

DERECHO DE AUTOR Y *COPYRIGHT* DOS CAMINOS QUE SE ENCUENTRAN

ALEJANDRO LOREDO ALVAREZ

La creación, connatural al hombre, es lo que constituye la clave de la civilización, en su esencia se gesta el anhelo de satisfacer necesidades para las que no tiene medios y la exigencia de conseguir los fines que son irrealizables si sólo utiliza el acervo de lo existente. El hombre es el único ser capaz de captar la significación y el sentido en un mundo esencialmente simbólico; la filosofía, el arte, la tendencia a indagar la realidad de las cosas y a plasmar la personalidad propia en obras objetivas e independientes de su creador, son reflejo de su existencia.

Se entiende por derechos de autor las facultades exclusivas que le son otorgados por el Estado al autor, por un tiempo determinado, para beneficiarse del uso y explotación de sus obras. Las tradiciones anglosajona y europea conciben esos derechos de forma distinta. Mientras en el mundo anglosajón predomina una concepción utilitarista de los derechos de autor, en Europa se ha adoptado un enfoque que los concibe como derechos de la persona. Una idea uniforme sobre el alcance y el contenido concretos de esos derechos no existe.

En la antigua Roma, la propiedad del ejemplar material incorpora toda clase de facultades y su venta o cesión no reserva al autor derecho alguno de carácter patrimonial, que le permita participar de algún modo en los rendimientos económicos por la posterior reproducción de la obra. El derecho romano lo que trata de saber es de quien es la propiedad de la cosa material que resulta de escribir o dibujar; no llega a contemplar en la obra creada una entidad separable de su soporte físico, la razón es muy simple: no es que no exista apreciación estética y humana por las obras sino que se carece de la idea del valor económico de éstas. Hay cosas que denigran, que degradan la figura humana y conducen a una versión torpe y baja y una de ellas es la de cobrar un precio por el arte. Las diatribas de Platón contra el músico que actúa por dinero, expresan esta conciencia de la dignidad lastimada del hombre que vende lo más puro de su espíritu.

Pero esto no quiere decir que en la antigüedad se desconozca el derecho de autor, al no poder hacer extensivo su aspecto patrimonial o económico porque todavía no se tenía la concepción del valor económico y social de la obra misma. En esa época se tiene la convicción de que desde un punto de vista personal y espiritual, la obra pertenece al

autor y son ilícitas la usurpación de la paternidad, la publicación sin su autorización y el plagio. Manifestaciones que inducen a pensar en una protección jurídica al autor. El jurista Franceschelli¹ nos recuerda la aplicación en el derecho romano de la *actio injuriarum* frente a la publicación no autorizada, y de la *actio furti* contra la publicación abusiva cometida a través de un atentado al manuscrito; y señala las manifestaciones de un derecho de paternidad.

No existe una definición exacta y unívoca del derecho de autor. La tradición europea (romano germánica) y la anglosajona (*Common Law*), especialmente la de Estados Unidos, parten de fundamentos teóricos diferentes, especialmente en su origen, aunque con el paso del tiempo estas diferencias se hayan ido diluyendo.

En el derecho proveniente del romano germánico se entienden los derechos de autor como inherentes a la persona, mientras que en el mundo anglosajón se entienden desde una perspectiva menos personalista y más utilitarista.

La tradición romano germánica concibe los derechos de autor como un derecho natural, esto es, como un derecho inherente a la persona por el simple hecho de realizar un acto creativo, sin que sean relevantes sus consecuencias sociales, y esto es lo que justifica que por el simple hecho de escribir un texto o una canción de manera automática y sin necesidad de ningún registro se tiene la protección de los derechos de autor. En la base del carácter personalista de la protección se encuentra siempre la relación de pertenencia de la obra a su creador. La obra pertenece a su autor, es para él una cosa propia, no sólo por haber sido creada sino porque posee un valor expresivo reflejo de la personalidad de su creador. Hay que recordar las palabras de Locke: «Aunque la tierra y todas sus criaturas inferiores son comunes a todos los hombres, sin embargo, todo hombre tiene una propiedad sobre su propia persona...pudiéramos decir que el trabajo de su cuerpo y de sus manos es propiedad suya»²

Esta concepción de los derechos de autor como uno de los derechos de la persona lo convierte en un derecho humano. Esto se fundamenta en una concepción naturalista y humanista, esto es, se consideran derechos naturales que acompañan al hombre por el mero hecho de serlo. Por ser sujeto de derechos inherentes, emanados de su dignidad como persona humana. Sin embargo algunos estudiosos se oponen a esta concepción, básicamente por tres motivos:

- Los derechos no son naturales: los derechos se construyen en la sociedad y son el resultado de una larga lucha por la dignificación de la persona, esto es, son creaciones humanas, creaciones históricas.
- Si tuvieran un fundamento natural no sería moralmente correcto poner los derechos de autor entendiéndolos como derechos humanos al mismo nivel que los auténticos

¹ La obra de Remo Franceschelli se caracteriza por su rigor técnico, su valor constructivo de su posición propia, que postula la aceptación de una nueva categoría de derechos, los derechos de monopolio, con los cuales define la naturaleza jurídica de estos derechos.

