

ARTÍCULO

Introducción al derecho de autor y sus limitaciones legales

Julio Beltrán Miranda

*Licenciado y maestro en Filosofía por la
Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM.*

julio.beltran@yahoo.com

Introducción al derecho de autor y sus limitaciones legales

Abstrac:

Desde que se encontró la manera de digitalizar cualquier información y de distribuirla de forma instantánea a cualquier parte del planeta por una red universal, muchas personas de buena voluntad han concebido sueños majestuosos de progreso humano sin precedente —un progreso que sólo compararía con los que produjeron la invención de la imprenta o de la escritura—. No obstante los buenos augurios para este tipo de proyectos, y las esperanzas que infunden en cualquier persona de buena voluntad de que la humanidad logre por fin abandonar el prejuicio y la ignorancia, no han dejado de atraer recelo y preocupación en los expertos en derecho y gobierno. El motivo principal de su preocupación parece deberse a que el entusiasmo de los idealistas y las facultades, que la nueva tecnología pone en sus manos, perturben el actual orden mundial basado en las leyes de **copyright**, o lo que es casi lo mismo, de **derechos de autor**. Hay que decir que a los paladines del copyright no les faltan razones que normalmente escapan al idealista recién introducido al problema de la producción y distribución mundial del conocimiento.

Palabras Clave: Copyright, Derechos de Autor, conocimiento, distribución

Introducción

Desde que se encontró la manera de digitalizar cualquier información y de distribuirla de forma instantánea a cualquier parte del planeta por una red universal, muchas personas de buena voluntad han concebido sueños majestuosos de progreso humano sin precedente —un progreso que sólo compararía con los que produjeron la invención de la imprenta o de la escritura—. Por citar dos ideas, entre las muchas que sugieren estas personas idealistas, mencionemos la de convertir la Internet en una biblioteca que comprenda todo el conocimiento acumulado hasta ahora en libros para que cualquier persona alfabetizada pueda aprovecharlo y la de liberar todos esos conocimientos del idioma y codificación hayan sido plasmados originalmente para entregarlos, otra vez, a cualquier miembro de la humanidad en un idioma que entienda. El primer intento de realizar esta idea se dio casi al tiempo en que nació el Internet, bajo el muy apropiado nombre de *Proyecto Gutenberg*.¹ La otra idea que acarician y que merece citarse es la de que cualquier texto pueda traducirse instantáneamente a cualquiera de las lenguas mayoritarias del mundo. Aunque la realización de este ideal sea bastante más difícil, no faltan muchos años para que podamos verla realizada.

No obstante los buenos augurios para este tipo de proyectos, y las esperanzas que infunden en cualquier persona de buena voluntad de que la humanidad logre por fin abandonar el prejuicio y la ignorancia, no han dejado de atraer recelo y preocupación en los expertos en derecho y gobierno. El motivo principal de su preocupación parece deberse a que el entusiasmo de los idealistas y las facultades, que la nueva tecnología pone en sus manos, perturben el actual orden mundial basado en las leyes de *copyright*, o lo que es casi lo mismo, de **derechos de autor**. Hay que decir que a los paladines del copyright no les faltan razones que normalmente escapan al idealista recién introducido al problema de la producción y distribución mundial del conocimiento. Entre ellas, la principal quizás es la de que sólo garantizando esos derechos cabe esperar que suficientes personas en el mundo se pongan a trabajar en la investigación y la creación, que es el trabajo de donde en última instancia proviene todo conocimiento posteriormente aprovechable. De la misma manera—dirían los juristas—si se desea que la distribución misma de esas obras intelectuales sea expedita y de calidad, habrá que garantizar que las personas comisionadas por los autores para hacerlo puedan cosechar el fruto de su trabajo y recuperar su inversión. Otra razón que aducen es que siendo el talento y el esfuerzo del autor la fuente única del valor de una obra, la misma le pertenece “naturalmente”; y por consiguiente, quien se beneficie de ella en cualquier forma sin compensarle económicamente o sin pedir su permiso no es menos inmoral que quien explota o a otro ser humano o le despoja del fruto de su trabajo.

Los proyectos de digitalización ante el copyright

Para poder juzgar cuál de las dos partes tiene razón, o en qué medida la tiene cada una; para saber qué podemos esperar del incontenible progreso de la tecnología digital, si la tierra prometida del conocimiento para todos o el socavamiento del orden legal que lo hace posible, tenemos que profundizar en el concepto, en el sentido y en la historia de esa institución llamada “copyright”.

¹ La simplicidad de su concepto agrega elegancia al proyecto. Consiste en combinar los esfuerzos de capturistas y revisores voluntarios en todo el mundo para pasar tantos libros que estén en el *dominio público* (ahora vamos a ver lo que significa este término) como sea posible al formato digital más simple y accesible para cualquier humano con una computadora, el formato TXT, conocido entre los usuarios del Proyecto como “simplemente vainilla”. El entusiasmo que genera el Proyecto Gutenberg en el mundo anglosajón es impresionante, sobre todo si se lo compara con el que produce entre nosotros, hispanohablantes. Al 3 de agosto de 2005, [anunciaba](#) que su catálogo de libros era de 14,590 títulos en inglés, 578 en francés, 349 en alemán, 225 en finlandés, 130 en holandés, 105 en español y 69 en chino.

Esta cuestión no es banal, si consideramos que el principal obstáculo que hoy detiene a todos los proyectos de digitalización de bibliotecas no es tecnológico sino jurídico. Por ejemplo, la Universidad *Carnegie Mellon* propuso el proyecto *Million Book Library* para tratar de digitalizar y poner a través de Internet un millón de obras a disposición de las naciones subdesarrolladas del planeta. Según su página de respuestas a las preguntas más comunes (FAQ), para 2007 había conseguido en donativos 100 millones de dólares, había motivado varios proyectos similares (como el todavía más famoso *Book Search* de *Google*) y había superado su meta original por 400 mil unidades. Estos datos, que dan testimonio del entusiasmo con que amplios sectores de la humanidad han acogido la propuesta, van acompañados, en la misma página, de la siguiente indicación:

Copyright remains the biggest barrier to creating the digital library. (Línea [\[200\]](#) de su página FAQ)

Según su explicación de esta barrera, el impedimento que estas leyes representan no consiste en que demasiadas obras estén protegidas por las leyes de derecho de autor. (De hecho, la misma ley dispone que al alcanzar cierta antigüedad, todas las obras pierdan la protección del copyright y queden a la disposición de toda la humanidad. Esta disponibilidad es lo que se llama “dominio público”.) El impedimento provendría más bien de las disposiciones administrativas de dichas leyes. El mayor obstáculo para la Biblioteca del Millón de Libros, pese a su presupuesto de 100 millones de dólares, lo forman las dificultades y los costos operativos que esas disposiciones administrativas imponen tanto para publicar sin autorización una obra que parezca estar en el dominio público como para publicar con autorización una obra que no parezca estarlo. Es más, el primero y principal de los costos es el de separar con certeza los títulos que están y los que no están en el dominio público, o el costo de arriesgarse a publicar algo sin estar completamente seguro de su situación en este respecto. Tomemos como ejemplo el caso de los libros escritos en los Estados Unidos:

