate. Por ejemplo, la impresión, para las obras literarias; la fotografía para una obra de arte figurativo; la pintura para un mural o cuadro; la grabación para una obra musical, entre otros.

Lipszyc, lo considera “la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella”⁸². Esto implica que la fijación se haga en un soporte material que susceptible de distribución comercial.

La misma autora estima que el contenido de este derecho está determinado tanto por el objeto reproducido (manuscritos, software, dibujos, obras audiovisuales), como por el modo de reproducción (impresión, dibujo, moldeado, fotografía, microfilmación, fotocopiado, grabación mecánica).

Por lo que el derecho de reproducción comprende la edición, la reproducción mecánica de obras en forma de grabaciones sonoras (fonogramas) y de fijaciones audiovisuales, la

⁸⁰ Fijar una interpretación o ejecución es incorporar imágenes o sonidos o ambos a la vez en un soporte material que permita que esos sonidos o imágenes puedan ser comunicados.

⁸¹ GOLDSTEIN. Op. Cit. Pág. 196

⁸² LIPSZYC, Delia. Op. Cit. Pág. 179.

reproducción reprográfica, la realización de un ejemplar tridimensional a partir de una obra bidimensional y de la realización de una obra bidimensional a partir de una obra tridimensional (el ejemplo típico es la construcción de un edificio a partir de un plano (en el caso de una obra arquitectónica y para el segundo caso cuando se toma una fotografía de un edificio o de una escultura), o la inclusión de una obra en un sistema de ordenador.

Por lo mismo el derecho de reproducción no cubre solamente la explotación de la obra en su forma original sino también las transformaciones de que esta pueda ser objeto. En consecuencia para realizar una traducción, arreglo, adaptación o compilación es necesario haber sido autorizado por el autor o el titular de ese derecho.

Colombet, acertadamente señala que “el ejercicio del derecho de reproducción está indisolublemente ligado al derecho de divulgación, la interrelación del derecho pecuniario con el derecho moral es en este caso evidente, puesto que el autor, al decidir entregar su obra al público, determina las condiciones de dicha publicación, es decir las modalidades prácticas de la reproducción autorizada”⁸³.

Sterling⁸⁴ considera como elementos a considerar: la forma de la reproducción, que puede ser material o no, la duración del derecho, y su alcance (adaptación, traducciones, distribución, renta).

A partir de lo antes expuesto se deducen dos reglas: 1) el derecho recae sobre toda la obra, y sobre cualquiera de las partes que la componen, asimismo abarca las reediciones y copias de la misma; 2) la exclusividad en beneficio del autor lo faculta para oponerse a cualquier forma de reproducción, cualquiera que sea el procedimiento empleado para reproducirla, si este se hace sin su autorización o contrario a lo pactado.

b) Derecho de Comunicación Pública

Lipszyc define la Comunicación Pública como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de una obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”⁸⁵.

⁸³ COLOMBET, Claude. Op. Cit. Pág. 65.

⁸⁴ STERLING. Op. Cit. Pág. 309

⁸⁵ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. Pág. 183.

Esto implica que la comunicación pública es el acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o procedimiento, así como el proceso necesario y conducente a que la obra se ponga al alcance del público.

Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público⁸⁶, ya sea de manera directa (representaciones o ejecución en vivo), o indirecta (mediante la utilización de discos, cintas y grabaciones audiovisuales en general), o mediante cualquier forma de radiodifusión (radio y televisión) o distribución por cable. Se considera que será pública, cualquier utilización de una obra que rebase el círculo familiar o de los amigos más íntimos de una familia o de un individuo.

A este derecho también se le denomina, Derecho de Representación, partiendo de la tradición de la legislación francesa, pues se considera que “representar una obra es comunicarla al público mediante cualquier procedimiento, distinto de aquellos que se usan para hacer efectivo el derecho de reproducción”⁸⁷.

Existen dos tipos de comunicación pública: la que permite comunicar directamente la obra al público, por medio de la actuación de intérpretes en vivo, y otra que permite una comunicación al público por medio de una fijación por soportes materiales.

Podemos concluir que el derecho de comunicación, consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir el acceso del público a su obra por medios distintos a la distribución de ejemplares, como por ejemplo, la declamación, la disertación, la ejecución musical y coreográfica, la representación teatral, la escenificación para cinematografía y televisión, la radiodifusión, la transmisión por cable, la exposición pública y el acceso a bases de datos.

c) Derecho de Transformación

Este derecho es entendido por Lipszyc como “la facultad del autor de explotar su obra, autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etc.”⁸⁸

Se basa en el derecho del autor de mantener la integridad de su obra, por lo que cualquier

⁸⁶ GOLDSTEIN. Op Cit. Pág. 265

⁸⁷ COLOMBET, Claude. Op. Cit. Pág. 82.

⁸⁸ LIPSZYC, Delia, Op. Cit. Pág. 212.

adaptación de que sea objeto debe respetar el sentido de la obra; para que haya transformación de una obra, esta modificación debe ser externa, sin alterar su esencia.

d) Derecho de Participación o “*Droit de Suite*”

Este derecho tuvo su origen en una ley francesa de 1920, y en esencia lo que busca es que los autores de obras artísticas obtengan parte del precio de las ventas posteriores de su obra.

Este derecho puede definirse como “el derecho que tiene un autor, y posteriormente sus herederos, a percibir un derecho –generalmente un porcentaje del precio, y a veces, del aumento de valor de las reventas en subasta pública o mediante la intervención de un comerciante- de una obra de artes plásticas”⁸⁹.

Básicamente consiste en la participación que los autores obtienen sobre el aumento de valor que pueden adquirir sobre sus obras en posteriores y sucesivas transferencias. Busca proteger a los artistas plásticos, pues la forma de comercializar sus obras es a través de la venta del original, lo que pueden hacer sólo una vez. Por lo mismo se considera que este es un derecho compensatorio, que equivale a los beneficios de los autores de obras literarias y musicales que reciben por cada comunicación de estas a un público nuevo.

El derecho de seguimiento o “*droit de suite*”, que consiste en el derecho que tiene el autor de una obra de arte de percibir, en todas las ventas de su obra que se realicen con posterioridad a la primera que él efectúe, un porcentaje del precio de la reventa; el porcentaje a que tiene derecho el autor varía en cada país.

El convenio de Berna reconoce este derecho en su art. 14 ter. En su § 1 al afirmar que tanto las obras de arte originales como los manuscritos originales de autores y compositores conceden a estos el derecho de participar en las ventas posteriores a la primera cesión⁹⁰ y lo complementa de la siguiente manera:

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión

⁸⁹ COLOMBET, Claude. Op. Cit. Pág. 91.

⁹⁰ CONVENIO DE BERNA. Artículo 14 ter.1) “En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”.

mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

El *Droit de Suite*, se caracteriza por ser inalienable, ya que el objetivo fundamental es la protección de los autores. La mayor parte de la doctrina establece que la participación en beneficio del autor sólo debe aplicarse sobre las enajenaciones realizadas públicamente, sea por remate o licitación.

El estudio de los derechos otorgados a los autores reviste gran importancia a la hora de determinar las excepciones a los mismos; estas excepciones son producto de la necesidad de la difusión de la cultura, aspectos que se analizarán en el siguiente apartado.

III. EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Como se ha visto el Derecho de Autor, abarca dos categorías de derechos, los morales que buscan proteger la manifestación de la personalidad de los autores en sus creaciones y los derechos patrimoniales que son los que determinan los alcances de la explotación económica de las obras; es esta última categoría de derechos la que se ve limitada por ciertas excepciones, legal y doctrinariamente reconocidas, objeto de estudio de éste apartado.

Las excepciones al Derecho de Autor obedecen a la necesidad de crear un equilibrio entre el monopolio concedido a los autores y la sociedad que necesita acceder a sus obras. Al ser un objetivo el desarrollo de la ciencia y la cultura era necesario establecer ciertas limitantes a los derechos exclusivos de los autores en la explotación de sus obras, mismas que sujetas a lo dispuesto por las leyes tampoco deberían resultar lesivas a los creadores o a quienes acrediten la titularidad de estos derechos.

En el derecho continental “el objetivo de estas excepciones y limitaciones es permitir que la sociedad, bajo determinadas condiciones, pueda beneficiarse del uso de una obra sin requerir la autorización del titular de los derechos”¹.

El término excepciones no es empleado en todas las legislaciones, excepción, en países como Alemania y en España se utiliza el término “límites”; en Suecia, Grecia y Estados Unidos, el de “limitaciones”; en Suiza se habla de “restricciones”; en el Reino Unido de “actos autorizados”, en Portugal de “utilización libre”; mención especial merece Francia cuya legislación no emplea ninguno de los mencionados, sino que establece que “ Una vez que la obra se ha difundido, el autor no puede prohibir”² y enumera los supuestos de excepción.

Para efectos del presente estudio, siguiendo la definición de Sirinelli, entenderemos por excepción o limitantes al Derecho de Autor aquellos “actos realizados por los usuarios de las

¹ LEPAGE, Ann. “Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital”. UNESCO. e-Boletín de Derecho de Autor, enero - marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007)

² Artículo L.122-5 del Código de la Propiedad Intelectual (Francia)

obras que escapan al derecho exclusivo del derechohabiente”³, para este autor hay diferencias significativas entre los términos límites o limitantes y el de excepciones, ya que los primeros corresponden al derecho de retribución y el segundo es aplicable cuando el Derecho de Autor deja de existir, es decir cuando el monopolio concedido por el Estado carece de efectos, como en el caso de la cita, en la cual el autor no tiene derecho a presentar oposición, en tanto que las limitantes no restringen su derecho, sino que limitan su libre ejercicio, como sucede en el caso de la copia privada sujeta a retribución; sin embargo la costumbre ha hecho de los mismos sinónimos, en este trabajo se retoman indistintamente ambos términos.

Es importante establecer los alcances de las excepciones y el fundamento en el que se basan las excepciones al Derecho de Autor, pues queda dicho que los derechos que otorga la creación de una obra protegida son un monopolio otorgado por el Estado.

A. FUNDAMENTO DE LAS EXCEPCIONES

El Derecho de Autor admite la existencia de excepciones a los derechos patrimoniales desde dos perspectivas, la primera como limitaciones temporales, coincidiendo en la mayoría, en conceder protección por la vida del autor y un lapso variante de años, a partir de su muerte, en el caso de México son cien años después de la muerte del autor⁴; la segunda categoría son excepciones aplicables durante el período de vigencia de la protección de la obra, es decir mientras aún son parte de un monopolio otorgado al autor al titular de los derechos, por lo mismo están sujetas a parámetros muy bien definidos o a supuestos previamente establecidos por el legislador.

Las leyes observan ciertas exclusiones a la protección del autor en cuanto a los

³ SIRINELLI, Pierre. “Excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y los derechos conexos”. Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Pág. 2

⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). Artículo 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:
I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.
Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y
II. Cien años después de divulgadas.

derechos patrimoniales, específicamente en lo que se refiere a los derechos de reproducción y comunicación pública de la obra, apuntando aquellos casos en los que se limita al autor o a quien haya adquirido la titularidad de la obra el derecho absoluto sobre la utilización de la misma. Las justificaciones son variadas, dependiendo del caso que se trate, sin embargo se parte en la mayor parte de los casos de un supuesto según el cual algunas de las excepciones o limitaciones previstas tienen como objetivo asegurar el acceso a las obras para satisfacer necesidades de enseñanza o de información, en tanto que otras tienen como finalidad la satisfacción de intereses públicos y humanitarios⁵.

Por el hecho de limitar el ejercicio de derechos legítimamente constituidos, el trato a las excepciones es de vital importancia tanto para la legislación interna de los Estados, como de los distintos Acuerdos Internacionales suscritos en materia de Derechos de Autor, en estos, como se verá a detalle, se establecen los parámetros o principios a los que ha de sujetarse las limitantes.

El intercambio de beneficios entre el autor (a quien se le confiere el derecho) y la sociedad (quien los confiere y quien hace uso de las excepciones) es la base de los sistemas de Derecho de Autor y de *Copyright*; es a fin de cuentas el desarrollo de la cultura el fundamento de la protección del Derecho de Autor en la mayor parte de los Estados.

Francia representa una interesante excepción al basar la protección en el autor, y aunque reconoce excepciones al Derecho de Autor, su sistema jurídico y político no admite que el Derecho de Autor conlleve una contrapartida en beneficio de la sociedad⁶.

La búsqueda del equilibrio entre los derechos del autor y los de los usuarios se basan en los principios fundamentales del derecho, intereses públicos y factores económicos; estos criterios interactúan entre sí, vinculándose en atención a cada caso⁷.

⁵ LA PROPIEDAD INTELECTUAL. PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL. Documento publicado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana. Op. Cit. <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007). Un acceso humanitario es el que establece por ejemplo la legislación estadounidense para los no videntes.

⁶ LEPAGE, Op. Cit. Pág. 4

⁷ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". Consejo de Europa. Memorando Secretarial preparado para la Directora de Derechos Humanos. Estrasburgo, octubre de 1998. Disponible en <http://www.ivir.nl> (consultado 20 de abril de 2007)

Hugenholtz⁸ propone tres categorías de explicaciones que justifican la concesión de limitaciones al Derecho de Autor y son el respeto a las libertades fundamentales, el interés público y las deficiencias del mercado; a estas otros autores agregan aquellas limitantes que se basan en otras consideraciones, y que se estudian a continuación.

1. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Respeto a las Libertades Fundamentales

Respeto a las libertades fundamentales, especialmente la libertad de expresión⁹, el derecho de prensa y el derecho a la información; en esta categoría se encuentran entre otros el derecho de cita y el de parodia. Si el monopolio del autor fuese lo bastante amplio para poder impedir tales usos, resultaría imposible, por ejemplo, informar de una exposición, citar una obra para realizar su estudio, por lo que toda crítica sería imposible ya que no podría circular información relativa a una obra sin la autorización previa de los titulares de derechos. En este supuesto, las limitaciones al Derecho de Autor son la garantía de una sociedad democrática¹⁰.

Guibault¹¹, por su parte considera que el respeto a las libertades fundamentales parte de la protección a la libertad de expresión, libertad de información y de la protección a la intimidad; estas limitaciones tienen su base en los Tratados Internacionales que regulan la protección de los Derechos Humanos. La libertad de expresión y de información son el mecanismo para generar un adecuado flujo de información en la sociedad¹²; el Derecho de Autor regula expresiones y no ideas, lo que vuelve más flexible las excepciones que por consideraciones de flujo de información se generen. La protección de la intimidad fundamenta el derecho a la copia privada.

⁸ HUGENHOLTZ, Bernt. "Fierce Creatures. Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance". Conferencia IFLA/IMPRIMATUR. Ámsterdam, 30-31 de octubre de 1997. Disponible en www.ivir.nl (consultado 15 de abril de 2007)

⁹ HARPER & ROW, PUBLISHERS, INC., ET AL. V. NATION ENTERPRISES ET AL. 471 U.S. 539 (1984) y A&M Records Inc. v. Napster Inc. 114 F. Supp2d. 896, 55 USPQ2d 1780 (2000)

¹⁰ LEPAGE, Op. Cit. Pág. 4

¹¹ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". Op. Cit.