² Véase Locke, *Two treatises on Civil Government*, en la edición publicada en Londres, 1949, núm 26, p. 130.

derechos humanos, como la vida, la libertad, la salud o la libertad de expresión. Son unos derechos de un nivel distinto. Estos derechos se relacionan directamente con la dignidad humana, forman parte intrínseca de su núcleo, y por tanto son unos derechos que hay que proteger independiente de su utilidad social, porque la razón de su protección está en la misma persona.

- Acogiéndose a la tradición americana se pueden entender los derechos de autor como unos derechos utilitaristas, en tanto tienen una utilidad en el progreso social y cultural de la colectividad. Un derecho de autor es derecho en tanto y cuanto está en relación en y con la sociedad, pero a diferencia del derecho a la vida, no es inherente al núcleo más vital de la persona, sino que es relevante cuando tiene consecuencias sociales.

El *copyright*, término forjado en la época en que la copia era el único medio de difusión de la obra literaria, (utilizado en el reino Unido, países del *Commonwealth* y los Estados Unidos), tiene su origen en el Estatuto de la Reina Ana de 1709, considerado el primer documento legislativo de protección general al autor, que viene a ser dentro del régimen inglés un documento de significación análoga al que posee el Estatuto de Monopolios de 1623 (que autoriza la concesión de un privilegio al inventor como medio para favorecer el establecimientos de nuevas industrias). El Estatuto de la Reina Ana, persigue la finalidad de crear un estímulo para el fomento del arte, de la literatura y de la ciencia, tal y como refleja su título, *An Act for the encouragement of learning by vesting the copies of printed books in the authors or purchaser of such copies, derring times therein mentioned*. Para que exista ese estímulo es preciso que los autores obtengan todos los beneficios de la impresión y difusión de sus obras. Se dicta que la titularidad exclusiva pase, del editor al autor. En lugar que sea el impresor que adquiriera el monopolio sobre el uso de la obra, ocurre a la inversa: el titular del monopolio es el autor, quien lo cede al editor en las condiciones económicas que convengan. Por ello, el preámbulo del propio estatuto señala la necesidad de evitar que los impresores y libreros se acojan a la libertad de imprimir, reimprimir y publicar libros o escritos sin el conocimiento de los autores o de los propietarios de los mismos, con perjuicio de ellos. El sentido de esta regulación se da por dos finalidades esenciales: la preocupación económica por el autor y por sus descendientes y el fomento de la ciencia, de los conocimientos y de la cultura. Misma consideración que fundamenta la autorización concedida en la constitución norteamericana de 1783.

El Estatuto de la Reina Ana, es de gran importancia al concretar una serie de principios y opiniones que inspiran la tutela al autor en el *Common Law* en una norma de derecho escrito, y que sirven más adelante como referencia para emitir una serie de disposiciones protectoras a lo largo del siglo XVII. Siendo las principales:

- La ley francesa de 1791. Declara el derecho de los autores de toda clase de obras a reproducirlas. *Jean Le Chapelier*, en la asamblea 1791 de París, argumentó:

La más sagrada y personal de todas las propiedades, es el fruto del trabajo del pensamiento de un escritor [...] así que es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten de los beneficios de su trabajo, es esencial que durante su vida y algunos años después de su

muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio, sin su consentimiento.

- La inglesa de 1734, que establece el *copyright* por catorce años a favor del autor y ;
- La alemana de 1793, que regula el contrato de edición.

La Constitución de Estados Unidos, en su artículo I, Sección 8, párrafo 8, atribuye al Congreso la facultad de «promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». Es muy importante comprender cabalmente lo que dice la Constitución estadounidense. Es el Congreso el que *otorga* unos derechos *limitados* a los autores para promover el bienestar social, permitiendo que aquellos gocen de incentivos para desarrollar su creatividad y ponerla a disposición del público. No se reconoce un *derecho preexistente*, un *derecho natural* de los autores a la propiedad de sus obras que la ley deba limitarse a reconocer. Es más bien, una *negociación* entre creadores y sociedad para obtener un bien superior. Así, el fundamento del *copyright* estadounidense original se basa en un acuerdo entre los autores y la sociedad, por la que ésta concede a los autores un monopolio por el fruto de su trabajo de manera temporal y limitada, con la idea que estas creaciones han de ayudar a desarrollar la cultura, el arte, la información y el conocimiento. Esto es, se concede un derecho exclusivo en tanto se produce este bien social.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si bien, sigue el principio de otorgar privilegios limitados mediante una concesión temporal de naturaleza diferente a la administrativa³, concesión como ventaja exclusiva o especial que goza alguien por autorización de un superior o por determinada circunstancia propia, la ley reglamentaria de la materia señala que el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador, persona física, de obras literarias y artísticas, para que goce de prerrogativas exclusivas de carácter personal y patrimonial. Se aprecia que la Ley Federal del Derecho de Autor, a contrario que la constitución, no sólo sigue el sistema europeo del derecho romano germánico sino quebranta nuestro orden jurídico vigente al reconocer el derecho moral de autores y artistas; derecho que nuestra constitución lo omite.

En los Estados Unidos, el propósito original de la legislación sobre derechos de autor fue descrito por la Corte Suprema en el caso *Wheaton vs. Peters*,⁴ del modo siguiente:

"La sanción por parte del Congreso de la legislación en materia de derechos de autor bajo los términos de la Constitución no está basada en ningún derecho natural que el autor posea sobre

³ Las concesiones administrativas son fuente de derechos. Los particulares en unos casos usan o aprovechan los bienes del dominio de la Nación; en otros, se les faculta para la prestación de un servicio público. El particular hace suyo los productos o utilidades de la explotación de los bienes o de los servicios concedidos. Véase, *Manual del Derecho Administrativo* de Jorge Olivera Toro.