[\[200\]](#) (...) In the United States, ... from 1923 through 1963, copyright required renewal. Estimates are that 90% of the materials published during this period were not renewed and are therefore out of copyright [and hence in public domain]. However, [in order to republish them in the internet] renewal records must be consulted for each title to determine its copyright status. (...) Nevertheless, the labor cost of manually searching individual titles is cost prohibitive for large-scale projects. (Idem)

La afirmación queda fácticamente demostrada por el hecho de que la mayor parte de los libros en la Biblioteca del Millón de Libros provienen de la India o de China (línea [\[203\]](#) de la misma FAQ), dos países que han adoptado las políticas más rebeldes a las leyes del copyright, o bien de los propios Estados Unidos, que durante muchas décadas sólo protegía las obras inscritas en un registro de la propiedad intelectual, facilitando con ello a los editores potenciales la tarea de determinar su status. (“Copyright”, *Encyclopaedia Britannica* ed. 2002)

En otros países (y en los propios Estados Unidos de 1963 en adelante) no es obligatorio para los titulares de algún copyright inscribirse en algún registro oficial. De hecho la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (la OMPI, un organismo de la ONU), cuya convención internacional marca las directrices de las leyes de derechos de autor en todos los países afiliados, recomienda a todos los Estados no imponer ninguna formalidad para otorgar la protección del copyright a sus creadores locales o inmigrados. La consecuencia de semejante disposición administrativa es que en todos esos países el costo de difundir obras del dominio público escala a niveles prohibitivos.

En su estudio sobre la manera en que la educación resulta afectada por la manera actual de definir y administrar los derechos de copyright, el [Centro Berkman para la Internet y la Sociedad](#) (sita en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard) afirma que el carácter impráctico e intimidatorio de las leyes relevantes constituye el principal impedimento para que la tecnología digital realice el gran potencial que tiene para la educación.

Without question—it says—digital technology provides new opportunities for rich reuses of content in many educational contexts, from the traditional classroom to the cutting-edge openness of Wikipedia. That progress will continue. But significant obstacles also confront educational uses of content. The law itself is often unclear or unfavorable. (...) And educators and intermediaries have too often responded to these problems with inertia or fear rather than action. (“Digital Learning Challenge”, [Conclusion](#))

La aplicación del copyright a nuevos formatos

Como dije antes, al plasmar en códigos digitales la información de las obras de carácter intelectual se abren oportunidades de múltiples tipos para la humanidad. No sólo se pone al alcance de la mano una biblioteca universal que ponga cantidades inéditas de libros a costos accesibles para estudiantes y personas deseosas de ilustrarse, sino que también parece factible que aquellos se traduzcan a otros idiomas tan rápido como se leen.

Aquí, quiero referirme sin embargo, a una tercera oportunidad de la tecnología digital que, sin ser tan obvia como las anteriores, no ha dejado de llamar la atención de mucha gente. Se trata de la facilidad de trasladar esa misma información ya digitalizada a formatos especiales, que sean accesibles para todas las personas que, por cualquier razón, no puedan sacar de los libros y otro material impreso el mismo provecho que sacan las personas normales. Las personas analfabetas, y las personas ciegas o débiles visuales están en este grupo de seres humanos que quedaron al margen de los beneficios de la escritura y de la imprenta. Solamente la categoría de discapacidad visual comprende 162 millones de beneficiarios potenciales en el mundo. La primera categoría, el analfabetismo, comprende muchos más. Aquí me concentraré específicamente en el caso de los ciegos y débiles visuales.

El problema que la educación de estas personas plantea es el excesivo costo que siempre ha tenido el convertir material impreso en material en bajorrelieve (del que depende el código Braille) o en material audible. Antes de que existieran las grabadoras de cassette un ciego necesitaba, para poderse educar, tener

a su disposición a una persona no ciega que le leyera. Después de que las grabadoras se hicieron comunes, aunque no por ello baratas, una persona ciega todavía dependía en gran medida de otras personas videntes que convirtieran los textos en fonogramas útiles. Por supuesto, existía el libro Braille, pero ése es mucho más costoso, tanto en dinero como en espacio de almacenamiento. Además como no puede compartirse o intercambiarse con amigos y familiares no ciegos, el libro Braille tiene un valor nulo para el círculo social del ciego, lo que lo hace todavía menos común. El ciego no puede esperar que sus conocidos videntes le presten libros en Braille. Ni mencionar hace falta que como el número de ejemplares que se pueden comercializar en este formato es tan bajo, prácticamente no hay editores dispuestos a hacerlo, y los que lo hacen tienen que cobrar muy caro cada ejemplar para compensar su inversión. El resultado de todo eso es que las personas ciegas han estado hasta ahora prácticamente excluidas, por razones de economía social, del intercambio cultural que la carta de derechos humanos les promete.

La llegada de la era digital significó, para las personas invidentes, la primera oportunidad real de tener acceso al conocimiento en (casi) las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos con los que tienen que competir para ganarse la vida mediante un empleo digno. En efecto, gracias a que actualmente la publicación de cualquier libro, sea en papel o sea electrónico, se prepara con archivos digitalmente codificados, el sobreprecio que la comunidad invidente tiene que pagar por acceder a esos contenidos resulta solamente de la última parte del proceso, lo que ya no es tanto. Para decirlo más claramente, una vez que los editores tienen los archivos digitales a partir de los cuales emprenderán la impresión de un libro cualquiera, digamos el último volumen de *Harry Potter*, están en posibilidad de enviarlo a tres o cuatro procesos de acabado: un de ellos sería la imprenta, como tradicionalmente ocurría. Pero los otros pueden ser el libro Braille y el audiolibro. Es más, los editores podrían, y seguramente lo harán muy pronto, publicar los archivos electrónicos en forma de libro electrónico, transfiriendo así a los consumidores el costo del acabado (sea impresión en tinta o en bajorrelieve, o sea interpretación audible). El consumidor, si no es ciego, elegiría entre imprimirlo o leerlo en una pantalla; en cambio, si sí es ciego, elegirá entre hacer que la computadora se lo lea con una “voz sintética” o leerlo al tacto mediante una “cama” Braille (un dispositivo plano y liso, todavía raro en México, que se conecta a la computadora para producir páginas Braille sin gastar papel).