¹² ZEMER, Lior. "'We-intention' and the limits of Copyright". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 99 (2006)

2. Excepciones al Derecho de Autor basadas en el Interés Público

La protección del interés público implica que las limitaciones se justifican en las necesidades de la sociedad de acceder a las obras, por lo que acá se agrupan los usos que de las mismas realizan las bibliotecas, los museos y el sistema escolar¹³. La delimitación precisa de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor dependerá en última instancia de los criterios políticos de los legisladores que, por ejemplo, pueden decidir la restricción del monopolio del autor en beneficio de los centros docentes, de las bibliotecas o de los minusválidos. Esta categoría responde a la promoción de la educación y la cultura, o a la difusión del conocimiento.

3. Excepciones al Derecho de Autor basadas en las fallas del mercado

Incluye aquellas excepciones que se aplican cuando los titulares se ven incapaces de ejercer sus derechos exclusivos sobre la obra para autorizar o prohibir las copias que de sus obras se realizan con aparatos de reproducción ya sea en casetes de audio o vídeo, discos vírgenes o por su almacenamiento en una computadora o memoria externa, lo que se conoce como copias caseras; se generan licencias no voluntarias de uso, como en el caso de las compensaciones por copia privada que implica el cobro de un porcentaje de la venta de aparatos que permiten el almacenamiento de las obras, sin que se realice un pago por cada copia, sino por el aparato que realiza la copia¹⁴, las consideraciones propias del tema se verán más adelante, cuando se exponga lo relativo a los mecanismos de protección de las obras.

4. Excepciones al Derecho de Autor basadas en otras consideraciones

El interés público también se invoca en la adopción de otras formas de limitantes, pero que resultan más bien de un fuerte cabildeo¹⁵, como en el caso de lo dispuesto en la Sección 110.6 del *Copyright Act* de Estados Unidos, según la cual se permite el uso de fonogramas a

¹³ STERLING. "World Copyright Law". Editorial Sweet & Maxwell. Londres 1999. Pág. 353

¹⁴ DUSOLLIER, Séverine, et al. "Derecho de Autor y acceso a la información en el entorno numérico". Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007) Pág. 13

¹⁵ GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on Copyright and neighbouring rights in the digital era". Op. Cit

las organizaciones agrícolas u hortícolas sin fines de lucro, en el curso de una feria anual o de una exposición agrícola u hortícola (se encuentran también otras excepciones como esta, cuyo principal requisito es que no impliquen lucro por parte de quien hace uso de las mismas).

Una vez estudiado el fundamento de las excepciones, procede el análisis de los diferentes tipos de excepciones reconocidas.

B. TIPOS DE EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Todas las legislaciones del mundo, al tiempo que le reconocen al creador el derecho exclusivo de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones, de interpretación restrictiva, conocidas como limitaciones al derecho patrimonial exclusivo¹⁶.

La mayoría de las legislaciones dentro del sistema del derecho continental enlistan dentro de sus normas una serie de supuestos que son admitidos como excepciones al Derecho de Autor de manera taxativa, es decir que sólo habrá lugar a una limitante cuando la ley de manera expresa la reconozca.

El estudio de la excepciones tiene como punto de referencia los Acuerdos Internacionales en la materia ya que son el parámetro que deben seguir los Estados suscriptores, en armonía con el sistema jurídico en que se enmarcan.

Los convenios internacionales sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, citados anteriormente, contienen una variedad de limitaciones y excepciones a la protección que puede otorgarse con arreglo a las legislaciones nacionales. Estas limitaciones y excepciones pueden clasificarse, de manera muy general, en los siguientes grupos¹⁷:

¹⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el entorno digital". XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El Derecho de Autor y los derechos conexos en el entorno digital". Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), conjuntamente con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay. Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005.

¹⁷ RICKETSON, Sam. "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a Los Derechos Conexos en el entorno digital". Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena sesión Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003. Disponible en www.OMPI.org (consultado 25 de abril de 2007). Pág. 3 y 4

- a) Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales: los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, las noticias del día y los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.
- b) Disposiciones que conceden inmunidad en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa, la enseñanza o cuando se cumplen determinadas condiciones: citas y utilización para fines de enseñanza, reproducción y comunicación por la prensa de conferencias, a estas disposiciones de les llama “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que pese a que las obras que se utilizan están protegidas su uso no genera responsabilidad jurídica. El interés público justifica la anulación de los derechos privados que tienen los autores sobre sus obras en estas circunstancias particulares.
- c) Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el Derecho de Autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “licencias obligatorias”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los Artículos 11bis2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna. Dicha utilización está sujeta al pago de una adecuada remuneración¹⁸, tal es el caso de lo establecido en México en el caso en el que no es posible obtener consentimiento del titular¹⁹.

En lo que respecta a los Derechos Conexos, las excepciones admitidas al Derecho de Autor les son aplicables, no se entendería que una obra que escapa al monopolio de su autor deba requerir la autorización de los titulares de los Derechos Conexos²⁰.

Al respecto dice Guibault que la Convención de Roma no trajo consigo una armonización de las limitaciones de los derechos conexos si bien el artículo 15 contiene la

¹⁸ LIPSZYC, Delia, “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, Ediciones UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993. Pág. 220

¹⁹ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México). Artículo 147

²⁰ SIRINELLI, Pierre. Op. Cit. Pág. 7

única disposición relativa a la posible adopción de limitaciones de los derechos conexos, se basan exclusivamente en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna y está sometida entonces a la doctrina de los tres pasos.

Estas limitaciones se aplican a las tres categorías de beneficiarios, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, pero sólo en la medida en que estén previstas en la legislación nacional. El segundo párrafo evita el riesgo de que los titulares de derechos conexos reciban un mejor trato que los autores en cuanto a las limitaciones²¹.

La forma en la que se desarrollan las excepciones es determinada por cada Estado, adoptando para ello los criterios propios de su sistema jurídico, los principios establecidos por el Derecho Internacional en los Tratados de los que son parte y las exigencias propias de los actores políticos que lo componen; por lo mismo existe un amplio margen en la selección de las mismas, iniciando desde el planteamiento de su existencia en los cuerpos legales, en los cuales puede establecerse un sistema abierto de excepciones o uno cerrado:

a) Sistemas de excepciones abiertos.

Se trata de una cláusula general de excepciones, no de una lista nominativa de las mismas, como en el caso del *fair use* de los Estados Unidos, único en el mundo²². En los sistemas abiertos se definen criterios de aplicación de las excepciones, no las limitaciones en sí ya que dependen del estudio de los casos concretos.

b) Sistemas de excepciones cerrados.

Parte de una lista exhaustiva de actos permitidos como excepciones al Derecho de Autor, es una cláusula taxativa, fuera de la cual no se admite ninguna limitante ya que sólo admiten interpretaciones estrictas.

En Francia, por ejemplo, este sistema está reflejado en el artículo L122-5 del Código de

²¹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". e.boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Octubre-diciembre 2003. Disponible en <http://text.unesco.org> (consultado 15 de abril de 2007). Pág. 8.

²² COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 107

la Propiedad Intelectual.

En el derecho inglés, la Ley sobre Derecho de Autor, Dibujos y Patentes de 1988 del Reino Unido enuncia una serie de excepciones al Derecho de Autor, las que deben ser interpretadas a la luz del *fair dealing*, que es un criterio de apreciación de la validez de las excepciones, y los jueces británicos han delimitado su uso para situaciones concretas por lo que su aplicación está condicionada a una lista de excepciones expresamente definidas²³. Además de los mencionados poseen sistemas cerrados México²⁴ y los países de Centroamérica.

Caso interesante a este respecto es la Unión Europea, cuya Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información²⁵, establece en un inicio un listado de posibles excepciones al Derecho de Autor, y por otra parte en su artículo 5.5 delimita la llamada doctrina de las tres etapas, propia de los sistemas abiertos, al considerar que el listado propuesto debe ser considerado a la luz de estos pasos de análisis puntual; lo que implica una mezcla de los sistemas²⁶.

²³ LEPAGE, Op. Cit. Pág. 7

²⁴ LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR (México) Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

²⁵ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

²⁶ LEPAGE, Op. Cit. Pág 14

Dentro de las diferentes excepciones reconocidas por las legislaciones encontramos:

1. Cita

Se entiende por cita la mención de un fragmento relativamente breve de una obra para apoyar las opiniones de quien escribe o para hacer referencia a lo dicho o hecho por otro autor²⁷.

Su regulación jurídica parte de lo dispuesto en el Convenio de Berna, en su Artículo 10.1 que establece que:

Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

Siempre ha de indicarse la fuente y el autor de la obra citada de manera que no se atribuya lo escrito a otro autor y respetándose así el derecho moral²⁸.

Por lo general, las exigencias de brevedad y de finalidad de las citas se han interpretado restrictivamente. Dichos requerimientos se ponderan teniendo en cuenta tanto la naturaleza de la obra citada como la de la obra en la que figura la cita. El artículo 51 de la Ley sobre Derecho de Autor de Alemania estipula, por ejemplo, que una obra científica aislada puede ser reproducida íntegramente, en una obra independiente, con miras a explicar el contenido de la nueva obra²⁹.

2. Copia Privada

Lipszyc define a esta excepción como la reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el Derecho de Autor exclusivamente para uso personal; en este sentido la reproducción puede implicar una

²⁷ LIPSZYC. Op. Cit. Pág. 231

²⁸ Como se vio anteriormente es un derecho moral del autor el reconocimiento de su paternidad de la obra por lo que debe atribuírsele siempre su autoría.

²⁹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 13

transformación de la obra (traducción por ejemplo) y siempre estará referida a un uso privado, es decir que la obra no saldrá de la esfera privada de su usuario aun cuando no sea con fines de lucro³⁰.

En Japón se ha ido más allá al autorizar la copia de un ejemplar por usuario con fines de estudio o de investigación³¹; en México sucede algo similar con las obras literarias³².

La figura de la copia privada reviste gran importancia en la era digital, por la facilidad de reproducción de las obras gracias a los avances tecnológicos, razón por la cual se estudiará con detenimiento en un apartado especial.

Dado que el Convenio de Berna no estipula nada, se sujetan las excepciones para la difusión del conocimiento en lo dispuesto en el art. 9.2, que fija los parámetros para la autorización de la reproducción, atendiendo a lo que la doctrina se ha dado en llamar doctrina de los tres pasos, que se verá más adelante.

3. Uso para la difusión del conocimiento

Una de las finalidades de la protección del Derecho de Autor es fomentar el arte y la ciencia, derecho conferido por la sociedad que tiene como contrapartida la posibilidad de hacer uso de las obras. No es deseable un sistema que vede el acceso de las obras, ya que eso implicaría limitar el conocimiento.

La utilización que se hace de la obra abarca una mayor proporción de la misma que las citas, y puede abarcar la totalidad de la obra, siempre que dicha utilización tenga como fin la enseñanza³³, de igual forma que con las citas debe identificarse al autor, la fuente y no debe causar un perjuicio injustificado al titular del derecho.

³⁰ LIPZYC. Op. Cit. Pág. 222

³¹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 19

³² LEY FEDERAL DEL DERECHO DEL AUTOR (México). Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

³³ STERLING. Op. Cit. Pág. 353

Algunas legislaciones autorizan a las bibliotecas y archivos a realizar reproducciones de las obras para su propio uso, como en el caso que sea necesario reemplazar un ejemplar, tal es el caso de la legislación estadounidense³⁴ para una sola copia hecha sin fines lucrativos; la India por su parte establece que las bibliotecas podrán realizar no más de tres copias de libros para su uso, si esos libros no están disponibles en la India³⁵.

Las bibliotecas en el ejercicio de su función prestan ejemplares de las obras ya sea para consulta en sus instalaciones o a domicilio, poniendo a disposición de los usuarios catálogos electrónicos y autorizando a los interesados a hacer sus propias reproducciones de obras con fines de carácter personal.

La difusión del conocimiento encuentra su principal medio de expansión en la educación, por lo que es en los centros de enseñanza donde mayor uso se le da a las obras, y por lo mismo es tan compleja su regulación. En la práctica y a la vista de toda la sociedad, los establecimientos escolares hacen diariamente en todos los países millones de fotocopias de material protegido, se interpretan o ejecutan obras, se utilizan transmisiones de radio o televisión, se utilizan videos y programas de computadoras, se comparten estudios e investigaciones científicas, en muchos casos estos usos van acompañados de la reproducción de la obra³⁶; si la ley no ha establecido un uso basado en excepciones se infringe el Derecho de Autor; muchos de los usos planteados para la enseñanza parten de la posibilidad de realizar una copia privada. El convenio de Berna a este respecto establece en su artículo 10.2, que:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

Las legislaciones internas han desarrollado esta excepción para la enseñanza de las más

³⁴ COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 108

³⁵ HUGENHOLTZ. Op. Cit. Pág. 3

³⁶ BARTOW, Ann . "Educational fair use in Copyright: reclaiming the right to photocopy freely". 60 U. Pitt. L. Rev. 149 (Fall 1998)

variadas formas, Estado Unidos por su parte, en su *Copyright Act*, en la Sección 107 establece que la enseñanza (incluyendo las copias utilizadas en las aulas), la erudición y la investigación son parte de las actividades respecto de las cuales puede excusarse en virtud de la doctrina del *fair use*, cuyos límites se definieron en el *Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions*³⁷, producto de la negociación entre autores y editores, por un lado, y los educadores, por otro; en este documento se establece por ejemplo que se permite en ciertas circunstancias, la realización de una sola copia empleada por un maestro y la ejecución de copias múltiples utilizadas en clase³⁸. Aun cuando la fotocopia de obras para clases es un uso educativo de naturaleza no lucrativa³⁹, los tribunales en Estados Unidos han sostenido que la copia aunque sea educativa si se realiza en un establecimiento comercial, se convierte en comercial al generar un beneficio al dueño del establecimiento en el que se realiza⁴⁰.

En lo que respecta a la educación a distancia Estados Unidos aprobó en 2002 una reforma a su *Copyright Act*, conocida como *Teach Act*⁴¹, que buscaba dar respuestas a la necesidad de regular la difusión de las obras que por este medio se hacía mediante redes digitales. La *Teach Act* permite a los organismos gubernamentales y a las instituciones educativas sin ánimo de lucro reconocidas transmitir y mostrar casi todos los tipos de obras no dramáticas en el contexto de actividades de enseñanza a distancia⁴²; para su implementación las instituciones educativas deben cumplir las condiciones siguientes: se deben prever una serie de medidas técnicas para limitar el acceso a los materiales con objeto de garantizar que

³⁷ Acuerdo sobre las directrices para la realización de copias destinadas a las clases en las instituciones de educación sin fines de lucro. House Committee Report on the 1976 Copyright Bill (House Committee on the Judiciary, House Report N° 94-1476 to accompany S. 22, 94th Cong., 2d Sess., 3 de septiembre de 1976, Pág. 65-74.

³⁸ De igual forma se acordó la *Guidelines for Educational Uses of Music* (Directrices para usos educativos de la música)

³⁹ STERLING. Op. Cit. Pág. 353

⁴⁰ PRINCETON UNIV. PRESS V. MICHIGAN DOCUMENT SERVS., INC., 99 F.3d 1381, 1389 (6th Cir. 1996)

⁴¹ Technology, Education and Copyright Harmonization Act, TEACH Act (Ley de armonización de la tecnología, la educación y el Derecho de Autor)

⁴² COPYRIGHT OFFICE (USA). *Technology, Education and Copyright Harmonization ("TEACH") Act* (S. 487). Documento publicado por The Copyright Office de los Estados Unidos el 13 de marzo de 2001 en su sitio web <http://www.copyright.gov> (consultado 25 de abril de 2007)

únicamente los alumnos oficialmente inscritos en el curso pueden acceder al material didáctico, los materiales no podrán ser reproducidos una vez que finalice el curso.