⁴ *Wheaton v. Peters*, Henry Wheaton and Robert Donaldson, appellants vs Richard Peters and John Grigg. 33 u.s. 591, 8 pet. 591, 8 l.ed. 1055 (1834).

sus escritos, razón por la cual la Corte Suprema ha considerado que los derechos que el mismo posee son puramente de derecho positivo, pero sobre la base de que sirvan al bienestar de la población y el progreso de la ciencia y que promuevan las artes útiles... Dichos derechos se conceden no principalmente en beneficio del autor, sino en beneficio del público. No se otorgan para beneficiar a ninguna clase particular de ciudadanos, aún cuando fueran merecedores de ello, sino para beneficiar a la gran masa de gente, ya que el otorgamiento de una bonificación a autores e inventores estimulará las letras y la invención".

Y, en el caso *Fox Films vs. Doyal*:

"El único interés de los Estados Unidos y el objetivo principal por el que se otorga el monopolio [del copyright] consiste en los beneficios generales obtenidos por el público gracias al trabajo de los autores".

Esta ha sido la base conceptual sobre la que se han promulgado las leyes de *copyright* en los Estados Unidos de América, en donde la protección inicia por la *Copyright Act* de 1790, que sufre diversas modificaciones posteriores. Los derechos exclusivos que hacen al *copyright* han sido dispuestos para proporcionar al autor de una obra los medios para controlar los principales usos comerciales de su obra. La mayoría de las excepciones concretas a estos derechos dentro del *copyright* afectan insignificantes usos comerciales y no comerciales. Otras excepciones o limitantes son más significativas e incluyen las licencias reglamentarias.

La ley del *copyright* garantiza a los autores cinco derechos económicos exclusivos:

- Derecho exclusivo para reproducir o autorizar la reproducción de su obra en copias o fonogramas. La reproducción incluye la impresión tradicional de libros en copias, fotocopias, reproducciones vía fax, registro de obras musicales o literarias en una cinta sonora y reproducciones parciales de la obra. Por lo que cualquier reproducción sustancial de un trabajo protegido puede ser una infracción a este derecho.
- Derecho exclusivo de realizar o autorizar la realización de trabajos derivados, y es también conocido como derecho de adaptación. Este es un derecho económicamente significativo que abarca traducciones, versiones cinematográficas, dramatizaciones, y arreglos musicales.
- Derecho de distribución pública. En los Estados Unidos, el autor o el titular del *copyright* tiene el derecho exclusivo para distribuir al público copias y fonogramas de la obra protegida por venta o por alguna otra transferencia de propiedad, o por renta, arrendamiento o préstamo. Esto sólo confiere al titular del *copyright* el derecho de control sobre la primera distribución pública autorizada de copias de una obra. 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. Generalmente, la responsabilidad caerá bajo la ley del *copyright* sólo en el caso de que el titular de una copia legal utilice la obra en violación a otros derechos bajo la ley de *copyright*. La ley dispone un derecho de

renta comercial para grabaciones sonoras (así como para las obras musicales materializadas como son los discos) y para programas de computación.

- 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. El derecho de interpretación pública le es negado a los propietarios de grabaciones sonoras.
- Derecho de exhibición de la obra. Exhibir una obra es mostrar una copia de ella, ya sea directamente o por medio de filmación, transparencia, imagen televisiva, o cualquier otro dispositivo o proceso, o bien, en el caso de las obras cinematográficas u otra obra audiovisual, mostrar imágenes individuales en forma no secuencial.

Conforme a este derecho, la ejecución o exhibición deben también ser hechas «públicamente».

La ley estadounidense dicta que el *copyright* recae inicialmente en el autor o en los autores de la obra, y que los autores de una obra en colaboración –por ejemplo, el compositor, el letrista o el escultor- son co-titulares del *copyright* de la misma. La palabra «autor» incluye en la actualidad a un grupo importante de individuos que no son en realidad los creadores, sino los patrones en el caso de obras por encargo quienes se consideran autores y, por lo tanto, titulares originales del *copyright*.

La doctrina sobre la obra bajo contrato es una característica de la ley estadounidense de *copyright*, y se fundamenta en la creencia de que la obra es producida por y bajo una supervisión del patrón; que el patrón cubre el costo de la creación y asume los riesgos de pérdida, y; que el empleado es remunerado por su labor.

La obra por encargo la considera sólo bajo dos condiciones: la primera cuando una obra es preparada por un empleado dentro del ámbito de su empleo. Debido a que la ley no define los términos de «empleado» ni de «empleo», hubo diferencias de opinión en torno al significado de estas palabras hasta que la Suprema Corte, en *Community for Creative NonViolence vs Reid*, 109 S. Ct. 2166 (1989), resolvió el asunto afirmando que «empleo» tenía el mismo significado que es conocido comúnmente en la *Law of Agency*. Así, en tanto muchos factores definen «empleo», tales como el método de pago por servicios, si los impuestos y sus equivalentes fueron retenidos, dónde se realizó la obra, quién proporciona las herramientas y los medios para hacer la obra, la duración del contrato o el compromiso, etc. De esta forma, existe seguridad al afirmar que se requiere de un compromiso laboral relativamente formal, así como de la posibilidad de distinguirla de circunstancias tales como una comisión especial o una contratación independiente.