[Como lo explica la Red Europea de Información Accesible \(EUAIN\)](#), la diferencia más importante entre la era analógica y el nuevo entorno digital es ésta: que gracias a que en el entorno digital la información es fácilmente convertida entre formatos, las personas con discapacidad visual, o las imprentas especializadas en darles servicio, pueden compartir con sus conciudadanos videntes (la mayor parte de) el costo de los libros que lean. Se les abre así la oportunidad de hacer efectivo el derecho a la *igualdad de oportunidades*, consignada en la carta de derechos humanos y reglamentada por la asamblea general de las Naciones Unidas (res. 48/96 del 20 de diciembre de 1993).

Ahora bien, la forma como se interpreten y apliquen las leyes de copyright habrá de determinar el grado y el costo con que la nueva tecnología pueda satisfacer las condiciones de accesibilidad de este sector de la humanidad. Pues así como la posibilidad de trasladar información entre formatos les da a ellos la oportunidad de leer, también la da a los “piratas” mayores facilidades para copiar libros, fonogramas y películas a bajo costo; consecuencia de lo cual es que los editores tienden cada vez más a incorporar “candados” electrónicos que impidan la extracción y transformación de sus contenidos. Es bastante difícil y bastante caro diseñar un dispositivo suficientemente poderoso para impedir el acceso de los “piratas” y al mismo tiempo suficientemente amigable para permitir el acceso de un ciego bien intencionado haciendo uso

de sus derechos. Y naturalmente que, si las leyes nacionales de copyright permiten implementar este tipo de dispositivos de manera indiscriminada, como ya hicieron en muchos países, los ciegos volverán a chocar con barreras insuperables en su intento por acceder a la cultura, a la educación y al empleo. La diferencia con el pasado es que esta vez serán barreras intencionalmente puestas en su camino.

Hay que agregar que en la era analógica la conversión de una obra a un formato distinto del originario solía ser considerada como una *derivación*, y por consiguiente, como una *afectación del contenido* sujeta a la autorización del autor y al pago de regalías. En el nuevo entorno digital, el contenido intelectual, es decir, informático de una obra es más fácilmente distinguible de los formatos en los que se vierte. Por consiguiente, la conversión que un usuario haga entre cuantos formatos desee de un contenido legalmente adquirido, no afecta a éste. Por consiguiente, la conversión entre formatos ni tendría que ser considerada como una derivación que genere regalías, ya que (como dice la actual Ley Federal de Derecho de Autor) no hay derecho de copyright sobre el trabajo meramente físico, ni requeriría autorización expresa del titular del copyright y distinta de la que dio en el momento de la primera compraventa. En otros países, como los Estados Unidos, la prescindibilidad de dicha *segunda autorización* está consagrada bajo un principio denominado “doctrina de la primera venta”. Este principio establece que al efectuarse la compraventa de una obra intelectual se extingue el derecho del titular a controlar el uso que de la obra haga el comprador, excepto el de producir a partir de ella nuevas copias para su reventa.

En términos de la OMPI:

[538] 26. (...) The right of distribution is usually subject to exhaustion upon first sale or other transfer of ownership of a particular copy, which means that, after the copyright owner has sold or otherwise transferred ownership of a particular copy of a work, the owner of that copy may dispose of it without the copyright owner's further permission, for example, by giving it away or even by reselling it.

Ahora bien, hasta ahora los editores no han querido reconocer que la doctrina de la primera venta ampara a los usuarios que convierten entre formatos digitales las copias de obras intelectuales (texto, música, video, etc.) que han adquirido legalmente. Mientras no se decida si el principio es aplicable o no a la copia digital, las bibliotecas públicas y académicas seguirán estando impedidas o al menos disuadidas de prestar a sus usuarios discapacitados el servicio de *convertir*, ni permanente ni fugazmente, las obras en su acervo a formatos accesibles. Mas en los hechos eso equivale a estar impedidas para *tener* usuarios discapacitados.

Mientras esta doctrina no sea reconocida en México y, en general, la conversión entre formatos no sea contemplada como parte del uso normal de una obra dentro de una biblioteca, las bibliotecas públicas y académicas no podrán prestar servicio a personas invidentes o débiles visuales. Desgraciadamente, el límite entre el privilegio del titular sobre las adaptaciones de su obra y el derecho de los usuarios de manipularla una vez que ha sido adquirida legítimamente se ha desdibujado al entrar en el entorno digital. ¿Pasar un libro electrónico por un lector de texto en voz sintética y grabar el producto de la operación es una derivación o una manipulación propia del uso normal (fair use)? Si se responde lo primero, entonces ¿modificar el tamaño de las letras también lo es, o esto sí pasa por un simple cambio de formato? El problema queda señalado así por la OMPI:

[618] 34. In recent years, the scope of the right of adaptation has been the subject of discussion, because of the increased possibilities for adapting and transforming works which are embodied in digital format. With digital technology, manipulation of text, sound and images by the user is quick and easy; discussions have focused on the appropriate balance between the rights of the author to control the integrity of the work by authorizing [or refusing] modifications, on the one hand, and the rights of users to make changes which seem to be part of a normal use of works in digital format, on the other hand.

En el informe de Harvard al que ya hice mención, se concluye también que

los derechos exclusivos que la ley de copyright otorga [al autor y a su editor] tienen el propósito originario de poner los contenidos pedagógicos al alcance de todos. La gran promesa de la era digital consiste exactamente en lo mismo. Sin embargo, el potencial de la tecnología digital para transformar la educación no será efectivo, mientras nuestra sociedad no comprenda la necesidad de un cambio y apoye las reformas más apropiadas. (“Digital Learning Challenge”, [Conclusion](#))

Pues bien, para comprender por qué deben efectuarse estas reformas y que dirección deben de tener, debemos entender primero cómo es que las leyes del derecho de autor cumplían su cometido en el viejo entorno analógico y por qué el cambio de entorno ocasionó que dejaran de cumplirlo. De esa manera podrá adecuárselas para que en el nuevo entorno vuelvan a funcionar a favor de su meta original y no en contra de ella, como ahora ocurre.

Definición del derecho de autor

Los derechos de autor son básicamente *dos* derechos completamente distintos. El llamado derecho de reproducción (literalmente “*copy right*”) y el llamado “derecho moral”. Por ejemplo, la Ley Federal de Derechos de Autor de los estados Unidos Mexicanos, en su artículo 11, distingue:

[183] El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas ... en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el [derecho] patrimonial.

En los países cuya legislación proviene de la tradición euro continental llamada “derecho civil”, los dos derechos son consignados en un mismo código, llamado por lo común ley de derechos de autor; mientras que en los países con tradición jurídica basada en el llamado “*common law*” de origen anglo-sajón, el derecho de autor propiamente dicho se reduce al derecho de reproducción (copyright), mientras que el derecho moral es definido y detallado en los mismos códigos dedicados a los derechos morales de cualquier otro tipo de ciudadano. Por esa razón, en los países del derecho civil, no es del todo correcto referirse al “derecho de autor” como “copyright” o “derecho de reproducción”, pues este último se refiere a un derecho que *ni es el único* que un autor en cuanto tal tiene, *ni es privativo* de los autores, pues con mucha frecuencia los titulares de estos derechos son personas distintas del autor, como son editores y herederos. En los países del derecho común, tampoco puede usarse el término “derecho de autor” en lugar de “copyright”, pues

también ahí el derecho de reproducción puede en muchos casos haber pasado de manos del autor a manos de los herederos, o de cualquiera de éstos a un editor.