La Unión Europea por su parte ha establecido los parámetros a las excepciones en virtud de la enseñanza en la Directiva sobre Derecho de Autor en la sociedad de la información, según este documento serán válidas siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la necesidad no comercial perseguida⁴³.

Se considera además razones de índole humanitario, cuando la autorización de uso de las obras es para personas discapacitadas, como en el caso de los no videntes y la autorización de reproducir al obra en método Braille para que puedan acceder a la misma. El artículo 44 del reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, establece que no constituye violación la reproducción, interpretación, ejecución, edición, traducción y adaptación de obras para hacerlas accesibles a los sordomudos o invidentes, cuando se realice sin fines del lucro⁴⁴.

Las excepciones en esta área más allá de las consideraciones en materia de *Copyright* o Derecho de Autor parten de la premisa que deben circunscribirse a la investigación o enseñanza, deben respetar en todo caso el derecho de paternidad, limitarse a usos no comerciales y entran a funcionar sólo si no hay manera de obtener autorización del autor.

Los titulares del Derecho de Autor que en materia de usos educativos se oponen a las excepciones a sus derechos, discuten que el uso justo reduce los beneficios de sus publicaciones⁴⁵, por lo que se reducen los incentivos monetarios para emprender la publicación de nuevos trabajos, lo que pone en peligro la creación y difusión de nuevas obras.

⁴³ DIRECTIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (Unión Europea) Artículo 5.3 “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”

⁴⁴ REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. Art. 44 “No constituye violación al Derecho de Autor la reproducción de obras completas o partes de una obra, fonograma, videograma, interpretación o ejecución o edición, siempre que se realice sin fines de lucro y con el objeto exclusivo de hacerla accesible a invidentes o sordomudos; la excepción prevista en este artículo comprende las traducciones o adaptaciones en lenguajes especiales destinados a comunicar las obras a dichas personas”.

⁴⁵ BARTOW. Op.Cit.

4. Uso con fines de información

La divulgación de información actual y veraz es una prioridad para los Estados, por lo mismo cuando esta información proviene de fuentes protegidas por el Derecho de Autor se debe considerar una serie de limitantes, en la medida que no infrinjan el resto de disposiciones de protección a los autores.

El Convenio de Berna en su artículo 10 *bis* establece que:

- 1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.
- 2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.

Dentro de las excepciones correspondientes para fines de información, encontramos:

- a) Reseña de prensa. Se permite su reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se indique la fuente.
- b) Discursos. El artículo 2*bis*.2 permite también a los Estados miembros regular las condiciones por las cuales la transmisión oral de este tipo de obras puede utilizarse con fines de información. Su reproducción se autoriza para informar siempre que sean públicos, sin embargo la publicación de una serie de discursos del mismo autor debe ser hecha con su autorización.
- c) Obras implicadas en acontecimientos públicos. Cuando una obra se implica de manera

casual o accesoria con un acontecimiento público, como por ejemplo en el caso de obras musicales en desfiles o eventos deportivos, en estos casos no se está obligado a dar el nombre del autor.

- d) Retratos. Siempre que se relacione con fines científicos, didácticos, culturales o con acontecimientos públicos, como lo establece la legislación argentina⁴⁶.

Como siempre lo importante es respetar lo dicho por el autor, identificar la fuente y tener claro que la utilización de la obra debe estar justificada por el fin de la información⁴⁷.

5. Otros usos

Siempre enmarcados dentro del interés común se encuentra una serie de excepciones que pueden enlistarse de la siguiente manera:

- a) Usos legales. Las leyes, reglamentos y sentencias son objeto de excepción al Derecho de Autor, independientemente de si su reproducción es con fines comerciales⁴⁸.
- b) Fijaciones efímeras. Es la fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada para un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y utilizada en sus propias emisiones de radiodifusión, Berna lo regula en su art. 11bis 3.
- c) Obras artísticas situadas en lugares públicos.
- d) Parodias. Siempre que no se confunda con la obra originaria, ni sea una parodia del autor. El propósito de despertar hilaridad no debe convertirse en el de hacer daño a la personalidad o la reputación del artista cuya obra es parodiada. En cuanto al elemento material, la extensión de lo extraído no tiene trascendencia. Lo importante es que no entrañe el riesgo de confusión en el público y que no haya un afán de apropiación de la obra original por parte del autor de la parodia⁴⁹. En Estados Unidos se ha sostenido por

⁴⁶ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Ley 11.723 (Argentina) Artículo 31

⁴⁷ RICKETSON. Op. Cit. Pág. 20

⁴⁸ LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (El Salvador). Art. 39 y 40

⁴⁹ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 15

los tribunales que como forma menos ostensiblemente humorística de crítica, la parodia puede ser socialmente provechosa, al arrojar luz sobre una obra anterior y, al mismo tiempo, crear una nueva. Para cumplir con el primer requisito del uso leal, una parodia debe contener algo nuevo, tener otro propósito o un carácter diferente, modificando la obra inicial con una expresión, un significado, o un mensaje novedoso⁵⁰. Sin embargo debe considerarse siempre el respeto al derecho moral.

Sin importar si el sistema es abierto o cerrado las excepciones no deben causar perjuicios a los derechos morales, por lo que su existencia se justifica sólo si esta encaminada a limitar el ejercicio de los derechos patrimoniales; de tal manera que se hacen efectivos luego que el autor ejerza su derecho de divulgación.

El Convenio de Berna (art. 9.2), el ADPIC (art. 13) y los Tratados de la OMPI de 1996, sujetan las excepciones a que las mismas se circunscriban a determinados casos especiales, que tales casos no atenten contra la explotación normal de la obra y, finalmente, que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, lo que se conoce por la doctrina como la regla de los tres pasos.

C. DOCTRINA DE LAS TRES ETAPAS

En el Acta de París del Convenio de Berna se incluye una cláusula mucho más flexible para el establecimiento de limitantes y excepciones al Derecho de Autor, al establecer como regla general de las excepciones, en su artículo 9.2 que:

(...) se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁵⁰ CAMPBELL V. ACUFF-ROSE MUSIC, INC., 114 S. Ct. 1164 (1994)

A lo dispuesto en el artículo 9.2 se le denomina prueba en tres etapas, la misma se reconoce en el ADPIC a todas las excepciones al Derecho de Autor⁵¹.

Artículo 13:

Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

La misma regulación se encuentra del Tratado de la OMPI sobre los Derechos de Autor:

Artículo 10.2

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Las tres condiciones que establecen los anteriores cuerpos normativos son en primer lugar, las excepciones previstas en casos especiales y, por tanto, se prohíben las excepciones generalizadas; las otras dos condiciones (que no atenten a la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor) se deben evaluar en el contexto de cada excepción. No se podrá aceptar la excepción en cuestión si permite que terceros exploten la obra haciendo la competencia a los titulares del Derecho de Autor o si su

⁵¹ Igual disposición se regula en el TLCAN, Art. 1705.5. “Cada una de las Partes circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificadamente a los legítimos intereses del titular del derecho”

aplicación afecta al mercado potencial de la obra⁵².

La finalidad de esta prueba es establecer parámetros a los Estados para el establecimiento de las excepciones en su sistema jurídico; la interpretación de la que son objeto debe tener en cuenta la finalidad del Derecho de Autor y el equilibrio de intereses del que se ha hablado.

1. La interpretación de las Tres Etapas por la OMC

La relevancia de la aplicación de la prueba de las tres etapas, ha trascendido la escena nacional, al ser reclamada en ante el Organismo de Solución de Diferencias de la OMC⁵³. En 1999, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos con motivo de una disposición del *Copyright Act*, que establece una excepción al Derecho de Autor para el uso privado de obras musicales por parte de establecimientos comerciales⁵⁴, a este uso lo denominaban uso doméstico.

En un Informe de la Cámara de Representantes de 1976 que acompañaba el proyecto del *Copyright Act* se explicaba que el artículo 110(5), en su forma inicial, se aplica a las interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras, y tiene por objeto eximir de la responsabilidad por Derecho de Autor a toda persona que se limite a hacer funcionar, en un lugar público, un receptor común de radio o televisión de un tipo que se vende corrientemente

⁵² DUSOLLIER, Op. Cit. Pág. 11

⁵³ WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial. 15 de junio de 2000

⁵⁴ COPYRIGHT ACT (Estados Unidos). Sección 110.5 apartado B

Esta excepción se aplica siempre que no se trate de un establecimiento de servicios de comidas y bebidas, que el establecimiento en que se efectúa la comunicación tenga una superficie bruta inferior a 2.000 pies cuadrados brutos (186 m²).

Esta excepción también se aplica al mismo tipo de establecimiento, pero con una superficie bruta igual o superior a 2.000 pies cuadrados brutos, siempre que la ejecución se efectúe por medios limitados. Estos medios son los siguientes: si la ejecución se efectúa únicamente por medios sonoros, se admiten no más de seis altavoces, de los cuales no más de cuatro podrán estar situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente; si la ejecución se efectúa por medios audiovisuales, la parte visual de la ejecución o representación deberá comunicarse mediante no más de cuatro dispositivos audiovisuales, de los cuales uno como máximo podrá estar situado en una misma habitación, ninguno podrá tener una pantalla de una dimensión superior a 55 pulgadas (15 cm) de diagonal, y la parte sonora de la ejecución deberá comunicarse mediante no más de seis altavoces, de los cuales no más de cuatro podrán estar situados en una misma habitación o en el espacio exterior adyacente.

al público para su utilización privada⁵⁵.

Para poder aplicarse, esta excepción tiene que cumplir con tres condiciones: no debe realizarse ningún cobro directo para poder ver u oír la emisión o la retransmisión; la emisión o la retransmisión no se retransmite a su vez fuera del establecimiento en que es recibida; la emisión o la retransmisión cuenta con licencia del titular del derecho del autor de la obra que de este modo se ejecuta o representa en público.

El fundamento básico de esta cláusula consiste en que el uso secundario de la transmisión que resulta de poner en funcionamiento un receptor común en público es tan remoto y mínimo que no corresponde imponer otra responsabilidad⁵⁶.

La enmienda de 1998 agregó una nueva parte B) a la sección 110(5), llamada exención empresarial que exonera, en determinadas condiciones, la comunicación por un establecimiento de una transmisión o retransmisión que incorpore la interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público, originada en una emisora de radio o televisión autorizada con ese carácter por la Comisión Federal de Comunicaciones; o, si se trata de una transmisión audiovisual, en un sistema de cable o de difusión mediante satélite.

Los beneficiarios de la exención empresarial son los establecimientos que no son de servicios de comidas o bebidas, y los establecimientos de servicios de comidas y bebidas⁵⁷.

Si la superficie de un establecimiento excede de los límites, la exención se aplica siempre que el establecimiento no supere las restricciones impuestas al equipo utilizado (no existe ninguna superficie máxima).

⁵⁵ WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial. 15 de junio de 2000, Pág. 4.

⁵⁶ TWENTIETH CENTURY MUSIC CORP. V. AIKEN, 422 U.S. 151 (1975). Los factores considerados para establecer la exención se basan en gran medida en las circunstancias del asunto Aiken, para el tribunal el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no incurría en responsabilidad por difundir música mediante un receptor de radio con salidas a cuatro altavoces instalados en el techo; la superficie del local era de 1.055 pies cuadrados (98 m²), de los cuales estaban abiertos al público 620 pies cuadrados (56 m²). El Informe de la Cámara de Representantes califica la situación de hecho del asunto Aiken como "límite máximo de la exención" que figura en el artículo 110(5). Esa exención se conoció con el nombre de "exención de uso doméstico".

⁵⁷ En cada una de estas categorías quedan exonerados los establecimientos que no alcanzan determinado límite de superficie, con independencia del equipo que utilicen. Los límites son de 2.000 pies cuadrados (186 m²) para los establecimientos de comercio minorista y de 3.750 pies cuadrados (348 m²) para los restaurantes.

Los países europeos consideraban que esta excepción no estaba en conformidad con el ADPIC, ya que no se justifica por ningún Tratado internacional. Por consiguiente, consideraban que esta excepción causaba un perjuicio a los intereses legítimos de sus nacionales, titulares de Derecho de Autor⁵⁸.

Estados Unidos justificaba la sección en comento alegando que se enmarcaba dentro de la doctrina de las excepciones mínimas aceptada por Berna en su artículo 11 *bis*. 2:

2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

Se determinó sin embargo, que esta disposición no es aplicable al caso. La OMC estableció un Grupo Especial encargado de emitir conclusiones y recomendaciones sobre este litigio, el 27 de julio de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC adoptó el informe de este Grupo Especial según el cual todos los derechos contemplados en el ADPIC (derechos de reproducción, derecho de representación, etc.) pueden ser objeto de excepciones siempre y cuando estas limitaciones satisfagan las exigencias de la prueba de las tres etapas (es decir, que estén circunscritas a determinados casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos)⁵⁹.

...es suficiente que una limitación o excepción a los derechos exclusivos previstas por el Artículo 11*bis* (1)... tal como están incorporadas al Tratado ADPIC satisfagan las tres

⁵⁸ ABARZA, Jacqueline y Jorge Katz. "Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC". División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Red de Reestructuración y Competitividad. Disponible en <http://www.eclac.org> (consultado 7 de mayo de 2007)

⁵⁹ Ante la negativa de Estados Unidos de cumplir lo dispuesto por el Órgano de Solución de Controversias, OSD, se realizó un arbitraje; las observaciones no se cumplieron según lo dispuesto y el 23 de junio de 2003, los Estados Unidos y la Comunidad Europea comunicaron al OSD que habían llegado a un acuerdo temporal mutuamente satisfactorio. OMC, Información disponible en la dirección electrónica http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm (Consultada 20 de abril de 2007)

condiciones contenidas en el Artículo 13 para que estén permitidas. Si estas tres condiciones son satisfechas, un gobierno podrá escoger entre las diferentes opciones para la limitación del derecho en cuestión, incluyendo el uso libre de pago y sin el consentimiento del titular de los derechos.

De manera adicional se determina que esta doctrina de las pequeñas excepciones se ha incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 de su artículo 9, junto con las disposiciones del Convenio de Berna.

Toda excepción de minimis de los derechos conferidos por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1 del artículo 11bis debe estar sometida al requisito de pagar una remuneración equitativa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11bis, y ninguna excepción a los derechos reconocidos en el párrafo 1 del artículo 11bis puede permitir el uso sin remuneración, aunque se cumplan los tres criterios enunciados en el artículo 13

El Grupo Especial determinó que la exención de uso doméstico contenido en la parte A) de la sección 110(5) no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos en el sentido de la tercera condición del artículo 13; no así la exención empresarial. Lo realmente importante de este caso es la manera en la que se retoma esta doctrina, revitalizándola y estableciendo que aun cuando puede ser deseable para los titulares de las obras límites taxativos, la sociedad en constante cambio necesita flexibilidad a la hora de acceder a la información.