En segundo lugar, una obra puede ser hecha por encargo si es especialmente ordenada o encargada, pero sólo si reúne los requisitos siguientes: debe pertenecer a una de las nueve categorías señaladas y las partes deben acordar expresamente, en un documento por escrito firmado por ambos, que el trabajo será considerado una obra por encargo.

El *copyright* es una forma de propiedad, y como tal puede ser libremente transferida. Las transferencias pueden ser hechas por venta o por regalo, por voluntad o por herencia. Los términos de cualquier transferencia se encuentran usualmente determinados por acuerdo contractual entre las partes. Estos términos incluyen plazos, limitaciones territoriales, una enumeración de los derechos transferidos y el suministro de pago de regalías.

En los Estados Unidos cualquiera de los cinco derechos económicos exclusivos puede ser transferido y poseído por separado. Una transferencia de propiedad incluye una licencia de exclusividad incluso si el efecto de dicha licencia es limitada en tiempo o espacio. Además, los derechos pueden ser subdivididos.

Una obra en colaboración en la ley americana es aquella efectuada por dos o más autores con el propósito de que sus contribuciones se fusionen en partes ya sea inseparables o interdependientes de un todo unitario. Luego, la autoría conjunta puede ocurrir cuando un compositor y un letrista se unen para crear una canción. Si bien, sus contribuciones pueden existir separada e independientemente la una de la otra (la música como una obra instrumental y la letra como un poema), ellos habrán creado partes interdependientes de un todo unitario (la canción). La autoría en colaboración resulta ser una conjunción de titularidades que legalmente significa una tenencia en común; cada titular es supuestamente poseedor de una porción individual y proporcional de la obra entera. En tales casos, cada cotitular puede transferir sólo la parte que le es reconocida por el *copyright*. (figura más cercana al sistema de derecho de autor).

Las transferencias incluyen cesiones, hipotecas y legados, así como licencias de exclusividad. Para ser aplicables, las transferencias de titularidad de *copyright* deben ser hechas por escrito y deben estar firmadas por el propietario de los derechos transmitidos o por su representante legal. Para el registro de esta transmisión, la ley dispone, por medio de la oficina de *copyright* de los Estados Unidos, de un instrumento para la transferencia de la titularidad del derecho. Esto podría ser importante por cuanto que la ley americana, cuenta con disposiciones prioritarias con relación a transferencias en conflicto, por lo general, el documento signado primeramente prevalecerá si éste es registrado dentro de ciertos límites de tiempo.

En la jurisprudencia estadounidense la doctrina del «uso legítimo» (*fair use*) ha adquirido un gran desarrollo. Cumple la función de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y de los usuarios. El «uso legítimo» autoriza a los usuarios a utilizar obras con *copyright* siempre que no perjudiquen la explotación económica de las mismas por parte de los autores. Entran dentro del «uso legítimo», por ejemplo, las copias realizadas para uso privado y no comercial. La doctrina del «uso legítimo» toma en consideración cuatro factores: la finalidad y la naturaleza del uso (comercial o no lucrativo), la naturaleza de la obra, la calidad y sustancia de la parte utilizada en relación al conjunto de la obra y el efecto de su uso en el mercado potencial.

Este «uso legítimo», junto al periodo de tiempo limitado de los derechos de autor y la doctrina de la «primera venta»⁵ representan limitaciones a los derechos de autor.

En contraposición, los derechos de autor en Europa continental se han desdoblado siempre en derechos morales y derechos patrimoniales.

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. Su punto de partida es que la obra forma parte integrante de la personalidad del autor. Es una creación de su espíritu, el fruto de su pensamiento, de manera que no puede disociarse enteramente de aquél, por lo que incluso cuando ha cedido sus derechos patrimoniales sobre la obra, ésta continúa, en cierta medida, bajo su dependencia. En definitiva, se protege la obra como extensión de la personalidad del autor.

Precisamente por su naturaleza personal, los derechos morales tienen dos características básicas que los diferencia claramente de los derechos patrimoniales: irrenunciabilidad e inalienabilidad. La Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 19 establece que «el derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable». La inalienabilidad, supone que estos derechos no pueden transmitirse por actos *inter vivos*, ni a título gratuito ni con carácter oneroso. La irrenunciabilidad supone que el autor no puede desprenderse de las facultades que le otorga la ley, es decir, el autor no puede obligarse de forma válida a permitir que otro usurpe la paternidad de su obra o que se introduzcan modificaciones que lesionen su reputación. Lo anterior, constituye la nota más importante que caracteriza a los derechos morales de los autores, ya que se trata de derechos tan íntimamente ligados a su titular que no pueden pasar a otra persona. Se trata de facultades inherentes a la persona del autor, de manera que se encuentra fuera del comercio de los hombres, esto es, sólo pueden ser ejercidas por su propio titular. En palabras de *Desbois*⁶ «el autor no puede renunciar a la defensa de su personalidad bajo pena de cometer un suicidio moral». Cabe recordar que nuestra ley autoral es de orden público e interés social (art. 2).