No obstante esta diferencia de tradiciones y que cada nación establece soberanamente las leyes que crea convenientes, existe amplia conformidad entre las diversas leyes nacionales que protegen la creación intelectual. Esto se debe a una convención internacional auspiciada por la ONU y suscrita por la mayoría de los países en el mundo. Según la *Convención Internacional de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, administrada por la ya mencionada OMPI, los países signatarios, que son casi todos, se comprometen a respetar ciertos derechos *mínimos* a los creadores de obras literarias y artísticas. También se comprometen a adoptar ciertas directrices formales y a darles un orden que permita compararlas fácilmente con las leyes equivalentes de otros países. Entre aquellas directrices normativas está la de tratar por separado el derecho patrimonial y el derecho moral de los creadores. Un ejemplo de esta separación en el contexto del derecho civil es la *Ley Federal de Derechos de Autor* (LFDA) de México; y un ejemplo de su tratamiento en códigos distintos es el derecho norteamericano, que bajo la ley de derecho de autor sólo establece las normas que rigen la reproducción y comunicación de creaciones literarias y artísticas. Aunque esto no quiere decir que no proteja los derechos morales mínimos previstos en la Convención de Berna; sino sólo que su protección está prevista por otras leyes.

La diferencia que hay entre la naturaleza del derecho moral y la del patrimonial proviene de la distinción jurídica entre la persona y su patrimonio (o sea, su propiedad). El fundamento doctrinario por el que la Convención de Berna exige respetar ambos son sendas garantías consignadas en la Carta de Derechos Humanos, la cual ordena a todos los países asociados que respeten y protejan la integridad de la persona y de su patrimonio. Ahora bien, como la magnitud de la propiedad o patrimonio de una persona cualquiera, incluida la del patrimonio intelectual, es relativa siempre a la magnitud del patrimonio de que dispone la sociedad, y como esta persona no podría por sí sola tener dicho patrimonio sin ayuda de la sociedad o al menos sin contar con que sea respetado, se sigue de ahí que el derecho patrimonial del creador está conectado con los derechos de la sociedad a que pertenece y limitado por éstos; y en general, que con los de la humanidad en su conjunto. Esto es, en pocas palabras, que el patrimonio de cualquier persona, incluido su patrimonio intelectual, consiste en una apropiación legal y protegida del patrimonio común—privatización ésta que es aceptada por el todo solamente en atención a que con ello se acrecienta el patrimonio común de manera tal que todos estarán mejor después de ella de lo que estarían sin ella. Por supuesto, el hecho de que se cumpla esta condición o no es contingente, y no cualquier manera de definir la propiedad y de protegerla conseguirá este objetivo fundamental. Por eso, las leyes particulares de propiedad (no así el régimen de propiedad privada) pueden requerir reformas ocasionales, a efecto de que satisfagan esta condición.

En cualquier caso, el derecho patrimonial es por naturaleza un derecho que sólo se puede justificar de esta manera, que denominaré “utilitarista”. Por lo tanto, no puede deshacerse de las limitaciones que le impone la condición antes mencionada, a saber, que la sociedad en su conjunto esté mejor gracias a las privatizaciones que resulten de ella que sin ellas. Tampoco puede proclamarse como una ley intemporal; pues los cambios tecnológicos pueden anular los efectos socialmente benignos de una norma de distribución de la propiedad privada, haciendo necesario la actualización de la norma. En cada país y en cada época los legisladores deben definir estos derechos exclusivos de modo que tengan la extensión y los límites que maximicen la utilidad social resultante, y sólo entonces protegerlos de cara al derecho original de todo el mundo a tomar y usar cualquier recurso.

En contraste con el carácter utilitarista del derecho de reproducción, el derecho moral del autor, que consiste en proteger la integridad e identidad de su persona, no está limitado por otro ni tiene que balancearse con otro, sino que vale absolutamente.

Resulta de todo lo anterior, que el tratamiento del derecho patrimonial tiene siempre dos partes, que son, primero, su definición y la explicación de su extensión, y, segundo, la determinación de sus límites. Dado que el tratamiento del derecho moral carece de límites, su tratamiento sólo requiere que se defina y se explique su extensión.

Ahora explicaré el concepto del derecho patrimonial “del autor” así como sus limitaciones y sus excepciones. Posteriormente, lo haré con el derecho moral del autor en cuanto tal.

Derecho patrimonial o copyright

Entendido como derecho patrimonial, la propiedad sobre las obras escritas o artísticas es una de las dos formas de propiedad intelectual privada reconocidas por la ya referida Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), siendo la otra la propiedad sobre las ideas y soluciones prácticas. El título de propiedad en el primer caso se denomina *copyright* (o derecho patrimonial de autor, aunque por brevedad utilizaré con frecuencia el nombre en inglés, ya que se ha extendido ampliamente), mientras que el título de propiedad de la segunda se denomina *patente*.

La diferencia fundamental entre ambas es que una patente protege siempre alguna *idea*, mientras que un *copyright* protege siempre alguna *expresión*. Por “idea” se entiende aquí un método para resolver algún problema práctico, no una mera teoría. Por su parte, por expresión se entiende una plasmación en signos, o gestos, o sonidos, etc. tal que pueda *reproducirse*. Naturalmente que una expresión protegida por un *copyright* puede ser la expresión de una idea que también esté protegida por una patente; pero es raro. En todo caso, la propiedad de una idea y la propiedad de una expresión se consideran siempre por separado y se protegen de acuerdo con normas diversas.

El *copyright* garantiza a su titular el control último sobre las variables para la explotación comercial de cierta obra (reproducción, distribución, cotización y explotación).

El *copyright* se puede definir como el derecho exclusivo de una persona de autorizar determinados actos (como la reproducción, la publicación, la representación en público, la adaptación, etc.) en relación con la obra original creada por ella. El titular del derecho de autor es normalmente, o por lo menos inicialmente, el creador de la obra. [\(IFLA 2004\)](#)

En México, el derecho patrimonial del “autor” queda definido en los artículos 24 y 25 de la LFDA:

[\[237\]](#) En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma. [\[238\]](#) Es titular del derecho patrimonial el autor, heredero o el adquirente por cualquier título. (...) [\[266\]](#) Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

La LFDA y en general todas las leyes de derechos de autor escritas en un entorno analógico, distinguían entre unos cuantos *tipos de explotación*. Tradicionalmente una obra puede publicarse tal como está o mediante una adaptación o traducción previa. Y a su vez cada una de estas formas puede entrar en contacto fugaz con el público destinatario, cuando le llega por una emisión electromagnética, o en uno permanente, cuando el público la recibe plasmada en un sustrato material durable.