México tiene una regulación similar, al establecer en su artículo 150 de la Ley Federal del Derecho de Autor que:

Artículo 150.- No se causarán regalías por ejecución pública cuando concurren de manera conjunta las siguientes circunstancias:

- I. Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados;
- II. No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios;
- III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y

IV. El receptor sea un causante menor o una microindustria.

Sin embargo en este caso, como ocurrió en lo relativo al uso doméstico de la sección 107 A del *Copyright Act*, no se infringe el derecho al ser aplicable la doctrina de las tres etapas, en el sentido que no se causa perjuicio al titular del derecho, al menos no uno significativo.

2. Las Tres Etapas

De lo anterior se desprende la importancia de esta doctrina, ahora toca estudiar los alcances de la misma. Al atender a los supuestos de la doctrina de las tres etapas, se debe considerar los siguiente:

a) Casos Especiales

Los adjetivos “determinado” y “especial” sugieren que todas las excepciones al derecho de reproducción realizadas en virtud del Artículo 9.2) deben ser limitadas⁶⁰.

En primer lugar, toda excepción deberá limitarse a un caso especial, es decir, una situación excepcional o esporádica frente a las situaciones habituales y generales de explotación de la obra. Además, la excepción aplicable a un caso especial no deberá atentar a la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.

El Grupo Especial de la OMC consideró adicionalmente que una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo, en este sentido Ginsburg⁶¹ afirma de una manera convincente que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco del segundo y tercer criterio, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor. También algunos comentarios respaldan el planteamiento adoptado en el artículo 9.2 y por ello se afirma que la opinión más conveniente es que la frase

⁶⁰ RICKETSON. Op. Cit. Pág. 22

⁶¹ GINSBURG, J., “Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions”. *Revue internationale du droit d’auteur*, enero 2001

“determinados casos especiales” no debería interpretarse en el sentido que también requiera algún tipo de “propósito especial”⁶².

b) Que no atente contra la explotación normal de la obra.

En segundo lugar, la exclusión no debe entrar en conflicto con la explotación normal de la obra. El titular está facultado para ejercer sus derechos plenamente, sin estar limitado de una u otra manera por la presencia de una excepción, esto implica examinar la situación actual y desestimar los posibles modos de explotación que puedan surgir en el futuro.

Las excepciones tendrán que tener un carácter evidente de interés público que vaya más allá de los intereses puramente individuales de los usuarios del Derecho de Autor, en consonancia con lo estipulado en otros apartados del Convenio según la cuales no se debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (derechos patrimoniales y derechos morales, estos últimos en el contexto de Berna, ya que el ADPIC no los reconoce).

c) Perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Finalmente, la exclusión no debe perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. El que se diga un perjuicio injustificado permiten establecer excepciones que puedan ocasionar un perjuicio importante o sustancial a los intereses legítimos del autor, siempre y cuando la excepción satisfaga de otro modo la primera y segunda condición estipuladas en el Artículo 9.2 y que sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, es decir, no sea injustificada, como en el caso de las licencias obligatorias. Una manera de qué son los intereses legítimos, es considerar el valor económico de los derechos⁶³.

Lo que ésta doctrina busca es el equilibrio de los intereses de manera que aun y cuando reconoce la necesidad de limitar el Derecho de Autor, también fija límites a las excepciones que parte de evitar perjuicios al autor o al titular del derecho.

⁶² RICKETSON. Op. Cit. Pág. 23

⁶³ “el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del Derecho de Autor”.

Una vez determinados los supuestos y consideraciones que se emplean para determinar las excepciones al Derecho de Autor partiendo de las obligaciones internacionalmente contraídas, procede estudiar la doctrina del *fair use*, que se emplea en los Estados Unidos, para las consideraciones puntuales sobre posibles excepciones al *Copyright*.

D. FAIR USE

El *Fair use*, propio de los Estados Unidos, es ampliamente conocido como una doctrina bajo la cual las obras protegidas por el *Copyright* pueden ser usadas sin permiso y aún en contra de los deseos del titular⁶⁴.

La piedra angular del *fair use* es la protección exclusiva de la expresión de las ideas y no de las ideas en sí, lo que es común con el Derecho de Autor, pese a esto la diferencia que se marca entre estos criterios en la práctica es cada vez más compleja.

Para ilustrar lo anterior, en el proceso *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*⁶⁵, el la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos debía decidir si la publicación de fragmentos de un manuscrito no publicado de las memorias del Presidente Ford por la revista *The Nation* podía justificarse en virtud de la doctrina del *fair use*. *The Nation* sostuvo que el interés del público por conocer las memorias del Presidente, garantizado en virtud de la Enmienda Uno, era más importante que el Derecho de Autor. Tras examinar los hechos en el contexto del *fair use*, el Tribunal dictaminó que la reproducción de fragmentos de las memorias por "The Nation" no se enmarcaba en sus supuestos.

Actualmente, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de aquél país ha determinado que de la doctrina del uso leal en *Harper & Row* sigue constituyendo un precedente válido. Por ejemplo, al examinar la extensión y hasta qué punto es esencial el fragmento utilizado de la obra original, los tribunales determinan si dicho uso, centrado en los elementos más expresivos de la obra, excede el necesario para divulgar los hechos y si la parte

⁶⁴ ROSEMONT ENTERS. V. RANDOM HOUSE, INC., 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966)

⁶⁵ HARPER & ROW PUBLISHERS, INC. V. NATION ENTERPRISES. 471 U.S. 539 (1985)

copiada constituye el fondo de la obra protegida⁶⁶.

Para determinar si el uso que se haga de una obra en cualquier caso en particular es un *fair use*, los factores a considerarse deberán incluir los siguientes:

- a) Propósito. El propósito y carácter del uso, incluido el de si ese uso es de naturaleza comercial o tiene fines educativos no lucrativos. Si la reproducción se realiza para obtener beneficios con una finalidad comercial no se aplica el *fair use*. Una importante consideración es que, mientras que la presencia de fines comerciales imposibilita la aplicación del *fair use*, la ausencia de motivos comerciales aun cuando haya un propósito educativo, no determina concluyente que exista *fair use*⁶⁷.
- b) Naturaleza de la obra protegida. Se refiere al carácter de la obra si la misma es objeto de protección o no, por lo que debe considerarse cada caso de manera particular. Como se mencionó en el caso *Sega v. Accolade*⁶⁸ no todas las obras son susceptibles del mismo nivel de protección.
- c) Cantidad sustancial utilizada en relación con la obra protegida en su conjunto. La consideración sustancial de las copias va desde una parte de la obra a su reproducción completa, sin embargo una copia completa no se considera *fair use*, ni siquiera cuando tiene fines educativos, ahora bien, no sólo debe considerarse la proporción sustancial de la obra sino además si este uso contiene la esencia o idea principal de la obra que se copia.
- d) Efecto potencial que se tenga en el mercado o el valor de la obra protegida. Para muchos autores este es el principal elemento de la doctrina del *fair use*.

La importancia del *fair use* parte de las consideraciones judiciales que se desprenden en cada caso, algunos autores consideran que esto genera inseguridad por al indeterminación del mismo, sin embargo es fruto de un sistema jurídico anglosajón, que si bien no es perfecto, si

⁶⁶ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 10

⁶⁷ SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982)

⁶⁸ SEGA ENTERPRISES LTD V. ACCOLADE, INC. 977 F.2d 1510 (1992)

cuenta con los recursos necesarios para aplicar de la mejor forma posible este criterio, además siguiendo lo dicho anteriormente, en un mundo en constante cambio reglas taxativas vuelven difícil la aplicación legal, tanto por la posibilidad de infracción del Derecho de Autor, como por la imposibilidad del autor de acceder a una obra, pues como se ha dicho al ser límites a un derecho legítimo, sobre todo en sistemas cerrados, no se admiten más excepciones que las fijadas en la ley.

Una vez determinados los alcances propios de las excepciones admitidas tanto por el Derecho de Autor como por el *Copyright*, es necesario hacer una reevaluación, de las consideraciones correspondientes a la copia privada como límite al monopolio del autor o titular del derecho; esta es cada vez más compleja, tiene mayores formas de realizarse y por lo mismo es un reto para la regulación internacional.

E. COPIA PRIVADA

Como se mencionaba anteriormente la copia privada es una de las excepciones al Derecho de Autor más compleja, a raíz de los avances tecnológicos y la globalización del conocimiento en Internet, su regulación se ha vuelto de gran importancia para los titulares de los derechos, quienes han cabildeado en busca de soluciones al problema de la reproducción ilegal.

Esta excepción surge inicialmente ante la imposibilidad de los autores de impedir que el usuario de la obra la reprodujera por sí mismo para uso privado o como respaldo; esta reproducción se realizaba a mano, lo que requería tiempo y esfuerzo; con el devenir tecnológico se contaron con instrumentos que facilitaban el copiado de las obras, es así como surgen las radio grabadoras y los videocasetes, sin embargo la calidad de la copia evidenciaba su origen, sin embargo el desarrollo tecnológico, la creación digital, sin mencionar los

formatos como el MP3 han revolucionado la copia tradicional⁶⁹.

Existen diversos medio de copiado, dispositivos que van desde computadoras hasta teléfonos celulares, pasando por medios un tanto más específicos para esta función como las videograbadoras, o grabadoras de DVD, éstas permiten grabar cualquier programa televisivo, además en algunos casos incluso películas rentadas o prestadas.

Antes de la guerra de protección digital que se vive actualmente y de la que se hablará más adelante, la posibilidad de realizar copias privadas a partir de la oferta televisiva, se discutió en Estados Unidos si estas eran legítimas, en el caso *Sony Corp v. Universal City*⁷⁰, la Suprema Corte de los Estados Unidos concluyó que la mayoría de usuarios utilizaban el Betamax para hacer grabaciones de emisiones de televisión con el objetivo de verlas en otro momento, siendo este *time-shifting* un uso legítimo amparado por la doctrina del *fair use*. Si un aparato para copiar se utiliza para hacer copias de los obras protegidas con fines comerciales o para obtener beneficios, tal uso sería ilegal por lo que una presunción contraria se aplica cuando las copias se hacen para una actividad no comercial o lucrativa.

Aun cuando sigue siendo válido y de mucha riqueza jurídica este caso se enfrenta a nuevas realidades, para cada tipo de obra protegida se encuentran formas de copiado, por ejemplo para los libros esta la copia manuscrita (desfasada hoy en día) y la fotocopiadora; el panorama es más complicado de resolver cuando esos medios son digitales, por la facilidad de su uso y lo cada vez más difundido del mismo, por lo que leyes como la estadounidense buscan fijar los supuestos en los que es válida, como en el caso del software, según esta el usuario podrá realizar copias de los mismos en los siguientes casos⁷¹:

1. Cuando la copia o adaptación es creada como paso esencial en la utilización de un programa en conjunción con una máquina y no se emplea de otra forma.
2. Cuando la nueva copia o adaptación solamente es con propósito de archivo.

⁶⁹ BESEK, June M. "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts". 27 Colum. J.L. & Arts 385 (2004)

⁷⁰ SONY CORP. V. UNIVERSAL CITY. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax). En este caso se determinó que la copia para fines privados consistía *fair use*, cuando se creaba a partir de programas de televisión para ser vistos con posterioridad a su transmisión ("*timeshifting*"), una regulación similar se encuentra en la legislación inglesa.

⁷¹ COPYRIGHT ACT, Sección 117

Así como éste se encuentran los más diversos casos, todos buscando dar salidas legales que impidan la infracción del Derecho de Autor; por lo mismo se dictan supuestos en los que actúa la ley y se dan permisos a los usuarios de las obras para la reproducción de las mismas, admitiendo o no una remuneración a cambio de la copia privada.

Cuando a cambio de la reproducción permitida hay una remuneración se le conoce a este uso como licencia obligatoria⁷², esta remuneración no corresponde a quien realiza la copia sino al fabricante del aparato por medio del cual se realiza la copia, como dice Lipszyc el pago no es por el uso concreto sino por la posibilidad que esos aparatos ofrecen para realizar copias⁷³, quien recibe la remuneración será el titular del derecho a quienes perjudica la explotación de la obra, que suele fijarse sobre la venta del aparato que copia y sobre los materiales de reproducción (CD, videocasete, etc.), es la legislación nacional la encargada de delimitar los alcances de la retribución y los mecanismos para hacerla efectiva⁷⁴.

Se estudia a continuación el sistema de retribución o pago por copia privada.

1. Levy System (pago por copia privada)

Las grabadoras de sonido y de video impactaron contra la protección del Derecho de Autor al llenar el mercado de copias idénticas a las obras, pese a la protección que les otorga el Derecho de Autor, a raíz de esto y como se mencionaba anteriormente, ante la posibilidad de determinar si la copia privada se maneja como excepción o como licencia, muchos Estados han optado por imponer retribuciones sobre las maquinas y medios de reproducción de las obras, como fotocopiadoras, grabadoras de sonido, incluso para los CD.

El *levy system* o el pago de un canon por copia privada es una tasa aplicada a diversos medios de grabación y cuya recaudación reciben los autores, editores, productores y artistas en

⁷² GOLDSTEIN, Paul. "International Copyright. Principles, Law and Practice". Oxford University Press, 2001. Pág.312

⁷³ LIPSZYC, Op. Cit. Pág. 242

⁷⁴ Caso por demás interesante lo representa la Unión Europea, la mayor parte de países que la integran tienen sistemas de compensación salvo el Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo, por lo que en virtud del principio de no discriminación imperante un autor inglés en Alemania recibe una retribución por las copias que se realicen de su obra, mientras que un autor alemán no obtiene compensación por la misma causa en Inglaterra.

compensación por las copias que se hacen de sus trabajos⁷⁵; esta remuneración por copia privada, busca compensar los derechos que se dejaron de percibir por la reproducción de la obra en el ámbito privado.

El derecho a la remuneración en beneficio de los autores y titulares de derechos conexos no fue creado como una compensación al derecho de copia privada, sino como una compensación al reconocimiento legal de la excepción de copia privada⁷⁶.

Cada Estado determina la forma de aplicación de esta retribución a los autores, algunos optan por cargar un porcentaje a los equipos de reproducción (fotocopiadoras, grabadoras de audio o video, entre otras); o a los dispositivos en los que se graba en blanco y en caso de venta de equipo de reproducción y almacenamiento a partir de las copias realizadas⁷⁷. En Bélgica el pago compensatorio se ha establecido sobre el tiempo de reproducción o almacenamiento de los dispositivos, en España y Alemania el pago se hace sobre la venta del equipo⁷⁸, como en Estados Unidos, en donde la remuneración procede bajo las circunstancias previstas por la *US Digital Home Recording Act*, la que requiere el pago sólo en relación a los dispositivos de grabado de audio digital y multimedia, sobre el pago establece en la sección 1004 párrafo (a)(1) que:

Las regalías a las que se refiere la sección 1003 para cada dispositivo para grabar de audio digital, importado o distribuido en los Estados Unidos o cuya manufactura se realice en los Estados Unidos será de un 2 por ciento sobre el precio de transferencia. Solo la primera persona que manufacture y distribuya o importe y distribuya cada dispositivo deberá requerir el pago de la regalía que corresponda a ese dispositivo.

Uno de los principales problemas que surgen ante la regulación incesante del Derecho de Autor es que cuando coexisten un sistema de compensación por la copia privada y a la vez se

⁷⁵ PESSACH, Guy. "An international-comparative perspective on peer-to-peer file-sharing and third party liability in Copyright Law: framing the past, present, and next generations' questions". 40 Vand. J. Transnat'l L. 87 (2007)

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A

⁷⁷ STERLING. Op. Cit. Pág. 352.