Los derechos morales no fueron consagrados a nivel internacional hasta la revisión que de este Convenio se llevó a cabo en la Conferencia de Roma de 1928. Tras una fuerte polémica entre la propuesta italiana y la delegación australiana, que representaba la visión de este tema de los países anglosajones, se aprobó una propuesta intermedia que dio

⁵ Esta doctrina es una excepción al derecho de distribución. Señala que una vez que una obra registrada es vendida por el poseedor de los derechos de autor, dicha copia de la obra podrá ser vendida sin el permiso del poseedor de los derechos de autor. En consecuencia, un comprador puede revender un disco compacto que él o ella ha comprado en una tienda, siempre y cuando él o ella no conserven una copia. El tratamiento dado a la doctrina de la primera venta por los tribunales estadounidenses ha reflejado constantemente la creencia de que el beneficio público derivado de la enajenabilidad de las obras de creación compensa el aumento del incentivo a crear que resultaría de otorgar a los autores un control perpetuo sobre las copias de una obra. *Burke & Van Heusen, Inc. contra Arrow Drug*, 233 F. Supl. 881, 884 (E.D.Penn. 1964);

⁶ DESBOIS, H. (1978). *Le droit d'auteur en France*. Paris: Dalloz.

lugar al artículo 6 bis del Convenio, con el que por primera vez quedó reconocido en el plano internacional que el derecho de autor comprende prerrogativas de orden moral además de las de carácter patrimonial, y que aquéllas se conservan incluso después de haber cedido los derechos patrimoniales. Tras leves modificaciones en su contenido en las revisiones de Bruselas (1948) y Estocolmo (1967), este artículo establece que:

"Independientemente de los derechos patrimoniales de autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación y otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la obra que cause perjuicio a su honor o a su reputación".

Por tanto, este convenio reconoce los dos principales derechos morales de los autores: paternidad e integridad.

- El derecho de divulgación: el autor puede escoger cuándo hacer público su obra;
- El derecho de reivindicación: el autor tiene el derecho de ser reconocido como el autor de su obra, y
- El derecho de integridad a su trabajo: el autor tiene el derecho de oponerse a cualquier modificación de su obra.

Las primeras leyes que protegían los derechos de los autores se caracterizaban por la defensa exclusivamente interna de sus autores nacionales, por lo que las obras de éstos no eran objeto de protección fuera de sus fronteras nacionales. No obstante, en el siglo XIX los principales países comenzaron a preocuparse de que tales derechos fueran respetados en el extranjero. Al principio utilizaron el instrumento de los tratados bilaterales, basados en el principio de reciprocidad; pero esto era insuficiente, por lo que decidieron firmar un tratado multilateral: el Convenio de Berna de 1886, que sigue siendo hoy en día el instrumento jurídico internacional más importante en esta materia.

En resumen, 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. Sin embargo, 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.

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 únicamente a los derechos de carácter patrimonial de los autores, consideran a los derechos morales como algo ajeno a su tradición jurídica. La *Lanham Act*, que es una ley federal marcaría, cita estatutos y disposiciones contractuales que son equivalentes a los derechos morales para autores de otras obras.

Esto se debe a que el derecho de autor es, básicamente, un derecho de propiedad, de manera que una obra intelectual es en esencia un artículo de consumo, con el que se puede comerciar bajo el control de la persona o institución que tiene los derechos sobre

él. Como ejemplo, se comentan las legislaciones del Reino Unido y de los Estados Unidos.

La ley inglesa de 1988, introduce por primera vez el concepto legal de derechos morales de una persona que crea una obra. Los dos principales son los clásicos: paternidad e integridad. Estos derechos no pueden ser cedidos a otra persona o entidad, pero los autores tienen derecho a, si lo desean, renunciar a ellos. No son perpetuos, ya que su duración es la misma que la de los derechos patrimoniales.

La legislación estadounidense no reconoce expresamente estos derechos 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, como derecho a la privacidad, etc. Además, el hecho de que Estados Unidos se adhiera a este tratado en 1988, no significó un cambio a favor del reconocimiento de los derechos morales de los autores. De hecho, los únicos autores a los que se les reconocen derechos morales son los creadores de obras visuales (fotografías, cuadros, dibujos, esculturas, etc.), gracias a la *Visual Artists Rights Act* de 1990. Obras de ramas susceptibles de no comercializarse en masa en comparación a las literarias y musicales.

Ambas concepciones pueden conducir a resultados diferentes. No obstante, la ley y la jurisprudencia de Estados Unidos y la legislación europea nos conducen, con frecuencia, a resultados similares, no tanto debido a una supuesta indiferencia teórica, sino por el éxito de la presión legislativa de los intereses de la industria cultural. La concepción utilitarista de los derechos de autor ofrece un enfoque más acorde con la realidad de estos derechos y posibilita un mejor equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses de la sociedad en general. Así mismo, siguiendo a Javier Villate⁷ mientras que la concepción naturalista favorece una concepción dogmática de estos derechos, «que nacen con la persona», la concepción utilitarista nos permite adoptar un enfoque más dinámico que busque nuevos equilibrios en las situaciones nuevas. Y esto es, precisamente, lo que necesitamos en la era de la información digitalizada.