El privilegio de explotación estriba a su vez en dos facultades exclusivas: la de autorizar o prohibir sus adaptaciones y/o publicaciones, y en la de recabar de quien la adapta o publica la contraprestación que pueda negociar a cambio de la autorización (llamada “regalía”).

Estas dos simples prerrogativas aseguran al titular de los derechos patrimoniales de una obra todo el control que necesita para explotarla tan lucrativamente como el interés que suscite su obra en la sociedad. El autor o autora puede publicar la obra por sí mismo o puede transmitir los derechos de reproducción al editor con el que llegue al mejor acuerdo. De este modo, se garantizaría que el interés económico del propio autor y el de su posible editor hagan que la obra se difunda tan profusamente como el público pueda pagar.

No obstante, este arreglo no es tal que garantice que la obra se distribuya al precio más bajo posible. Y la razón de ello es que el arreglo consiste en asegurar que no haya nadie más en el país o en el mundo que ofrezca la misma obra. En otras palabras, el privilegio otorgado al titular equivale a un *monopolio*.

El artículo 28 de la Constitución Política Mexicana ([317]) legaliza ciertas formas de monopolio por considerarlas favorables *al interés público*. La propiedad intelectual se cuenta como una de ellas. Éste es el artículo constitucional que da sustento *expreso* ([152]) a la LFDA (aunque no a toda ella, sino sólo a los derechos patrimoniales, no con los morales). Aunque el artículo está dedicado a proscribir los monopolios *en general*, por considerar que, al “evitar la libre concurrencia ... y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados,” constituyen “una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio *del público en general* o de alguna clase social” ([318], mi énfasis). Al mismo tiempo, sin embargo, reconoce que el Estado mexicano habrá de tolerar ciertas concentraciones especiales, por considerar que, pese a lo que podría suponerse, favorecen el interés general en vez de socavarlo. Inmediatamente, y sin mayor justificación, procede a estipular las concentraciones económicas que “no se considerarán monopolios.” Entre otras concentraciones (como las que el propio Estado hace de ciertos servicios o recursos que tendrían una supuesta importancia estratégica para la soberanía nacional, o las concentraciones representadas por los sindicatos de trabajadores o las uniones de exportadores, que tendrían importancia social y económica respectivamente), se cuenta la concentración que nos ocupa:

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

Esta misma consideración se repite al principio de la LFDA, que como vimos antes, no pretende ser sino la consecuencia y reglamentación de ese único párrafo del artículo 28 constitucional:

Las disposiciones de esta Ley son de orden público, *de interés social* y de observancia general en todo el territorio nacional. (Artículo 2 [153], mi énfasis)

Y en el artículo 1:

La presente Ley ... tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación ... (Artículo 1 [\[152\]](#))

Cierto que en seguida agrega un segundo objetivo:

[la] protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones ... [\[152\]](#)

Pero es evidente que no existen tales derechos con *anterioridad* a que la LFDA los estipule, dado que la Constitución no los establece sino por el artículo 28, el cual se hace efectivo precisamente en la LFDA. Así que esta Ley, no tiene por objeto *proteger* sino *definir* ese derecho establecido en el artículo 28 constitucional, es decir, explicarlo mediante la determinación del dominio, la extensión y los límites que le permitan satisfacer dicho interés público (o social) óptimamente, dado cierto entorno tecnológico.

Consecuencias del derecho patrimonial

La primera consecuencia de esto es que los derechos de autor, por lo menos su derecho patrimonial, no es un *derecho natural* que exista con anterioridad a la creación y distribución de privilegios que hace el legislador según cierto plan calculado para promover el beneficio público mediante la manipulación del interés privado. Pero el reconocimiento de que no haya una conexión natural entre el bien intelectual y el hombre que lo pensó o imaginó (ni tampoco, en general, una conexión entre un bien y el hombre que le agregó valor trabajando), no la hace menos digna de protección, si al mismo tiempo comprendemos que la capacidad de una sociedad para producir los bienes que necesita depende de que se respete a cada miembro cierto ámbito de prioridad en el usufructo de su trabajo.

La segunda consecuencia es que el derecho patrimonial del propietario de una obra intelectual sí es un monopolio, aunque, por temor de que se confunda con otras concentraciones *ilegales e inicuas* no se le quiera llamar así.

Pero la tercera y más importante consecuencia es que si la justificación de este monopolio es su *utilidad pública*, entonces ésta debe ser al mismo tiempo *su medida*. En pocas palabras, el monopolio ha de extenderse en dominio, duración, uso y difusión, tanto como sea necesario para aumentar su utilidad pública, y ni un palmo más, pues este privilegio adicional, por pequeño que sea, obraría en perjuicio del interés social y ya no estaría justificado.

Pertenece al arte de legislar el determinar cuáles son los límites precisos que conviene marcar, para que el monopolio no rinda, ni por defecto ni por exceso, un beneficio para la sociedad menor del que podría. Se comprende que no es fácil encontrar la configuración de variables que maximice la utilidad pública de la institución que se planea, sobre todo por los cambios tecnológicos y las diferencias en el grado de desarrollo cultural de la población de cada país. Pero lo que no se comprendería en absoluto es que el legislador pensara que su tarea es buscar la configuración que maximice la utilidad del autor, del editor, o de cualquier otro grupo o clase social en particular. La fórmula de éste como de todo monopolio por causa de utilidad pública es simple: cómo configurarlo para optimizar la utilidad de todos los interesados que *no* son titulares del mismo.