⁷⁸ HUGENHOLTZ Berna, et al. "The Future of Levies in a Digital Environment". Institute for Information Law Amsterdam. Marzo 2003. Disponible en www.ivir.nl (consultado 20 de abril de 2007)

reconoce la protección de medidas tecnológicas de acceso a las obras, los usuarios podrían terminar pagando por la compra del artículo con el cual realizar la copia privada y además del pago que se realiza directamente al titular en un concepto similar; peor aún podría pagarse por el derecho a realizar una copia privada cuando se adquiere el medio para hacerlo y no poder copiar la obra por las medidas tecnológicas que posee⁷⁹, algo como lo que sucede con las películas contenidas en DVD protegidos. Ante este planteamiento el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dijo que:

... el hecho de que una remuneración por copia privada haya sido pagada supuestamente por el usuario no significa que el legislador haya querido crear una relación entre la remuneración y el derecho de copia privada. En efecto, con arreglo a la legislación, la remuneración debe realizarse para cada aparato que permita la reproducción de obras sonoras y audiovisuales, cualquiera que sea la utilización efectiva de dicho aparato, es decir independientemente de que éste sirva para realizar una copia privada o no. Por lo tanto, la remuneración no es proporcional a la utilización de los aparatos de reproducción.⁸⁰

Lo complejo de los avances tecnológicos ha llevado a los titulares, en los países desarrollados, a buscar protección legal en aspectos no contemplados inicialmente ni por el Derecho de Autor, ni por el *Copyright* y que responde exclusivamente a medidas de protección tecnológica para el uso y acceso de las obras.

F. MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

En el entorno digital se ha visto la evolución más interesante del Derecho de Autor desde la creación de la imprenta, ya que permite la creación de copias exactas de las obras con

⁷⁹ ALFANO, Kenneth M. "Copyright in exile: restoring the original parameters of exclusive reproduction". 11 J. Tech. L. & Pol'y 215 (2006)

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A

la misma calidad que la original y en muchos casos con la posibilidad de hacer modificaciones a las mismas; han sido estas posibilidades de copia y modificación las que llevaron a los titulares de las obras a crear medidas tecnológicas que limitaran el uso de estas a usuarios autorizados y en condiciones permitidas⁸¹; los métodos de encriptación y otras técnicas similares permiten a los titulares de derechos controlar con mayor eficacia el uso que se hace de sus obras. Algunas de esas técnicas pueden traer consigo el bloqueo total del acceso a las obras, mientras que otras permiten a los titulares vigilar el uso concreto que una persona hace de una obra protegida por el Derecho de Autor con relativa facilidad⁸².

Ahora bien que las medidas de protección existan no es suficiente como para asegurar que no se hagan violaciones a las mismas, por lo que se buscó la protección de estas medidas, lo que va más allá de la protección que otorga el Derecho de Autor.

La búsqueda de protección encontró eco en el ámbito internacional antes que en el nacional, así, los Tratados de la OMPI de 1996 incluyen por primera vez disposiciones sobre la protección de medidas tecnológicas; su finalidad es impedir, en el entorno de la red digital, el acceso sin autorización a las obras protegidas por el Derecho de Autor, o el uso no autorizado de esas obras.

El artículo 11 del Tratado de la OMPI⁸³ sobre Derecho de Autor estipula que:

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

⁸¹ En este punto cabe destacar que los autores de las obras rara vez tienen que ver con las medidas tecnológicas, son en este caso las grandes empresas con grandes intereses en el mercado quienes han cabildeado su implementación legal; sin embargo no debe olvidarse que en el Copyright se reconoce la autoría de las obras a personas morales y físicas, por lo que la salvedad expuesta aplica al Derecho de Autor.

⁸² GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 40

⁸³ El artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece una medida similar.

Este artículo exige que dicha protección de las mencionadas medidas se conceda sólo respecto de las tecnologías empleadas para la protección de obras protegidas por el Derecho de Autor, lo que implicaría que no deben aplicarse a obras que se encuentren en el dominio público; por lo que muchos autores consideran que el hecho de eludir una medida a fin de utilizar una obra cuando se es beneficiario de una de las excepciones al Derecho de Autor, no está, en principio, prohibido por el artículo 11 del Tratado en comento.

Los efectos de la ratificación de estos Tratados y de la protección a las medidas tecnológicas varía dependiendo de cada legislación, en Japón la regulación ante la violación de dichas medidas incurre en pena de prisión por la puesta a disposición del público de mecanismos de elusión de las medidas⁸⁴, sin embargo no sanciona penalmente la fabricación del dispositivo de piratería ni el hecho de que el usuario final eluda las medidas. Contrario a las disposiciones japonesas en Australia se sanciona la fabricación de los dispositivos que eluden las medidas de protección y el ofrecimiento de estas medidas no la elusión en sí misma.⁸⁵

La Unión Europea en su Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información de 2001 prohíbe no solamente el comercio de las tecnologías de elusión de la protección, sino también el acto de elusión en sí mismo cometido por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo⁸⁶; un detalle a considerar es que se exige que la medida de protección sea eficaz.

En el contexto de la protección digital se habla del *Digital Rights Management*, DRM, que es un sistema que previene o impide que los usuarios copien contenido digital, de tal forma que se ha configurado un nuevo sistema de comercio según el cual los usuarios pagan por acceder a las obras⁸⁷; estos componentes se encuentran en reproductores de DVD, CD y en

⁸⁴ LEY SOBRE DERECHO DE AUTOR (Japón). Traducción no oficial al inglés disponible en el sitio Web del Copyright and Information Center: http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html (consultado 10 de abril de 2007)

⁸⁵ Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, Act N° 110 de 2000 (Australia)

⁸⁶ Directiva 2001/29/CE. Art. 6.1

⁸⁷ BECHTOLD, Stefan. "Digital Rights Management in the United States and Europe". 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004)

decodificadores de televisión, servicios en línea como iTunes de Apple, ebooks y sistemas operativos de aparatos móviles, de esta forma controlan el acceso y copiado de sus obras. El acceso por medio del DRM obedece a las más diversas formas como encriptados, claves de acceso, códigos regionales que además de impedir el copiado identifican el contenido de las obras para determinar la autenticidad de las mismas y permitir su reproducción en el dispositivo protegido.

1. *Digital Millenium Copyright Act*

Para superar las dificultades que presenta la copia digital los titulares de los derechos han buscado la aplicación de medidas que aseguren la efectividad del *Copyright*, es así como se cabildó en el Congreso estadounidense la expansión de la aplicación de las sanciones por infracción al *Copyright*. Las medidas de protección surgen para controlar el acceso de ciertas obras y prevenir el copiado de las mismas sin autorización⁸⁸.

Lunney considera que cuando las compañías comenzaron a introducir controles tecnológicos (en la mitad de la década de los 80) se enfrentaron a una serie de dificultades, primero rápidamente se descubrieron las llaves de acceso, estas llaves eran baratas y de fácil adquisición, lo que permitió copiar las obras que las contenían; segundo cuando como respuesta generaron encriptaciones más complicadas se desarrollaron sistemas de desencriptado más avanzados y otros medios para derrotar la protección⁸⁹, lo que generó una especie de guerra digital.

Los titulares de los derechos ante la imposibilidad de evitar las violaciones a sus medidas, optaron por medios políticos y legales para detenerlas, es así como el Congreso emite inicialmente la *Audio Home Recording Act* en 1992, AHRA, la que incluía la adopción de limitadas medidas tecnológicas aplicables a dispositivos de grabación de audio digital, sin embargo no tuvo el éxito esperado, por lo que a raíz de la suscripción de Estados Unidos de

⁸⁸ LITMAN, Jessica. "Digital copyright: protecting intellectual property on the Internet". Amherst, N.Y. : Prometheus Books, 2001.

⁸⁹ LUNNEY, Glynn S. "The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813 (2001)

los Tratados de la OMPI de 1996 se emite la *Digital Millenium Copyright Act*, DMCA⁹⁰, en la que se expandió la protección de las medidas tecnológicas a cualquier forma de almacenamiento digital .

En Estados Unidos, el DMCA, añadió un nuevo capítulo al título 17 del Código de Estados Unidos, y entre otras cosas, prohíbe eludir las tecnologías de control de acceso empleadas por los titulares del Derecho de Autor para proteger sus obras. Concretamente, el artículo 1201 establece con todo detalle:

Ninguna persona eludirá una medida tecnológica que controle efectivamente el acceso a una obra protegida en virtud del presente título.

El artículo 1201(a) del *Copyright Act* de Estados Unidos prohíbe eludir toda medida tecnológica que proteja el acceso a una obra declarando ilícitos dos tipos de comportamientos: el acto de elusión en sí y el negocio o tráfico ilícito de medios para eludir la tecnología.

Esta disposición ha suscitado numerosas críticas ya que se considera que crea un nuevo "derecho de acceso" de las obras en favor de los propietarios de derechos⁹¹, ya que cada acceso a una obra digital está sometido a las condiciones impuestas por el titular del derecho. Además, el artículo 1201(b) de la Ley prohíbe las actividades preparatorias para eludir una medida tecnológica que protege el uso de una obra.

Antes de la DMCA en el caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*⁹², comentado anteriormente, se consideró que habría infracción por la distribución de mecanismos para la reproducción de obras protegidas, cuando el dispositivo no era apto para

⁹⁰ Comenta Garza Barbosa que "Se ha establecido que esta protección legal a los mecanismos de protección tecnológica, son producto del cabildeo de titulares de Derecho de Autor de los Estados Unidos, quienes al no tener el soporte interno en su país para lograr que se emitiera el Digital Millenium Copyright Act, acudieron a la arena internacional, en donde obtuvieron lo que buscaban y que el DMCA, que es la implementación de estas obligaciones internacionales por parte del Congreso Norteamericano, sobrepasa por mucho las obligaciones dictadas por el tratado internacional". GARZA BARBOSA, Roberto. "Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?". Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 12, abril de 2005. Pág. 273.

⁹¹ WERRA, J. de. "The legal system of technological protection measures under the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other national laws (Japan, Australia)", RIDA 2001/189, pág. 104

⁹² SONY CORP. V. UNIVERSAL CITY. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax)

un uso que implicara infracción, por lo mismo era cada vez más difícil probarla para los titulares; Lunney⁹³ indica como ejemplo de lo complejo del asunto el hecho que de aplicarse el estándar Sony Corp, en un caso donde se intente detener la distribución de una clave de descifrado, las cortes probablemente determinarían que no hay una infracción, sin embargo bajo la sección 1201(a)(2), la producción o distribución de una clave de descifrado puede violar la DMCA.

Las medidas propuestas por la DMCA tienen dos dimensiones: primero distingue entre medidas de protección tecnológica como los controles de acceso y las medidas de protección de los derechos de los titulares, llamados controles de uso; segundo, distingue entre las actuales medidas de protección y las actividades preparatorias, en particular la producción y distribución de las herramientas que se usan para eludir dichas medidas⁹⁴. La primera prohibición, contemplada en la sección 1201(a)(1), prohíbe el acto consistente en la elusión de una medida tecnológica de protección usada por el titular de derechos de autor para controlar el acceso a sus obras (“control de acceso”). Así, por ejemplo, esta disposición hace ilegal vulnerar los sistemas de encriptado usados en los DVD. De usarse un programa para descifrar un DVD, con propósitos educativos, bajo las premisas del *fair use* no habría infracción, sin embargo bajo las estipulaciones de la DMCA descifrar el DVD viola las medidas de protección y por lo tanto no aplica el *fair use*⁹⁵.

Con relación a este punto puede citarse el caso *Universal City Studios v. Reimerdes*⁹⁶, en el cual ocho grandes estudios cinematográficos entablaron una acción judicial contra operadores de páginas web por haber incitado a la copia y haber puesto a disposición del público un programa informático llamado DeCSS. Este programa contiene la clave que permite desbloquear el sistema de encriptado CSS⁹⁷ que protege los DVD contra la copia y contra su lectura en aparatos no autorizados. Los jueces consideraron que el sistema DeCSS permitía controlar efectivamente el acceso a las obras mediante lectura en un DVD y que era

⁹³ LUNNEY. Op. Cit.

⁹⁴ BECHTOLD. Op. Cit.

⁹⁵ BOHANNAN, Christina. “Reclaiming Copyright”. 23 Cardozo Arts & Ent LJ 567 (2006)

⁹⁶ UNIVERSAL CITY STUDIOS INC V. REIMERDERS. 111 F.Supp.2d 294 (SD NY 2000)

⁹⁷ Sistema de encriptado de DVD llamado CSS que solo permiten la lectura del DVD en aparatos la tecnología que reconozca sus licencias que permiten ver pero no copiar las películas

un sistema de elusión del CSS creado esencialmente para este fin. En su defensa, el operador de la página Web invocó el *fair use*, pero el Tribunal desestimó la alegación, aduciendo que el *fair use* no se aplicaba a una acción fundada en la DMCA. Finalmente, el Tribunal se pronunció a favor de los demandantes. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, en noviembre de 2001, para el cual el código de un programa informático es susceptible de protección en concepto de la libertad de expresión (Primera Enmienda de la Constitución), pero que en este caso prevalece la DMCA por ser una restricción legítima de esa libertad.

La segunda, secciones 1201(a)(2) y 1201(b), declara ilícita la manufactura, venta, distribución o tráfico de mecanismos y tecnologías que hacen posible la elusión. Estas disposiciones prohíben tanto las tecnologías que vulneran el control de acceso, como también las tecnologías que vulneran las restricciones impuestas por los titulares de derechos de autor, tal como controles de copiado.

En la sentencia del caso *RealNetworks v. Streambox Inc*⁹⁸ se reafirman estos criterios. *Real Networks* había creado un sistema que permitía a los derechohabientes de obras musicales codificar sus obras y comunicarlas a través del servidor *Real Server*. Para acceder a estas obras, los usuarios tenían que recurrir al software *Real Player*, a sabiendas que el servidor sólo permitía la lectura de los archivos a los clientes exclusivos de este software. *Stream Box* elaboró el *Stream Box VCR* que induce a error el *Real Server* y sustituye el *Real Player* consiguiendo, de este modo, que el servidor le comunique las obras; además, el *Stream Box VCR*, contrariamente al *Real Player*, permite que los usuarios hagan copias de las obras, incluso cuando los titulares de los derechos se oponen a las mismas. El demandante invocó la violación de la legislación sobre el *Copyright* por parte de *Stream Box*. Para el Tribunal, el *Stream Box VCR* es un sistema de elusión de las medidas de protección puestas a punto por *Real Networks*, creado exclusivamente con este fin, ya que el dispositivo no tiene ninguna otra finalidad comercial significativa.