Consideremos, por ejemplo, las excepciones contempladas en la concepción europea de los derechos de autor y la doctrina del «uso legítimo» de la concepción norteamericana. Las excepciones contempladas en esta última tienen una clara justificación: son permitidos aquellos usos de las obras que no perjudiquen el mercado potencial del autor o sean necesarias para el progreso de la cultura y del arte. La Constitución y las leyes norteamericanas no ofrecen un catálogo de «usos legítimos», sino un criterio para su establecimiento. De este último se ocupan los jueces, la jurisprudencia. La aplicación de aquel criterio de «uso legítimo», basado en la Constitución, permite el análisis caso por caso, tomando en consideración los factores e intereses que deben equilibrarse en concreto. Esto mismo permite abordar las situaciones nuevas —como las presentadas en internet— con una mayor flexibilidad.

⁷ VILLATE, Javier, 2001, «La propiedad intelectual en la nueva era digital». Disponible en el ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad. <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>

En la ley autoral mexicana⁸ también se contemplan excepciones a los derechos de autor: las citas y reseñas de obras ajenas para fines docentes o de investigación; la reproducción de trabajos sobre temas de actualidad difundidos en los medios de comunicación, reproducciones parciales para la crítica e investigación científica; la copia para uso privado. Las instituciones y otras de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, así como algunas instituciones docentes están autorizadas para reproducir obras sin necesidad de que satisfagan ninguna remuneración por razones de seguridad y preservación. Así como también la tendencia mercantilista del uso de las obras protegidas que hace la propia ley.

Si comparamos las excepciones de «uso legítimo» de la jurisprudencia estadounidense y las contempladas por nuestra ley -muy similares a las existentes en otros países de Europa continental- podemos ver una mayor flexibilidad permitida por la doctrina norteamericana, más dinámica y menos rígida que la europea.

Mientras que el *copyright* se centra en la prevención de la copia sin autorización «free riding», el derecho de autor se preocupa más por la recompensa no sólo económica, sino también moral, del individuo que ha realizado una actividad creativa.

En opinión de Joyce C., «la filosofía general del *copyright* en el mundo del *common law* consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo, y capital en la producción de obras de autoría, sea que las inversiones sean de autores individuales o de entidades corporativas...». En cambio, en el caso de las jurisdicciones donde se aplica la concepción de los «derechos del autor» la institución de la propiedad artística y literaria se justifica en términos de títulos inherentes al autor.⁹

En este sentido, los países de la tradición latina no extienden la protección legal a las obras de personas jurídicas como tales. La concepción latinoamericana también niega a los resultados de actividades técnicas (como la producción de fonogramas) la condición de una obra creativa.

La cuestión económica en el contexto del *copyright* ha sido objeto de controversia permanente. El argumento económico en favor de la concesión de derechos se ha basado en la teoría estándar de la información, conforme con la cual en ausencia de alguna forma de monopolio respecto de las creaciones originales (si bien sobre la expresión, no las ideas), habrá escasa actividad creativa. Ello debido a que una vez que una obra ha sido diseminada, resulta muy difícil excluir a los beneficiarios que no han pagado por su acceso a la obra, quienes podrán disfrutarla sin pagar por ello. En estas condiciones, los creadores no podrían recuperar un ingreso suficiente a través de transacciones de mercado para justificar los gastos incurridos en la creación, o para no aplicar su esfuerzo y talento en otras actividades más remunerativas.

⁸ Ley Federal del Derecho de Autor, Artículo 148.

⁹ JOYCE, C; Patry W., *Copyright law*. 3* Ed. Bander Irwin, New York, 1994.

De la teoría expuesta se desprende que la concesión de un derecho exclusivo permite abordar el problema de los «bienes públicos», mediante -según la expresión de Lord Macauley en 1841- el establecimiento de un «impuesto» a los usuarios en favor de los creadores.¹⁰

Las ventajas de la exclusión del acceso a las obras, como base del sistema de incentivo y retribución de los autores, ha sido contrastada con otros posibles métodos. Considerable atención despertó, en los Estados Unidos, la opinión del juez S. Breyer quien sostuvo, en relación con la publicación de obras literarias, que el fundamento de los derechos exclusivos era débil. Breyer sostuvo que la publicación y venta de libros debería ser dejada a la libre competencia, pues si bien el primer editor tendría costos más altos que quienes lo copiaran, aquél se beneficiaría del efecto de ser el primero en el mercado *lead time* y, además, podría siempre, como represalia, reducir sus precios al nivel de sus imitadores, para suprimir el incentivo a la copia.¹¹

No obstante, prevalece actualmente una concepción en el área del *copyright* fuertemente orientada a proteger el valor económico de los productos creativos. De acuerdo con esta concepción, el incentivo de la inversión y la disponibilidad por el público de sus resultados serían suficientes para justificar la concesión de posiciones monopólicas. Diversos autores norteamericanos han sostenido que cualquiera haya sido la base de los derechos del *copyright* en el pasado, los objetivos fundamentales de los mismos se basan actualmente en consideraciones económicas.

Dado que las creaciones intelectuales se consideran también objeto de comercio, también se ven afectadas por los acuerdos internacionales para regular el comercio. En concreto, la denominada Ronda Uruguay del GATT, cuyo acuerdo final dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluía un apartado dedicado a las creaciones intelectuales: el acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

Entre otras cosas, incluye una declaración de intenciones respecto al establecimiento de relaciones de apoyo mutuo entre la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de la que depende el Convenio de Berna. Además, en su artículo noveno, establece que los miembros de la OMC deben cumplir las normas incluidas en el Convenio de Berna, pero con la excepción del artículo 6 bis. De esta forma, este acuerdo que pretende regular el comercio internacional excluye los derechos morales de los autores, significando un retroceso en la concepción jurídica de las creaciones humanas.