De hecho, la reproducción de obras no siempre ha estado sujeta a leyes que regulen la cantidad de ejemplares ni el uso permisible de éstos, ni siquiera a una precedencia de la opinión del autor en esta materia, una vez que estuvo sujeta a leyes. La primera vez que la una ley otorgó a los autores una precedencia en la titularidad del derecho de reproducción de sus obras, fue en 1710, en la Inglaterra de la reina Ana. El *Estatuto de Ana*, que así es como se llama al primer antecedente reconocible de nuestras actuales costumbres, fue promulgado para adjudicar a los autores de los libros la *titularidad original* de un monopolio sobre su impresión y reproducción. No porque antes de ello no hubiera existido un monopolio de facto y legal (una importante fuente de recursos económicos para las coronas del siglo XVIII consistía en adjudicar toda clase de monopolios gravados), sino estando como estaba adjudicado a una especie de [cámara de la industria editorial](#), los escritores estaban económicamente desalentados y por consiguiente el público estaba menos instruido de lo que era posible. Ciertamente que los precios de los libros no habían de bajar por el hecho de que un monopolio cambiara de manos; pero la actividad creadora sí que debía incrementarse (¡y vaya que lo hizo, por lo menos en Inglaterra!). El nombre completo del código en cuestión expresa elocuentemente su inspiración utilitarista: *Acta para el estímulo del aprendizaje por medio de poner las copias de los libros impresos en control de sus autores o de los compradores de tales copias, durante un plazo determinado*. (Ver también Wikipedia: [Statute of Anne](#)) La Corona no traspuso la titularidad del monopolio por el bien de los escritores, sino por el bien del público lector, que debía tener a partir de entonces más y mejores obras literarias. Y eso se ve claramente, porque en el acta misma en que los favorece impone límites a su monopolio y a favor del público. Si hubiera querido enriquecer a los autores, les hubiera otorgado un monopolio ilimitado. Por ejemplo, la duración del copyright era de sólo catorce años. Además, los autores estaban obligados a hacer llegar nueve copias de la primera edición a un número igual de bibliotecas públicas, a efecto de no impedir a ningún ciudadano el acceso a la misma por falta de recursos. [23]

Requisitos y limitaciones del derecho patrimonial

Hay seis variables que el legislador podría definir *libremente* (i.e. sin por ello atropellar derechos preexistentes de ningún interesado) como factores que determinarán la magnitud y tasa de crecimiento del patrimonio cultural de una nación. Las dos primeras consisten en la capacidad de los particulares para mantener y para transmitir títulos de copyright; las otras cuatro consisten en el dominio, la duración, el uso y la difusión de los monopolios. La manera como el legislador opera estas variables es fijando requisitos para las dos primeras y “limitaciones” a las cuatro últimas.

Mientras el legislador no toque los derechos *morales* del autor (cuyo significado y justificación veremos más adelante) y mientras legisle para todos los autores y editores por igual, sin preferencia ni excepción de persona (salvo una clase de excepción temporal para grupos vulnerables, que luego precisaremos), el legislador puede disponer libremente lo que mejor convenga al bien público, sin que eso signifique atropellar derechos preexistentes de algún interesado.

Reglas para la propiedad de títulos de copyright

Desde el reinado de Ana en Inglaterra hasta nuestros días, en casi todo el mundo existe el consenso de que un requisito para poseer un título de copyright es haberlo obtenido por transferencia legítima de un propietario anterior o bien ser uno mismo el autor de la obra. La razón de ello es que de nadie puede esperarse que tenga tanto interés como el autor en difundir sus propias obras y en complementarlas con más obras semejantes.

No hay razón para suponer que los requisitos para transmitir un título sean diferentes de los requisitos para que sea válido cualquier otro contrato de compraventa, a saber, que las dos partes hayan entrado en el mismo por interés propio y mediante una negociación libre. Sería en efecto contrario a los intereses del público y a los del autor, el que éste estuviera impedido por el Estado para vender sus títulos al mejor precio o que el editor (o *publisher*) estuviera impedido de comprarlas y distribuir las tan lucrativamente como pueda.

Es importante señalar que en esta comercialización de títulos sólo son transferibles los derechos patrimoniales; pues siendo los *morales* parte de los derechos que el autor y sus sucesores tienen sobre su *persona* o, más precisamente, sobre su *personalidad*, más que sobre su *obra*, permanecen siempre con el autor o sus herederos.

Ahora hablaremos, entonces, de las posibilidades que el legislador tiene en relación con las cuatro últimas variables, es decir, del tema de las *limitaciones* del monopolio de copyright en dominio, duración, uso y difusión. Es importante apuntar que cuanto diremos se refiere a cualquier propietario de títulos, es decir, por regla general, a los editores.

Limitaciones del monopolio de copyright

Lo primero que hay que decir es que las limitaciones son de dos tipos, según se a uno solo o a los dos recursos que el Estado otorgaba al titular de un monopolio para que maximice su lucro. Estos recursos son (1) un *poder para controlar* (i.e. *comisionar o prohibir*) *la publicación de la obra cuyo título posee en propiedad*, y (2) el *derecho de recolectar una compensación económica por cada miembro del público que acceda a dicha obra*. Esta compensación se denomina "regalía". El legislador puede limitar el poder de un titular para controlar la publicación sin limitar su derecho a las regalías. (Esta limitación se denomina *licencia forzosa*.) También puede limitar ambos. Pero no puede limitar el segundo sin limitar el primero, porque en tal caso el propietario podría usar este poder para extraer una remuneración.

Limitación de un monopolio por su dominio.

La primera limitación se refiere al dominio protegido por la ley. Originalmente la protección del copyright se extendía sólo a obras literarias. Posteriormente se ha extendido a sus adaptaciones, a obras musicales, a sus ejecuciones, a las artes plásticas, a las artes escénicas y a las dancísticas, inclusive a la composición de programas informáticos y de bases de datos (que contengan algo original). En lo que al dominio se refiere, sólo señalaremos, con el objeto de comprobar nuestra teoría utilitarista de esta ley, que no se extiende a toda producción artística o imaginativa, sino solamente a las que estén *registradas* (plasmadas) de alguna manera permanente. Una faena taurina o un excepcional partido de fútbol no están protegidos por esta ley, porque no están plasmados en forma perdurable. Si se filman o video graban, entonces es la filmación o video grabación lo que queda protegido por el copyright, no la faena ni el partido. Parece, entonces, que el espíritu de la ley es que todo acto creativo entre en principio al dominio público; y que sólo salga de ahí (se privatice) cuando haya sido plasmado en algún medio material perdurable. No importa que el registro se haya logrado mediante la escritura, el dibujo, o la codificación digital. Lo que importa es que la obra pueda ser copiada y reproducida.

Esta limitación del dominio está justificada, a mi entender, por el hecho de que, cuando no existe tal registro, tampoco hay nada concreto que posteriormente vaya a dar al dominio público. No sería rentable para el Estado proteger una obra que no se podrá reproducir posteriormente por el resto del público. Sólo bajo una explicación utilitarista de la ley tiene esto sentido. Si, en cambio, el simple trabajo, el esfuerzo o el talento comunicaran a un objeto la propiedad privada sobre la obra intelectual o artística, entonces toda obra del talento debería ser protegida, aun careciendo de registro duradero.

Otro aspecto interesante que observar en lo relativo al dominio es que, de acuerdo a la Convención de Berna, ninguna ley nacional debe imponer *requisitos formales de ningún tipo* para proteger una creación escrita o artística, y en general, ningún otro requisito salvo el ya mencionado de que ésta tenga algún tipo de sustrato material. En particular, no será necesario inscribir la obra en ningún registro público ni ninguna base de datos, análogos al registro público de la propiedad (inmueble) y al de patentes (la otra forma de propiedad intelectual).