Las implicaciones de esta ley llevaron una modificación del sección 108(c) de la *Copyright Act*, de esta forma se permite a las bibliotecas la realización de copias de una obra

⁹⁸ REALNETWORKS, INC. V. STREAMBOX, INC., 2000 WL 127311 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000)

cuando se para sustituir una obras dañadas, en vías de deterioro, que ha sido robada, o si el formato en que está guardada la obra se ha vuelto obsoleto⁹⁹, siempre que se haya realizado un esfuerzo razonable para reponer al obra sin que sea posible hacerlo a un precio justo; y que dicha copia o grabación sonora reproducida en formato digital no se ponga a disposición del público fuera de los locales de la biblioteca o archivo a los que incumbe la posesión legítima de dicha copia.¹⁰⁰

El artículo 1201(c)(1) dispone que "nada en el presente artículo afectará a los derechos, recursos, limitaciones, o defensas contra la infracción del Derecho de Autor, incluido el *fair use*, dentro de este título", sin embargo no es aplicable a la elusión de una medida tecnológica de protección del acceso a una obra dado que el acceso no es un derecho protegido en el marco del *Copyright Act*. En efecto, de la jurisprudencia reciente de los tribunales estadounidenses se desprende que el *fair use* no constituye una defensa frente a actos de elusión de medidas tecnológicas; lo anterior está generando inconformidades en los sectores académicos que consideran que la DMCA limita el desarrollo científico e imposibilita la enseñanza.

Con relación a las posibles excepciones la DMCA¹⁰¹ autoriza al Bibliotecario del Congreso¹⁰² a determinar de manera precisa las obras exentas de aplicación de la sección 1201(a)(1)(A) sobre las medidas de elusión, inicialmente se han exceptuado dos clases de obras, las compilaciones consistentes en sitios Web bloqueadas por programas con aplicaciones de filtrado, y obras literarias que han sido protegidas mediante mecanismos de control que fallan al permitir el acceso por mal funcionamiento, daño o porque se han vuelto obsoletos¹⁰³.

Ante la capacidad cada vez más latente de hacer copias perfectas y económicas, la

⁹⁹ La Ley define el "formato obsoleto" como el que requiere una máquina o dispositivo para hacer perceptible una obra conservada en un formato que ya no se fabrica o no puede obtenerse a un precio razonable en el mercado del lugar.

¹⁰⁰ GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". Op. Cit. Pág. 30

¹⁰¹ SAPP, Heather A. "Garage door openers and toner cartridges: why congress should revisit the anti-circumvention provisions of the DMCA". 3 Buff. Intell. Prop. L.J. 135 (2006)

¹⁰² La cabeza de la Biblioteca del Congreso

¹⁰³ LUNNEY, Glynn S. "The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813 (2001)

DMCA, busca sustituir las demandas por infracción individuales que presupone el *Copyright* por una cerradura tecnológica eficaz contra todos los posibles infractores¹⁰⁴; lleva sus restricciones más allá de las encriptaciones y cerraduras tecnológicas adoptadas por los titulares, ya que prohíbe importar o distribuir tecnología para descifrar que pueda servir para eludir una medida de protección.

Lunney considera que la DMCA confiere a los titulares del Derecho de Autor la misma combinación de control legal y tecnológico para distribuir sus obras de la que gozaba la *Stationers' Company* hace más de trescientos años¹⁰⁵.

Los efectos de la aplicación de medidas tecnológicas aun y cuando son optativas para los Estados parte de los Tratados de la OMPI de 1996, el hecho que se apliquen en Estados Unidos y la Unión Europea vuelve compleja la situación para países como los latinoamericanos, que no han implementado estas medidas, ya que al aplicarse a medios digitales incluyen el Internet que es un medio global de difusión del conocimiento y por lo tanto de acceso mundial irrestricto, de esta forma aun cuando las legislaciones internas no contemplen disposiciones de esta naturaleza deben considerarse ya que por ejemplo Estados Unidos puede ejercer jurisdicción para acciones ocurridas fuera de su territorio de comprobarse la existencia de contactos mínimos en ese país, sumado a la influencia comercial y política que este país ejerce ante sus socios comerciales.

¹⁰⁴ Idem

¹⁰⁵ LUNNEY. Op. Cit. "La Stationers' Company controlaba la copia no autorizada de las obras publicadas a través de la posesión exclusiva de las imprentas, ya que la ley inglesa prohibía a cualquier otro operarlas; la historia parece repetirse con las llamadas medidas contra la elusión (anti-circumvention provisions), la única diferencia se encuentra en la forma antes se controlaba a las imprentas y la tecnología que en eso entonces aplicaban, hoy en cambio se busca controlar la tecnología de descifrado, prohibiendo a otros su uso"

IV. LOS RETOS DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Se ha visto como las diferencias entre *Copyright* y Derecho de Autor perfiladas desde concepciones filosóficas opuestas han creado dos sistemas jurídicos de protección, que aún y cuando se enfocan en objetivos comunes, difieren en procedimientos y aplicación de las normas que contienen.

Quizá lo más complicado de la aplicación de ambos sistemas sea que en un mundo cada vez más globalizado y digital los ciudadanos entran en contacto con regulaciones, que en principio no les serían aplicables, de haber hecho un uso exclusivo en su país y no de manera internacional en Internet.

1. **El papel que juega la regulación internacional en materia de excepciones al Derecho de Autor, frente a la regulación doméstica.**

Hay tres cuerpos normativos básicos que regulan las limitantes permitidas al Derecho de Autor, el Convenio de Berna, el ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que como se mencionó anteriormente fijan los criterios para que cada Estado establezca las excepciones que conforme a lo dispuesto y su sistema jurídico se adapten a su realidad.

Los avances tecnológicos marcan pautas cada día, se vuelven obsoletos, avanzan en el desarrollo y exigen de la legislación flexibilidad para adaptarse a sus cambios o que se adapten a estos, dependiendo de si el sistema de excepciones es abierto o cerrado, este es quizá el mayor reto adaptarse a los avances tecnológicos, responder a la realidad de la sociedad y mantenerse fiel a la finalidad de la protección.

Por un lado el Convenio de Berna, el más importante cuerpo normativo del Derecho de Autor, ha sufrido una serie de modificaciones, la última de ellas en 1976, antes de la revolución del mundo digital o de que se proyectara la importancia del Internet en el devenir diario de la sociedad; además el contener regulaciones sobre derechos morales limitó su aplicación, al punto que ni los Estados Unidos, ni el ADPIC incluyen el artículo 6 *bis*, que los contiene, en sus regulaciones. El ADPIC por su parte se enmarca en la regulación de la apertura comercial de los

Estados al amparo de la OMC, por lo que presenta la más grande ventaja comparativa en relación al resto de Acuerdos en materia de Propiedad Intelectual, la incorporación de un procedimiento de solución de diferencias obligatorio para los Estados; en tercer lugar se encuentra el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que es el parte agua a la regulación de las medidas tecnológica de protección a las obras digitales.

En los tres acuerdos internacionales se establece la prueba de las tres etapas, que es en esencia el más importante parámetro para fijar las excepciones, este es de obligatorio cumplimiento, sin embargo, la aceptación mundial de la prueba de las tres etapas no garantiza uniformidad alguna en su interpretación por los diversos tribunales y legisladores nacionales, ya que la determinación de las mismas obedece a las necesidades y prioridades de cada Estado, lo que genera un enorme problema en el mundo digital, el acceso a la información puede realizarse en cualquier punto del globo, indistintamente de donde se haya publicado la obra o de la nacionalidad del autor o titular de la misma, esto implica que no puede actuarse al amparo de una excepción que puede no existir en los restantes países, desde donde la obra podría ser accedida.

Otro aspecto a considerar es la existencia de sistemas de excepciones abiertos o cerrados, qué tan efectivo puede considerarse uno frente al otro¹; para quienes consideran que los casos especiales deben de determinarse de manera en atención a que la regla siempre ha de ser la existencia de un derecho exclusivo; por otra parte para quienes no puede determinarse el daño ocasionado sino en el estudio de cada caso, son los sistemas abiertos lo que mejor solución dan al problema. La solución no depende de la imposición de un sistema sobre otro, sino en un adecuado balance de intereses para beneficio tanto de la sociedad como del autor o del titular de los derechos patrimoniales.

No hay un sistema totalmente cerrado, no sólo en cuanto al texto de sus leyes, que en algunos casos puede ser mixto, por ejemplo, México además de la delimitación puntual en ciertos casos, abre la consideración para los casos de interés público, lo que da un arma de análisis adicional a los jueces a la hora de evaluar un caso en particular; la Unión Europea, es quizá un ejemplo de lo complejo de la armonización de varios sistemas jurídicos, por lo que además de

¹ DUSOLLIER, Séverine, et al. "Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico". Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007) Pág. 10

delimitar los casos puntuales retoma de manera directa las tres etapas; Estados Unidos, que aun cuando basa su sistema de excepciones en el *fair use*, también establece casos puntuales de excepción en el resto de secciones de su *Copyright Act*, como por ejemplo los usos que permite a las bibliotecas, en la educación a distancia o en el caso de copias privadas, de manera que la solución admitida en los casos que se planteen ante los tribunales debe partir de si la ley reconoce o no la excepción y luego proceder a determinar si ese uso es justo o no.

Además no debe olvidarse que al suscribir el Convenio de Berna, el ADPIC y los Tratado de la OMPI se incorporan los mismos a la legislación nacional, y para el caso de los países que no requieren actos posteriores como el desarrollo de leyes que vuelvan ejecutable un tratado internacional, estos entran a formar parte integrante de sus sistemas jurídicos como cualquier otra norma, y por lo mismo deben ser considerados sus criterios en la solución de los casos concretos, es decir que aunque la ley de Derecho de Autor de que se trate incorpore de manera taxativa las excepciones, los tratados en comento establecen de manera obligatoria que esas excepciones se apliquen a la luz de las tres etapas, misma que debería considerarse al momento de la aplicación de la ley por parte de los jueces nacionales; además como se vio en el caso presentado contra los Estados Unidos ante la OMC, sin importar la manera en la que la ley nacional regula las excepciones, estas siempre han de obedecer a los criterios de las tres etapas.

Por lo mismo las leyes nacionales tienen la obligación de establecer las limitantes propias a su sistema jurídico, manteniendo un equilibrio entre, la retribución del autor como titular originario del Derecho de Autor, la protección de las inversiones realizadas y defender el interés público.

Los retos que afronta el Derecho de Autor no son sólo hacer efectiva las medidas legales de las que se vale, sino adecuar las mismas a las exigencias tecnológicas; se llegó a un punto que no hay persuasión para evitar la infracción de los derechos, ni las amenazas penales, ni las continuas demandas que se presentan en contra de los infractores logran detener la oleada de accesos permitidos y no permitidos en una obra.

Ante lo variado de las infracciones a los derechos, lo complicado del control de la aplicación adecuada de las excepciones reconocidas, lo diverso de las regulaciones existentes y lo complejo de su aplicación en la red digital se ha hablado incluso de la celebración de un nuevo Acuerdo Internacional que armonice y delimite nuevas regulaciones; este planteamiento es

sumamente complicado de llevarse a la práctica, basta ver las discusiones internas en la Unión Europea, por la convergencia de sistemas de Derecho de Autor y de *Copyright*, pese a que las similitudes son más amplias que las que pueda presentar un país africano y uno europeo, las diferentes concepciones en las legislaciones nacionales dificultan la aplicación de las Directivas en la materia, principalmente cuando esta regulación implica adicionalmente protección a la libre competencia en la Unión. Además la negociación de Berna fue lenta y se sometió a un *si fin* de modificaciones, a partir de las agendas de los Estados, y aún así fue preciso limitar su alcance y requerir su cumplimiento de manera obligatoria en el ADPIC para que fuera ratificado por la casi totalidad de países en el mundo².

Los Acuerdos Internacionales fijan los principios sobre los cuales los Estados deben establecer sus regulaciones, no son dinámicos, las leyes nacionales en cambio pueden serlo, y aunque no es deseable un sistema en constante cambio, si lo es uno que no sea tan cerrado que no se adecua a las necesidades de un mundo globalizado, lo que tampoco implica que deba adaptarse a las necesidades de otro Estado, sino a las de su sociedad, de sus autores, que están en contacto directo y diario con el resto de sociedades, por lo mismo las leyes no deben ser tan cerradas que a la larga sean poco prácticas.

Dice Dinwoodie³ que el problema es que los acuerdos solo codifican los estándares nacionales, carecen de medios efectivos de para hacer cumplir sus preceptos, y aunque el ADPIC incluye la Solución de Controversias de la OMC, el comercio internacional no es el medio más idóneo para la regulación del Derecho de Autor; sin embargo ante la ausencia de otro modelo es bien vista por aquellos Estados que ven en la imposición de sanciones comerciales un medio para obligar al cumplimiento; por lo mismo la solución para el caso del uso doméstico y empresarial de fonogramas resuelta en 2000 es un buen paso para la nueva era del Derecho de Autor, ya que el análisis del caso se hizo a partir de criterios netamente de propiedad intelectual.

Otro aspecto que destaca el mismo autor es que la variabilidad de normas en cada país

² ADPIC. Art. 9.1 “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”

³ DINWOODIE, Graeme B. “The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law”. 62 Ohio St. L.J. 733 (2001)

obedece a que los acuerdos internacionales fijan estándares mínimos, lo que a la luz del de la soberanía de cada Estado implica que cada uno crea sus normas esto relaja o endurece la protección.

El problema de leyes que no se adaptan, es que las interpretaciones a las mismas tienen mayor posibilidad de tergiversación, además de la posibilidad de ignorar uno o varios aspectos que si bien no caben en la primera apreciación, no dejan de ser aplicables.

La OMPI, no asumió el papel que le correspondía, por lo que muchos consideran que llegó la hora de crear un nuevo organismo, otros creen que es necesario solamente el reforzamiento de sus acciones y poder, a este punto veo dos problemas, primero crear un nuevo organismo en las condiciones actuales, terminaría enfrentando a los sistemas del Derecho de Autor y del *Copyright*, los países en vías de desarrollo cada día pierden voz y adoptarían lo que sus socios comerciales digan que deben adoptar; en cuanto a reforzarlo, depende de cada Estado y probablemente el menos interesado sería Estados Unidos.

El principal problema sería la armonización de los sistemas, en los aspectos que no están regulados o que admiten regulaciones distintas, como las excepciones al derecho exclusivo del autor, de tan variado reconocimiento.

Considera por lo mismo que debe favorecerse el litigio privado para la solución de controversias, incluso que las cortes estadounidenses apliquen normas internacionales, no solo las nacionales; hasta este punto la solución sigue siendo parcial, y el problema es global, más allá de la reticencia de los jueces y políticos estadounidenses de aplicar sobre sus leyes, normas internacionales, sobre todo de textos completos que incluyan normas que no incluye su ordenamiento, como el caso de los derechos morales. Los cambios propuestos parten de las exigencias europeas, y de la misma OMPI que ha variado su estructura en los últimos años

Creo más bien que lo que debe buscarse es la creación de mecanismos que eviten llegar a la corte, es decir que el uso de las obras no se limite a tal grado que cualquier uso se convierta en un infracción cuya única solución sea dada por un juez.

Quizá el reto más grande en este punto es la autodeterminación y el uso de la soberanía nacional en aras a determinar los alcances que las políticas internas sobre Derecho de Autor y por ende sus límites o excepciones.

2. El papel de las excepciones en el entorno digital

El Internet es un reto para el Derecho de Autor, la facilidad de acceso no diferencia entre obras protegidas y no protegidas, muchos usuarios ni siquiera reparan en que podrían estar infringiendo un derecho exclusivo, ya que todo parece al alcance de un clic.