En nuestra opinión, las principales diferencias entra la institución europea de los derechos de autor, que siguen los principios emanados del *ius romano* y la institución norteamericana del *copyright* cuyos antecedentes están en el derecho inglés, son:

¹⁰ COOTER, R. y Ulen, T. (1997), *Law and Economics*, Addison-Wesley.

¹¹ *Ibidem*

- El sistema de derechos de autor se apunala en el derecho de la persona, un derecho natural; el *copyright* se fundamenta en factores básicamente comerciales y económicos.
- En el sistema de *copyright* el autor puede ser tanto una persona natural como jurídica, mientras que en el sistema de derechos de autor se presupone que el autor es siempre una persona física natural, que es el único que tiene talento para crear; las personas jurídicas, llamadas morales, son ficciones creadas por el derecho, para hacer posible determinados fines reconocidos en la ley.
- En el sistema de *copyright* el desarrollo de los derechos morales de los autores ha sido mínimo, mientras que en el sistema de los derechos de autor los derechos morales son el pilar de la concepción humanista de ese derecho.
- Para el *copyright* la fijación material de la obra es esencial, mientras que en el sistema de derechos de autor no es precisa ni relevante la forma en que se concreta o fija una obra para su protección; por el simple hecho de la creación, ya goza de protección.
- En las obras cinematográficas normalmente el titular del *copyright* acostumbra a ser una persona jurídica, mientras que en el sistema continental deben ser personas físicas que han contribuido a la creación y elaboración de la obra. Es una autoría colegiada.
- Los contratos de *copyright* son en general genéricos y poco detallados, mientras que en el sistema de derechos de autor los contratos son muy minuciosos, favoreciendo al autor, persona física.
- Con relación a los derechos conexos en el sistema de *copyright* americano de entrada no están protegidos, mientras que en el sistema de derechos de autor los derechos conexos gozan de la protección del derecho moral y patrimonial.
- El sistema romano germánico protege al creador, el *copyright* protege intereses mercantiles, el lucro como objeto de protección.

Lo cierto es que muchas de esas diferencias son más teóricas que prácticas. De hecho, aunque se mantienen las discrepancias entre ambas concepciones, también se ha ido dando un proceso de convergencia en algunos aspectos; si hiciéramos una historia de la propiedad intelectual, y de los derechos de autor en particular, comprobaríamos cómo algo que surgió con el fin de incentivar a los autores y a los inventores para promover el conocimiento, la cultura y las artes, se ha ido convirtiendo paulatinamente en la base de una poderosa industria, la industria de los monopolios del conocimiento.

Fue en la Francia revolucionaria donde surgieron los derechos de autor. En 1791 se promulgó la primera ley de derechos de autor. Según la misma, estos derechos pertenecían en propiedad al autor durante toda su vida y por cinco años más a sus herederos y derechohabientes. Después, las obras de los autores pasaban al dominio público. Desde entonces, ese periodo no ha dejado de aumentar, en Estados Unidos, Canadá, están vigentes y en Europa, hasta 70 años después. ¿Qué sentido tiene esto?, como se pregunta Javier Villate¹². Generalmente los derechos no pertenecen, *de facto*, a los autores, sino a

¹² *Opus cit.*, nota 7

las casas discográficas, a los estudios cinematográficos, siendo derechos inalienables, irrenunciables e imprescriptibles se venden y se ceden, en Europa como en Estados Unidos.

Ese monopolio por tiempo limitado que se otorgaba para favorecer la creación de la ciencia y las artes útiles es la teoría; la práctica es que esa limitación se cumple solo formalmente. Las reformas legislativas hacen que en EEUU el tiempo de duración del *copyright* no haga más que crecer. La última de estas leyes de ampliación, la Ley Sonny Bono, fue promovida principalmente por ejecutivos de la empresa *Disney*, interesados en evitar que *Mickey Mouse* pasara al dominio público en 2003.

Hoy los autores no son los principales beneficiarios de la propiedad intelectual. La mayoría de los autores, artistas, escritores y demás son explotados por la industria de los contenidos. La propiedad intelectual ya no es aquella lucha de incentivar la creación y menos ser un derecho de la persona. Los intereses económicos de la industria se han impuesto tanto a la concepción utilitarista como a la naturalista de los derechos de autor y de la propiedad intelectual. La propiedad intelectual es utilizada para restringir la libre competencia y la innovación, es un obstáculo para el desarrollo de la ciencia y de la cultura, para el acceso de los ciudadanos a la información y el conocimiento.

Los Derechos de Autor están incluidos en las declaraciones de derechos humanos y no por mera coincidencia. Las creaciones intelectuales están vinculadas a los derechos de la personalidad y a los derechos laborales, ambos tocan directamente la dignidad de la persona. El trabajo intelectual puede y debe ser reconocido social y económicamente. Lo contrario sería apoyar un régimen de expoliación de esta forma de trabajo humano que, probable y paradójicamente, nos llevaría a monopolios permanentes.