La falta de este tipo de requisitos es un aspecto importante, porque transfiere la responsabilidad y el peso administrativo al usuario potencial. En efecto, esta disposición implica que no haya registro público obligatorio del copyright. Y no existiendo tal registro, permanece la incertidumbre acerca de si una obra ha quedado “huérfana” o no (es decir, si no sobrevive ningún sucesor del autor que pueda reclamar la titularidad, o al menos autorizar la utilización y recaudar las regalías) y el consiguiente costo administrativo de localizar al heredero o comprobar su inexistencia, se vuelven prohibitivos y ocasionan la pérdida para la humanidad de todas las obras en dichas circunstancias. En última instancia, resulta más barato utilizar títulos en poder de una editorial, que utilizar los títulos que aparentan estar en el dominio público. Lo cual equivale a suprimir el dominio público en términos prácticos, y con ello suprimir la presión competitiva que, por bien del interés público, el dominio público debía imprimir sobre los títulos privados. En conclusión, la ausencia de un registro público obligatorio de toda propiedad intelectual otorga privilegios injustificados a los editores, y cargas injustificadas a los usuarios.

Limitación de un monopolio por su duración.

Una segunda limitación fácilmente distinguible es la que se impone a la *duración* de la protección estatal.

Esta limitación es la prueba más patente de que la protección del copyright está basada en razones de utilidad pública, o sea, en una justificación utilitarista y no en “derechos naturales”. Ninguna ley de derecho de autor del mundo ofrece protección indefinida a los “derechos patrimoniales” de los autores. Todas marcan un plazo después del cual caduca el copyright. No obstante, los derechos morales subsisten indefinidamente; lo cual es un indicio de que proceden de una tradición de derechos naturales.

La limitación de la duración es, además, la principal de las limitaciones, porque es la que beneficia a más personas. Dicho de otra manera, y desde el punto de vista del dominio público: la caducidad de la protección es la frontera más amplia entre el dominio protegido y el dominio público. Las modificaciones de este término son las de mayor peso, cuando se quiere determinar la justicia con que la ley trata al interés público y al privado. Sobre el término temporal del copyright, la importantísima *Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas* (IFLA) dice lo siguiente:

El derecho de autor tiene una duración limitada, pasada la cual el material protegido pasa al dominio público y puede ser utilizado gratuitamente por cualquier persona con cualquier finalidad. *Éste es un aspecto muy importante del derecho de autor, ya que garantiza que un enorme tesoro de material informativo esté permanentemente a disposición de la enseñanza, la investigación y la realización de nuevas obras de creación.* ([IFLA 2004](#), mi énfasis.)

Ahora bien, el hecho de que el término de la protección haya aumentado desde “catorce años” (*Estatuto de Ana*, 1710) hasta “el resto de la vida del autor, más otros setenta (o hasta cien) años” (LFDA y equivalentes) es contrario al propósito esencial que tiene proteger este tipo de monopolio. Sabemos que los conocimientos aumentan y se suceden cada vez con mayor rapidez y que por lo tanto se vuelve obsoleto en plazos cada vez más cortos. Este hecho, que forma parte del nuevo entorno digital, recomendaría que el plazo de su control monopolístico fuera también cada vez más breve, o al menos que no se incrementara.

Este fenómeno sería inexplicable si la sociedad productora del conocimiento y la consumidora fueran la misma, y el legislador estuviera preocupado por equilibrar los intereses de ambas. Lo que observamos en el mundo actual, sin embargo, son naciones netamente consumidoras de conocimiento y otras que producen casi todo el conocimiento disponible. Casi cualquier nación se encuentra en una de estas dos clases, y por consiguiente legislan de la manera que mejor convenga a sus intereses. Los gobiernos de India y de China, como ya mencionamos, son bastante renuentes a conceder demasiados privilegios a los propietarios de copyrights, pues las sociedades para las que legislan tienen mucha necesidad de esos conocimientos; los gobiernos de Europa Occidental y de los Estados Unidos tienden a extender el monopolio de sus ciudadanos sobre los títulos que poseen, porque representan una parte importante de sus ingresos nacionales.

Esta decepcionante observación vale también de otro tipo de limitaciones del copyright a las que ahora pasamos, y no sólo de su caducidad. En efecto, no sólo la caducidad del monopolio otorgado sobre un

conocimiento es lo que le da su utilidad social y lo justifica, sino también otro tipo de limitaciones como las llamadas 'fair use', 'primera venta', 'copia privada,' etc.. Si bien es cierto que la limitación en tiempo es la que pone más obras en el dominio público, o por lo menos, la que lo pone ahí de manera conspicua.

Limitación de un monopolio por los usos a los que se pone su objeto.

Una tercera clase de limitaciones se refieren a los usos que el titular del copyright *no* puede prohibir o *no* puede gravar al público que use su obra, o las copias de su obra.

En general, se admite que estas limitaciones están todas justificadas por *causa de utilidad pública*. La LFDA mexicana establece, en su Título Sexto, que las limitaciones al privilegio monopólico del autor obedecen a una "causa de utilidad pública" ([cap. I \[509\]](#)). También especifica que las limitaciones solamente aplican para "los derechos patrimoniales" ([cap. II \[511\]](#)), no para los "morales" ([cap. III \[539\]](#)).

Para nuestra sorpresa, al mismo tiempo que el legislador se dispone a imponer, sobre esta base, limitaciones a las prerrogativas del titular de este derecho, también condiciona las limitaciones: sólo aplican, dice, cuando "*no afecten la comercialización normal de la obra*". Esta cláusula es contraria al espíritu utilitarista de la ley de copyright; y constituiría una evidencia en contra de semejante interpretación si no fuera porque también es absurda y contradictoria en sí misma, pues equivale a decir *que las limitaciones no afecten los derechos patrimoniales del titular*. Encontramos, por lo tanto, una grave contradicción o un titubeo en la intención del legislador, que se inclina a un mismo tiempo por afectar y por no afectar los intereses económicos del causahabiente. Probablemente lo que no quiere es que el costo de la inevitable afectación recaiga exclusivamente sobre el titular, sino sobre *la sociedad en su conjunto* de alguna forma directa o a través del Estado (es decir, subsidiando la limitación). Pero no es posible encontrar entre sus disposiciones ninguna que abone esta interpretación. En todo caso, la cláusula no puede neutralizar la interpretación utilitarista de la ley de copyright, porque antes se ha neutralizado a sí misma.

Las limitaciones a los usos controlados por el titular son las limitaciones más debatidas, porque no es fácil señalar con claridad qué casos cae en las definiciones previstas por el legislador, y cuáles no.

Licencia forzosa "por el de interés público" de su difusión.