La copia digital es quizá el más grande dolor de cabeza para los titulares de los derechos por la facilidad de copia, capacidad de almacenamiento, calidad de la reproducción, multiplicación de los soportes (MP3, avi, entre otros)⁴; además, como se mencionaba no hay ningún cuerpo normativo internacional que regule este aspecto, ni los de la OMPI de 1996, que son los más recientes; son por lo mismo las regulaciones nacionales las que deben dar respuestas, la Unión Europea, por su parte ya contempla la posible retribución por copia privada digital, pero ya se vio que esto también presenta múltiples complejidades (¿cuánto tiempo, a quién, de que manera, cómo, a qué tipo de soportes, qué porcentaje, cómo se distribuiría?); por lo mismo se autoriza a los titulares de los derechos a recurrir a medios técnicos operativos, fiables y eficaces para proteger sus intereses, lo que se traduce en la autorización de dispositivos anti copia (medidas tecnológicas de protección), ante esto cabe preguntarse si los propios dispositivos de control deben estar protegidos, los Tratados de la OMPI de 1996 lo permiten, es algo así como que el Derecho de Autor necesitaba medidas técnicas para fortalecer su eficacia y protección, y estas medidas resultaron tan violables como los derechos que protegían, así que necesitaron que el derecho las protegiera de las infracciones de las que son objeto.

Cuando se habla de las múltiples infracciones, también se habla de las excepciones y su aplicación, ya que suelen ser un escudo para el uso de obras protegidas; la copia privada es quizá en este medio lo más complejo, porque si bien es cierto se cuentan con mecanismos para evitarla, se debate si estos mecanismos no son a la larga límites al ejercicio de las excepciones y al interés público.

Sin embargo son tantas las inquietudes alrededor de este tema, no sólo por la eficacia de los mismos, que siempre es puesta a prueba con medidas para lograr el acceso, sino también si realmente puede hablarse de criterios únicos y aplicaciones universales, sobre todo considerando que hay muchos países que no las regulan; además puede o no imponerse, ya que se mezclan

⁴ BESEK, June M. "Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts". 27 Colum. J.L. & Arts 385 (2004)

otros factores no sólo de propiedad intelectual sino de libre competencia, de regulaciones del mercad o libertades individuales; suponiendo que todo se lograra, que pasa con el material que no está protegido, con las creaciones personales, con quienes no buscan retribuciones o reconocimiento de derechos exclusivos, más aún qué pasa con los usuarios, principalmente cuando se restringe el acceso a la cultura y a la información, pues de sobra se sabe que estas medidas restringen el acceso a las obras.

Algunos autores consideran que debe hacerse un regreso a las teorías utilitaristas en que se fundamenta el *Copyright*, para hacer una reevaluación de los alcances que han de aplicarse a las excepciones, en el caso de Estados Unidos a partir del *fair use*. El Derecho de Autor busca desarrollar el conocimiento, proteger la esencia del autor en su obra y facilitar el acceso a las mismas para que se creen nuevas obras a partir de estas; en este punto debería hacerse una reevaluación integral de las legislaciones domésticas; como se mencionó anteriormente es muy complicado celebrar un nuevo acuerdo, poner a los actores de acuerdo⁵, conseguir las ratificaciones, sin mencionar la puesta en práctica; sin embargo nos encontramos ante el surgimiento de una nueva generación de excepciones cuya aplicación depende de interpretaciones que en los casos de sistemas cerrados ni siquiera podrían realizarse.

Esto en casos concretos se materializa de la siguiente forma, ante la existencia del Internet y de mecanismos de copiado cada vez más eficaces, ante la creación de redes que comparten el conocimiento, la necesidad de obtener información que por su precio o distancia no es accesible, ante la indiferencia cada vez mayor ante las continuas infracciones, es de vital importancia la flexibilidad de las excepciones, no tiene mayor sentido que se permita la copia manuscrita si hay medio como el fax o la fotocopidora que maximizan el empleo del tiempo, no me refiero con esto que se elimine, sino que la regulación no sea de por si cerrada.

Ante la dificultad de suscribir un nuevo acuerdo internacional y lo complejo de remodelar a la OMPI, por el perfil medio bajo que ha sostenido estos años debería crearse una ley marco sobre excepciones al Derecho de Autor que contenga estándares uniformes de interpretación, y regulaciones potenciales a las excepciones, para lo cual podría crearse un oficina no internacional

⁵ CASTILLO, Tara E. "Conflicting Beats: Proposing the Adoption of an Additional Obligation Within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement". 7 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 31 (2006)

cuya función sea la de llevar control de las excepciones propuestas y aplicadas por los Estados, que tenga participación gubernamental, civil y de la empresa privada, para que se generen diálogos y discusiones constructivas, se cuente con una base de datos en la materia conteniendo sentencias, procesos judiciales de otra naturaleza pero vinculada, procedimientos administrativos; que facilite capacitaciones a los Estados miembros o sociedades y civiles participantes, que sirva de enlace con la OMC y la OMPI cuando se trate de regulaciones propias de excepción.

Aún falta mucho, reconocer las diferentes infracciones es el primer paso, acceder a información veraz es el siguiente, sin embargo queda claro que se debe hacer una reestructuración mundial de las excepciones, pues como ha quedado demostrado las fronteras han sido prácticamente eliminadas con el Internet y las redes digitales y los sistemas demasiado cerrados como los latinoamericanos no compiten con los desarrollados, ahora bien, no se pretende tener las mismas regulaciones que estos, pero si dejar en claro los alcances de la ley y sus excepciones.

3. Las medidas tecnológicas frente a las excepciones al Derecho de Autor

Aquello que inicialmente parecía ser un paso inocente para asegurar la protección del derecho de autor en un entorno digital, está demostrando ser todo un reto, se considera que se ha creado un nuevo derecho, el derecho de acceso a las obras amparado por las medidas tecnológicas que permite al autor controlar no sólo la explotación, sino el uso de las obras.

Las medidas tecnológicas pueden controlar el acceso a las obras o bien la utilización de las mismas. La DMCA protege las medidas que controlan el acceso a las obras contra los actos que buscan evadirlas, esto es lo que genera problemas frente a las excepciones, porque al restringir el acceso a las obras, reduce las posibilidades de uso reconocidas como contrapartida al monopolio del autor, al maximizar los intereses privados⁶.

El derecho de acceso permite que el titular, una vez divulgada la obra, pueda condicionar el acceso a su acuerdo. Es decir que la obra es objeto de una comunicación al público, pero no puede acceder a ella todo aquel que lo desee⁷, por lo mismo se considera que crea una

⁶ LUNNEY, Glynn S. "The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act". 87 Va. L. Rev. 813. 2001

⁷ LEPAGE, Ann. "Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno

desigualdad entre usuarios, puesto que lo que era posible para un usuario en el entorno analógico, ya no lo es en el digital. En efecto, una persona que compra un libro puede consultarlo sin límites, releerlo tantas veces como quiera, mientras que la persona que adquiere los derechos de consulta de una obra por medio de una transmisión digital, puede tener limitado el número de consultas de la obra, encontrarse frente a la prohibición de hacer copias de la misma, o no poder consultarla más que a partir de un único aparato receptor. Las nuevas tecnologías extienden de manera considerable, el monopolio del titular del derecho: con ellas, el acceso a la obra está supeditado a la voluntad del titular. Las excepciones al Derecho de Autor están limitadas, no así las medidas tecnológicas, por lo que se aplican indistintamente, según los intereses del titular⁸.

En el caso *United States v. Elcom, Ltd*⁹ el Tribunal señaló que la DMCA no elimina la excepción por uso leal, aunque determinadas utilizaciones que corresponden a esta excepción puedan resultar más difíciles, el uso leal no ha sido prohibido. Los propietarios legítimos de obras protegidas pueden seguir realizando todas las utilizaciones libres autorizadas por la ley. Está claro que es posible que esas utilizaciones se hayan hecho más difíciles de realizar en el caso de obras protegidas por medidas técnicas, pero las utilizaciones libres propiamente dichas no han sido eliminadas ni prohibidas. Por ejemplo, nada en el DMCA impide a alguien citar un fragmento sacado de una obra o confrontar textos con fines de estudio o de crítica. Se alega que, desde un punto de vista técnico, sería más difícil hacerlo, habría que citar a mano o copiando el texto, en lugar de copiar y pegar el fragmento a partir del soporte digital. Debe ponerse en duda, pese a lo que recoge la jurisprudencia este uso, pues no puede usarse una obra protegida por una medida para su evaluación, tampoco puede hacerse una copia privada, que es válida como excepción, además si se trata de un software no puede pretenderse que se haga una copia manual del mismo; no debe olvidarse que los usos que se les da a las obras depende de la naturaleza de las mismas.

Además en jurisprudencia comentada se determinó que aun cuando fuera aplicable el *fair use* en virtud del *Copyright Act*, no es aplicable a casos en los que se demande la aplicación del

Digital". UNESCO. e-Boletín de derecho de autor, enero - marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007)

⁸ BECHTOLD, Stefan. "Digital Rights Management in the United States and Europe". 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004)

⁹ UNITED STATES V. ELCOM, LTD. 203 F. Supp. 2d 1111 (2002)

DMCA, es decir que en colisión de derechos, en Estados Unidos ha de aplicarse lo más favorable a las medidas tecnológicas de protección, en consecuencia lo que se admitiría serían las excepciones previstas para la utilización de las medidas no al Derecho de Autor en si mismo.

Imfeld sostiene que el DMCA reduce la protección por *fair use* bajo el *Copyright Act* y obstaculiza la misión de la constitución de “promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles”¹⁰, ya que se ha reconocido el *fair use* como una manera de evitar que los titulares del derecho gocen de un monopolio completo de sus trabajos.

Sostiene la autora que bajo las condiciones del DMCA, la balanza se inclina a favor de los titulares de los derechos, porque falla al no reconocer la importancia de la necesidad del público a acceder a las obras, y en muchos casos a partir de estas crear nuevas, va más allá al considerar que el Congreso estadounidense debe de incluir la protección correspondiente *fair use*, punto muy difícil de lograr, por el peso de las grandes compañías titulares de Derechos de Autor.

Por lo anterior puede considerarse que se está en presencia no de regulación del Derecho de Autor o del *Copyright*, sino de una regulación diferente, de otro tipo de derecho si se quiere, que se vincula al Derecho de Autor en tanto que busca proteger medidas de protección a las obras, sin embargo si se considera que es indistinto que obra se esté protegiendo o si en verdad es una obra, ya que lo importante es la medida de protección y por lo mismo no reconoce las excepciones propias al Derecho de Autor.

Las críticas aumentan cuando aumentan cada vez más los casos en los cuales las demandas amparadas por la DMCA parecen más bien medios de combatir la competencia, *Sony* ha sostenido batallas legales para impedir que sus juegos sean utilizados fuera de sus consolas¹¹, *Lexmark*¹² demandó la utilización de sus chips por distribuidores de cartuchos reciclados que ofrecen sus productos a los consumidores a precios más bajos alegando que era una tecnología que evadía ciertas rutinas de autenticación entre los cartuchos e impresoras *Lexmark*.

¹⁰ IMFELD, Cassandra. “Playing Fair with Fair Use The Digital Millennium Copyright Acts Impact on Encryption”. 8 Comm. L. & Pol’y 111 (2003)

¹¹ SONY COMPUTER ENTERTAINMENT AMERICA, INC. V. CONNECTIX CORPORATION 203 F.3d 596 (2000). En 1999, Sony demandó a Connectix Corporation, el fabricante de Virtual Game Station, un programa emulador que permitía que los juegos de Sony Playstation fuesen jugados en un computador Apple Macintosh. Sony demandó también a Bleem, el líder de ventas del software emulador de Playstation para Windows PCs, en estos casos el Noveno Circuito determinó que la ingeniería inversa empleada para tal efecto se enmarcaba dentro del fair use y por lo mismo era legítima.

¹² LEXMARK INT’L, INC. V. STATIC CONTROL COMPONENTS, INC. 387 F.3d 522 (2005)

Se considera que se está en presencia de un reforzamiento del monopolio que pretendió limitarse¹³, los titulares parecen romper el equilibrio que el legislador ha deseado introducir al regular el monopolio, esto está generando todo tipo de reacciones, crea además un discurso contrario al derecho exclusivo o bien un rechazo total de los derechos de autor y derechos conexos, basta con ver como se pronuncian no sólo los usuarios, sino los estudiosos del tema, sobre todo cuando se afecta incluso obras que ya son parte del dominio público.

Sin embargo el disfrute de algunas excepciones debe garantizarse en todos los casos, como las que garantizan la libertad de expresión o la libertad de prensa. Ahora bien, para otras excepciones, los dispositivos de protección deberían poder limitar su disfrute en atención, de nuevo, a la prueba de las tres etapas. En este sentido, es coherente limitar el número de copias que el usuario puede realizar para un uso privado, y también lo es que el usuario pueda realizar los actos necesarios para el disfrute del bien digital adquirido.

Considero que de incluirse las excepciones al Derecho de Autor como medio válido de acceso a las mismas la lucha contra las medidas podría menguar, es decir que se debe admitir el uso del derecho de copia y el acceso para consulta del documento, al menos mantener el espíritu de los Tratado de la OMPI, que aún cuando reconocen la necesidad de evitar que se vulneren medidas válidas, también establece el respeto a las regulaciones del Convenio de Berna, lo que implica que las medidas de protección son válidas, igual que esas acciones tendientes a acceder a la obra, siempre que se justifique en una excepción legítima.

Los retos del Derecho de Autor de autor son cada vez mayores, las excepciones al mismo juegan un papel trascendental al ser el justo equilibrio con los intereses de la sociedad, por lo mismo las soluciones parecen complicadas, pues la Propiedad Intelectual tiene cada vez mayor trascendencia económica; pero no debe considerársele una simple mercancía ni por los usuarios ni por los titulares.

Se habla incluso de lo utópico que resulta conciliar intereses privados con intereses públicos¹⁴. Lo

¹³ MADISON, Michael J. "Rewriting fair use and the future of copyright reform". 23 *Cardozo Arts & Ent LJ* 391 (2005)

¹⁴ LACEY, Linda J. "Of Bread and Roses and Copyrights". 1989 *Duke L.J.* 1532. (1989)

importante es que indistintamente de las regulaciones que se apliquen debe considerarse siempre la finalidad de las excepciones, los intereses de los autores, y la necesidad de difundir la cultura; no hay una solución a la vuelta de la esquina, y aun cuando no puede negarse el derecho del titular de buscar que sus derechos sobre una obra no sean infringidos constantemente, tampoco puede concederse irrestrictamente el derecho a la misma, de lo contrario podría generarse una verdadera crisis jurídica, pues como ha quedado demostrado a lo largo de estos años, es más lento el proceso de protección que el desarrollo de medios para vulnerarlos, y ese círculo vicioso podría no tener fin e incorporar a la vez más y más restricciones que lejos de evitar que sólo los usuario infractores la accedan, podría implicar que los usuario que no violan sus derechos opten por otras obras cuyo acceso no sólo es irrestricto sino que incluso le permite incorporar cambios según sus necesidades.

V. CONCLUSIONES

El Derecho de Autor y el *Copyright* son dos sistemas normativos que tienen una finalidad similar, la protección del autor, con elementos comunes y diferenciales, por un lado el Derecho de Autor como manifestación de las teorías del derecho natural reconoce derechos inherentes al autor, los derechos morales, que no son reconocidos por el *Copyright*.

A partir de esta diferenciación surgen muchos contrastes, en cuanto al trato y a su regulación, lo que alcanza a las excepciones que reconocen al monopolio del autor sobre su obra.