La obra es el resultado de un hecho personal, un resultado de la proyección de la personalidad del autor; algo que hizo un hombre y deberá imputársele. La creación espiritual es del autor en un sentido más radical que el que expresa una simple relación de dominio sobre una cosa: como proyección exterior de su personalidad.

Cada vez que se ha introducido una nueva tecnología, percibida por la industria de los contenidos como una amenaza para sus intereses, ésta ha intentado detener el desarrollo tecnológico. Fue el caso de las fotocopiadoras, como lo fue también de los videocasetes, o como lo es ahora el de diferentes tecnologías digitales. El caso más notorio ha sido el de *Napster* y el software «punto a punto» (*peer-to-peer* o P2P)¹³. Los propietarios de derechos de autor no están utilizando esta institución para promover la cultura y el arte, sino para controlar y dominar la cultura y el arte.

Lo mismo sucede en otras esferas de la propiedad intelectual. De forma parecida, General Electric utilizó el control de patentes para retrasar la introducción de las lámparas fluorescentes, que eran una amenaza para las ventas de sus bombillas incandescentes¹⁴.

¹³ Véase artículo de Villate Javier, «Napster, Gnutella... y la tercera revolución de Internet», en.red.ando, 5/07/2000,

Shakespeare no hubiera podido existir en la era de la propiedad intelectual, pues este genio de la cultura basó buena parte de sus dramas en obras de autores que le precedieron.

El *copyright* se utiliza para proteger los derechos en las actividades técnico-organizativas como las actividades que realizan los productores, los organismos de radiodifusión, las empresas de distribución de programas y los editores de obras impresas y no de naturaleza autoral. La filosofía del *copyright*¹⁵ en el sistema del *common law*, consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo y capital en la producción de obras de autoría, ya se trate de inversiones de autores individuales o de entidades corporativas.

La Ley del Milenio de los Derechos de Autor o *Digital Millennium Copyright Act*, ratificada en 1998 por el Congreso de Estados Unidos, tiene por objetivo prohibir que ciertas tecnologías sean usadas para burlar las medidas tecnológicas creadas para proteger los derechos de autor de cualquier material (audio, video, libros, etc.). A diferencia de la ley del *copyright* que permite el uso legítimo, la tecnología no permite ninguna ambigüedad, por lo que cualquier violación puede ser perseguida. Además, la protección que ofrece la ley expira después de cierto tiempo, mientras que esta disposición no está limitada. Lo que se protege ya no es el objeto mismo sino su propia protección; por lo tanto, la ley queda en manos de los programadores.

En 2002, Lawrence Lessing, desafió al congreso de los Estados Unidos ante el tribunal supremo por su reiterada prolongación de los plazos de duración del *copyright*.¹⁶ Aunque perdió el juicio, su lucha se convirtió en el referente del principio de un amplio movimiento que desembocaría en la creación de *Creative Commons*, una iniciativa ya presente en más de 20 países, que busca replantear el concepto legal de propiedad intelectual ofreciendo licencias más flexibles y que ya está siendo utilizada en alguna de sus iniciativas, por ejemplo, por el *Massachusetts Institute of Technology* MIT.

El derecho de autor es personal e inalienable, irrenunciable e imprescriptible, está legitimado por su origen: el acto de creación – expresado en la obra- y la relación del autor con ella, que le permite a aquél decidir qué hacer con ella, impidiendo su salida por completo de la esfera de la personalidad. La atribución de derecho de autor originario a personas distintas de su creador es admitida en situaciones excepcionales, rechazándose el reconocimiento de un derecho de autor a favor de otros titulares. En cambio, en la tradición norteamericana, son derechos utilitarios, monopolios otorgados, bajo ciertos límites, a los autores sobre el uso de sus obras para beneficio de la sociedad en general.

¹⁴ *cf.* Un fuerte argumento contra la propiedad intelectual es sostenido por Brian Martin, *Information liberation: challenging the corruptions of information power*, Freedom Press, Londres, 1998. Puede descargarse libremente el capítulo 3 en http://danny.oz.au/free-software/advocacy/against_IP.html.

¹⁵ *Opus cit.*, nota 7

¹⁶ Su último libro «Free Culture» (por una cultura libre) es todo un manifiesto que denuncia la manera en que las leyes del *copyright* está creando una «cultura del permiso» en la que la creatividad creativa requiere la autorización de alguien ajeno a ella para desarrollarse.

El *Common Law* y el derecho romano germánico, podemos apreciar, que caminan hacia una cierta convergencia de forma y fondo. De forma porque en la actualidad los países de *Common Law* tienden hacia una proliferación de las leyes escritas, que además van a obtener cada vez mayor relevancia, mientras que en los países de tradición europea van a potenciar, cada vez más, la función de la jurisprudencia en la conformación de su ordenamiento jurídico. De fondo, la tendencia hacia el trato mercantilista por ambos sistemas de las obras, de las creaciones del espíritu humano, proyección de la personalidad de su autor, no importa más. El objeto del derecho de autor se convierte en una mercancía más¹⁷, cuya valoración dependerá de la oferta y demanda de los mercados y no de la valoración estética y artística hacia el autor.

¹⁷ En el lenguaje común mercancía es todo elemento, artículo o bien económico que se produce y ofrece en un mercado. En términos económicos más estrictos, el vocablo comprende aquellos artículos que pueden considerarse sustitutivos perfectos entre sí.