Los Acuerdos Internacionales que regulan las excepciones, proveen criterios generales que dan pautas de regulación a los Estados para la incorporación de las excepciones en sus cuerpos legales; el Convenio de Berna, el ADPIC y el Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor reposa en una construcción en tres niveles: las excepciones necesarias; las excepciones admitidas (facultativas); y las excepciones indeterminadas pero posibles en la medida en que respeten la doctrina que se conoce como prueba en tres etapas.

Estos criterios se incluyen en las legislaciones domésticas, y sobre las mismas cabe concluir lo siguiente:

1. La idea general que comparten los diferentes sistemas es la de que si bien no cabe duda de que deben existir excepciones para permitir un equilibrio interno en esta materia, el principio fundamental continúa siendo el del derecho exclusivo.
2. Mientras el ámbito de las prerrogativas atribuidas al creador es abierto y debe considerarse en un sentido favorable a los autores, la lista de las excepciones que pueden invocar los usuarios es limitada y no puede interpretarse de manera de perjudicar los intereses de los creadores.
3. Casi todas las legislaciones nacionales prevén una serie de otras excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de reproducción y, en menor medida, a los derechos de distribución y de comunicación al público. Se trata sobre todo de diversas excepciones específicas, muy diferentes las unas de las otras, aplicables a las reproducciones realizadas con fines educativos o científicos y a las destinadas a las bibliotecas y archivos.

Fuera de estos casos, numerosas legislaciones nacionales prevén varias otras excepciones que tienen una importancia económica mucho más limitada, al menos en el entorno tradicional. Consisten por ejemplo en la autorización de la reproducción de fragmentos cortos de obras relativas a: noticias de actualidad, crítica, utilización por personas minusválidas, seguridad pública y procedimientos administrativos o judiciales.

Estas excepciones han encontrado un reto en el medio digital, por lo complejo de cualquier posible regulación uniforme, es especial lo que concierne a la copia privada, cuya importancia se fundamenta en argumentos como:

- a. Resignación: este argumento se refiere a la utilización privada de una obra y se basa en que el Derecho de Autor se diluye porque de todas maneras no podría respetarse debido a la imposibilidad de penetrar en la esfera privada para controlar las utilizaciones eventuales.
- b. El autor debe tolerar los actos necesarios del usuario: se deriva de la introducción de los programas informáticos en relación con los derechos de autor y que ha adquirido actualidad con la protección de las bases de datos o la circulación de obras en las redes. Resulta pues imposible generalizar este argumento que puede utilizarse exclusivamente en un análisis caso por caso, como lo prevén algunos sistemas.
- c. Ausencia de perjuicio económico: Se trata de los casos en que la copia privada ocasiona un perjuicio insignificante; ya sea porque su realización requiere mucho tiempo o porque sólo podría hacerse en un solo ejemplar.

Pese a las consideraciones tradicionales de la copia privada, en la era digital se ha visto limitada por la inclusión de medidas tecnológicas de protección tanto para el acceso de las obras como para su uso, estos medios son utilizados principalmente por los países desarrollados, Estados Unidos va a la cabeza con su DMCA, que prohíbe las medidas de elusión de la protección de acceso y la importación, fabricación, distribución y comercio de dispositivos que contengan los medios de elusión prohibidos.

La búsqueda de soluciones para estos problemas han generado un amplio debate por considerar algunos que son limitantes a las excepciones, que amplían el monopolio de los autores

o titulares, que crean derechos que limitan el acceso, que al proteger las medidas tecnológicas se violentan derechos a favor de los usuarios como el de copia privada; por otra parte quienes están a favor de estas medidas sostienen que no se elimina el *fair use* (para el caso estadounidense), que es una medida de control, que los usos de las obras deben ser regulados en la medida que se pretenda evitar perjuicios a los titulares, que no puede exigirse al titular de un derecho que no busque los medios idóneos de protección.

La lista de argumentos es amplia y no necesariamente inválida en alguna de las posturas; sin embargo debe buscarse soluciones que sin crear límites absurdos que eviten la difusión del conocimiento, tampoco caigan en liberalismos que atenten contra los derechos legítimos de los titulares, como siempre debe hacerse un balance de intereses antes de prohibirlo todo o que se permita la vulneración de todos los derechos, lo que a la larga sería contraproducente para la economía y para la sociedad en general.

FUENTES

- ABARZA, Jacqueline y Jorge Katz. “Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC”. División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Red de Reestructuración y Competitividad. Disponible en <http://www.eclac.org> (consultado 7 de mayo de 2007)
 - ACUERDO SOBRE LAS DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE COPIAS DESTINADAS A LAS CLASES EN LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SIN FINES DE LUCRO. House Committee Report on the 1976 Copyright Bill (House Committee on the Judiciary, House Report N° 94-1476 to accompany S. 22, 94th Cong., 2d Sess., 3 de septiembre de 1976)
 - ALFANO, Kenneth M. “Copyright in exile: restoring the original parameters of exclusive reproduction”. 11 J. Tech. L. & Pol'y 215 (2006).
 - ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el entorno digital”. XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), conjuntamente con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay. Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005.
 - BARTOW, Ann . “Educational fair use in Copyright: reclaiming the right to photocopy freely”. 60 U. Pitt. L. Rev. 149 (Fall 1998)
 - BECHTOLD, Stefan. “Digital Rights Management in the United States and Europe”. 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004).
 - BESEK, June M. “Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts”. 27 Colum. J.L. & Arts 385 (2004)
 - BOHANNAN, Christina. “Reclaiming Copyright”. 23 Cardozo Arts & Ent LJ 567 (2006).
 - CASTILLO, Tara E. “Conflicting Beats: Proposing the Adoption of an Additional Obligation Within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement”. 7 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 31 (2006)
-

- COLOMBET, Claude, “Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo”. Estudio de Derecho Comparado. Tercera Edición. Ediciones UNESCO/CINDOC. Traducción Petite Almeida. Madrid, 1997.
- COPYRIGHT OFFICE (USA). Technology, Education and Copyright Harmonization (“TEACH”) Act (S. 487). Documento publicado por The Copyright Office de los Estados Unidos el 13 de marzo de 2001 en su sitio web <http://www.copyright.gov> (consultado 25 de abril de 2007)
- DAVIDSON, Benjamin. “Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters”. 38 Cornell Int’l L.J. 583. (2005).
- DAVIES, Gillian. “The Convergence of Copyright and Author’s Right-Reality or Chimera” (1995). Artículo publicado en DINWOODIE, Graeme B, et al. “International Intellectual Property, Law and Policy”. Lexis Nexis Case Book Series. Editado por Matthew Bender & Company Inc. 2001.
- DINWOODIE, Graeme B. “The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law”. 62 Ohio St. L.J. 733 (2001)
- DRASSINOWER, Abraham. “A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”. 16 Can. J.L. & Juris. 3 (2003).
- DUSOLLIER, Séverine, et al. “Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico”. Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO. Volumen XXXIV, No 4, 2000, disponible en www.unesco.org (consultado 15 de abril de 2007).
- EMERY, Miguel Ángel. “Propiedad Intelectual” Ley 11.723 Comentada, Anotada y Concordada con los tratados Internacionales. Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1999.
- FLORES de Molina, Edith. “Las medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo sobre los ADPIC”. Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica”. Año 4, número 4, octubre-diciembre. 2000. Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt> (consultado 30 de enero de 2007).
- GARZA BARBOSA, Roberto. “Derechos de Autor, Derechos Conexos y nuevas tecnologías. ¿Cómo adaptar antiguos principios a la era digital?”. Iustitia, Revista Jurídica

del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 12, abril de 2005.

- GARZA BARBOSA, Roberto. "La filosofía de la Propiedad Intelectual, ¿para que sirve?". *Iustitia*, Revista Jurídica del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico de Monterrey. Número 8, noviembre de 2003.
- GINSBURG, J., "Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions". *Revue internationale du droit d'auteur*, enero 2001
- GOLDSTEIN, Paul. "International Copyright. Principles, Law and Practice". Oxford University Press, 2001.
- GUIBAULT, Lucie. "Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era". Consejo de Europa. Memorando Secretarial preparado para la Directora de Derechos Humanos. Estrasburgo, octubre de 1998. Disponible en <http://www.ivir.nl> (consultado 20 de abril de 2007).
- GUIBAULT, Lucie. "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital". *e.boletín de Derecho de Autor*. UNESCO. Octubre-diciembre 2003. Disponible en <http://text.unesco.org> (consultado 15 de abril de 2007).
- HUGENHOLTZ Bernt, et al. "The Future of Levies in a Digital Environment". Institute for Information Law Amsterdam. Marzo 2003. Disponible en www.ivir.nl (consultado 20 de abril de 2007).
- HUGENHOLTZ, Bernt. "Fierce Creatures. Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance". Conferencia IFLA/IMPRIMATUR. Amsterdam, 30-31 de octubre de 1997. Disponible en www.ivir.nl (consultado 15 de abril de 2007).
- IMFELD, Cassandra. "Playing Fair with Fair Use The Digital Millennium Copyright Acts Impact on Encryption". 8 *Comm. L. & Pol'y* 111 (2003)
- LACEY, Linda J. "Of Bread and Roses and Copyrights". 1989 *Duke L.J.* 1532. (1989)
- LEDESMA, Julio C. *Derecho Penal Intelectual. Obras y producciones literarias, artísticas y científicas*. Primera Edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999.

- LEHMAN, Bruce A. “Apoyo para la libertad económica y política”. Artículo publicado por el Departamento de Estado de Estados Unidos, como parte de sus programas de información internacional en el sitio web <http://www.usinfo.estate.gov/espanol/ipr/lehman.htm> (consultado 30 de enero de 2007).
- LEPAGE, Ann. “Panorama General de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital”. UNESCO. e-Boletín de derecho de autor, enero - marzo de 2003. Artículo publicado en la dirección electrónica www.unesco.org (consultado 2 de abril de 2007).
- LIEMER, Susan P. “How We Lost Our Moral Rights and the Door Closed on Non-Economic Values in Copyright”. 5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1. (2005).
- LIPSZYC, Delia, “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, Ediciones UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993.
- LITMAN, Jessica. “Digital copyright : protecting intellectual property on the Internet”. Amherst, N.Y. : Prometheus Books, 2001.
- LLOBET COLOM, Juan Antonio. “El Derecho de Autor en la legislación de Centroamérica y Panamá”. Editorial Piedra Santa. 19º Edición. Guatemala, 1982.
- LUNNEY, Glynn S. “The death of Copyright: digital technology, private copying, and the digital Millennium Copyright Act”. 87 Va. L. Rev. 813 (2001).
- MADISON, Michael J. “Rewriting fair use and the future of copyright reform”. 23 Cardozo Arts & Ent LJ 391 (2005).
- MOUNCHET, Carlos y Sigfrido Radaelli., “Los derechos del escritor y del artista”. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1957.
- NETANEL, Neil. “Alienability restrictions and the enhancement of author autonomy in united states and continental copyrightlaw”. 12 Cardozo Arts & Ent LJ 1 (1994).
- OMPI. “La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual”. Documento Preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. Revista Propiedad Intelectual en la Integración Económica de Centroamérica: Año 1, Número 1, Enero-Marzo 1997. Publicado en la página Web de la Secretaria de Integración Económica Centroamericana, SIECA. <http://www.sieca.org.gt>. (consultado 30 de enero de 2007).
- PESSACH, Guy. “An international-comparative perspective on peer-to-peer file-sharing and

third party liability in Copyright Law: framing the past, present, and next generations' questions". 40 Vand. J. Transnat'l L. 87 (2007).

- PIOTRAUT, Jean-Luc. "An Authors' Rights-Based Copyright Law: The Fairness And Morality Of French And American Law Compared". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 549 (2006).
- RENFIJO GARCIA, Ernesto. "Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor". Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1996.
- RICKETSON, Sam. "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a Los Derechos Conexos en el entorno digital". Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena sesión Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003. Disponible en www.ompi.org (consultado 25 de abril de 2007).
- RIGAMONTI, Cyril P. "Deconstructing Moral Rights". 47 Harv. Int'l L.J. 353 (2006).
- ROSENTHAL KWALL, Roberta. "Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul". 81 Notre Dame L. Rev. 1945 (2006).
- SAPP, Heather A. "Garage door openers and toner cartridges: why congress should revisit the anti-circumvention provisions of the DMCA". 3 Buff. Intell. Prop. L.J. 135 (2006).
- SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982)
- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA. "La Propiedad Intelectual. Propiedad intelectual: Derecho de Autor y Propiedad Industrial". Disponible en <http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm> (consultado 30 de enero de 2007).
- SIRINELLI, Pierre. "Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos". Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT). Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.
- SCHUSTER Laurie. "Home use of videotape recorders (VTRS): infringement or fair use?". 59 Chi.-Kent. L. Rev. 209 (1982)
- STERLING. "World Copyright Law". Editorial Sweet & Maxwell. Londres 1999.
- WERRA, J. de. "The legal system of technological protection measures under the WIPO

Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other national laws (Japan, Australia)', RIDA 2001/189.

- ZEMER, Lior. "'We-intention" and the limits of Copyright". 24 Cardozo Arts & Ent LJ 99 (2006).

LEGISLACIÓN:

- ADPIC. Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relativos al Comercio
- Berne Convention Implementation Act of 1988 (Estados Unidos)
- Código de la Propiedad Intelectual (Francia)
- Convención de Berna (Acta de París)
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Copyright Act (Estados Unidos)
- Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, Act N° 110 de 2000 (Australia)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- DIRECTIVA 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
- Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual. (El Salvador)
- Ley de Propiedad Intelectual, Ley 11.723 (Argentina)
- Ley Federal del Derecho de Autor y su Reglamento (México)
- Ley Sobre Derecho De Autor (Japón). Traducción no oficial al inglés disponible en el sitio Web del Copyright and Information Center: http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html (consultado 10 de abril de 2007)
- TEACH ACT. Technology, Education and Copyright Harmonization Act, (Ley de armonización de la tecnología, la educación y el Derecho de Autor)
- TLCAN. Tratado de Libre Comercio entre América del Norte

CASOS:

- Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S. Ct. 1164 (1994)

- Feist Publications Inc. V. Rural Telephone Service Co. Inc.. 499 US 340, 111 S Ct, 1282, 113
- Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises. 471 U.S. 539 (1985)
- Lewis Galoob Toys v. Nintendo of América Inc. 964 F.2ed 965 (US Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992)
- lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc. 387 F.3d 522 (2005)
- Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc., 99 F.3d 1381, 1389 (6th Cir. 1996)
- Realnetworks, Inc. v. Streambox, Inc., 2000 WL 127311 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000).
- Rosemont Enters. v. Random House, Inc., 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966)
- Sega Enterprises Ltd v. Accolade, Inc. 977 F.2d 1510 (1992)
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 25 de mayo de 2004 No 2004/46/A
- Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Connectix Corporation 203 F.3d 596 (2000)
- Sony Corp. v. Universal City. 464 U.S. 417 (1984), (Betamax)
- Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151 (1975).
- United States v. Elcom, Ltd. 203 F. Supp. 2d 1111 (2002)
- Universal City Studios Inc v. Reimerders. 111 F.Supp.2d 294 (SD NY 2000)
- WT/DS160/R. Estados Unidos - Artículo 110(5) del Copyright Act de los Estados Unidos. Informe del grupo especial. 15 de junio de 2000