En la LFDA, por ejemplo, hay una regla en contra de todo uso que, sin autorización o sin remuneración, "afecte la explotación normal de la obra." [\[512\]](#) Pero junto a ella, se enuncia una regla que permite la publicación o traducción de obras literarias o artísticas cuando sea "necesaria para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales," es decir otra vez: cuando el uso sea por causa de utilidad pública. [\[510\]](#)

Una solución intermedia, que ha encontrado el legislador, es limitar de caso en caso el derecho del titular a prohibir la divulgación de la obra, preservando al mismo tiempo su derecho a una remuneración adecuada. Estas limitaciones excepcionales que el Estado impone al derecho patrimonial de una obra se denominan *licencias forzosas*.

Aunque en México la licencia forzosa es excepcional y requiere una autorización expresa y específica por parte del gobierno, sobre todo cuando se trata de libros, hay épocas y países en que los legisladores han hecho de la licencia forzosa una regla general para cierto tipo de usos—por consiguiente, más que un recurso excepcional la licencia forzosa se ha convertido en una *limitación constante*.

En el pasado se ha declarado la licencia forzosa cuando una tecnología emergente de divulgación ha requerido nutrirse masivamente de contenidos para poder sustentarse económicamente. Por ejemplo, en los años en que la radiodifusión comenzaba, la obligación de obtener de los titulares autorización escrita para transmitir las obras musicales amenazaba con impedir el desarrollo de la naciente tecnología, porque eso no se podía hacer suficiente oportunidad. Las naciones en que ese surgimiento ocurría tuvieron que imponer la licencia forzosa (disponibilidad del acervo musical sin permiso pero con remuneración), como manera de facilitar la consolidación de esa tecnología. La costumbre nunca desapareció totalmente de sus legislaciones, y hasta se extendió a la legislación de los demás países. En México, por ejemplo, el artículo 149 de la ley favorece de este modo a las radiodifusoras, al establecer que “podrá realizarse sin autorización... la grabación efímera [de una obra, sólo si se hace de ella] una sola emisión [y mediante el] pago... que corresponde por el uso de las obras.” [521]

Hasta la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) reconoce esta costumbre.

[683] 40. (...) Non-voluntary licenses were usually created in circumstances where a new technology for the dissemination of works to the public had emerged, and where the national legislator feared that owners of rights would prevent the development of the new technology by refusing to authorize use of works. This was true of two non-voluntary licenses recognized in the Berne Convention, which allow the mechanical reproduction of musical works and broadcasting.

Semejante solución es análoga a una *expropiación* que, como tantas otras, se justifica cuando es de utilidad pública. La facultad de expropiar bienes, cuando las condiciones la ameritan y mediante una justa retribución, es una de las prerrogativas del Estado, siempre que no afecte los derechos *morales* del titular, sino sólo los patrimoniales, en el menor grado posible y mediante una compensación justa. La propia Convención de Berna reconoce esta prerrogativa a las naciones.

Aún más, cuando ni siquiera existía la radio, y los libros eran el único medio de divulgación del conocimiento y la cultura, el legislador advirtió que la utilidad pública de la divulgación del conocimiento no podía dejarse por completo a la discreción del titular de los derechos. Así, el mismo *Estatuto de Ana*, pese a dar por vez primera una ventaja a los creadores respecto de los editores, no dejaba de imponer una limitación a sus derechos patrimoniales, la cual consistía en obligarlos a depositar nueve ejemplares de la primera edición en otras tantas bibliotecas públicas, que eran en ese entonces la única forma de garantizar una divulgación irrestricta del conocimiento más reciente. Desde entonces, todos los propietarios de cualquier título nuevo están obligados a hacer depósitos en la Biblioteca Nacional, en el caso de México, y la del Congreso, en el de los Estados Unidos, etc.

Nótese que esta disposición, al poner toda obra novedosa a la disposición del público, indiscutiblemente afecta “la explotación normal de la obra”; pues los editores tendrían mayores ventas, si no hubiera un solo ejemplar accesible de manera pública y gratuita. Subsiste, pues, una contradicción en la legislación.

Uso privado

Otras limitaciones del copyright no sólo afectan el derecho de controlar los usos de la obra y sus copias, sino incluso el de recibir regalías. Entre ellas están las limitaciones conocidas como “primera venta,” “copia privada” y “uso normal y equitativo”.

Primera venta

Según he sugerido repetidas veces en el texto, los derechos de copyright mismos representan una limitación (por causa de utilidad general) al derecho natural del público en general, de acuerdo al cual cada quien puede emplear las cosas a su alcance como mejor convenga a sus intereses o al de sus seres queridos. Por esta razón, los derechos de copyright no pueden implicar ninguna prerrogativa de manera tácita, sino solamente aquéllas explícita y positivamente otorgadas por la ley. En particular, el derecho del propietario de un título a controlar el uso que se dé a la obra correspondiente sólo se extiende a aquellas clases de uso que estén *explícitamente* condicionadas por la ley a su autorización, y ninguna más. La ley prohíbe, por ejemplo, en forma bien explícita emplear una copia de la obra de un autor para hacer nuevas reproducciones y venderlas, independientemente de que aquélla haya sido adquirida legalmente o no, e independientemente de que se transfieran o no regalías al titular. Su autorización expresa es indispensable para hacer esto. Pero no es indispensable para hacer otras muchas cosas que no están explícitamente prohibidas; como leer la copia más de una vez, prestarla, destruirla, venderla, etc.. Basta con haberla adquirido en forma legal.

El sobrentendido jurídico de que el comprador de una copia conserva éstas y todas las libertades que no estén explícitamente prohibidas por la ley es conocido como “doctrina de la primera venta” (*first sale doctrine*).

26. (...) The right of distribution is usually subject to exhaustion upon first sale or other transfer of ownership of a particular copy, which means that, after the copyright owner has sold or otherwise transferred ownership of a particular copy of a work, the owner of that copy may dispose of it without the copyright owner's further permission, for example, by giving it away or even by reselling it. (OMPI [\[538\]](#))

Repetimos: estas libertades no necesitan de una autorización expresa por parte del titular ni del gobierno, porque en última instancia es el titular de los derechos monopólicos de reproducción quien ha sido puesto por la ley en una situación excepcional—en la situación de un monopolio tolerado por causa de interés público. La regla general entre los ciudadanos, de la cual el derecho de copyright representa una excepción, es que todos pueden tomarse cualquier libertad sobre cualquier cosa, siempre que no haya sido reservada explícitamente para un titular; lo cual a su vez sólo está justificado cuando la reserva redunde en un mayor bienestar general.

En este caso igualmente el entorno recientemente creado por la tecnología digital ha debilitado mucho el valor de esta limitación; porque desde cierto punto de vista, muy enfatizado por el gremio de los editores, la mayor parte de los usos de una obra digital constituye una reproducción, o una comunicación, o ambas. En efecto, en el entorno digital el acceso a las obras protegidas por el derecho de autor requiere una reproducción incluso de carácter temporal, verbigracia, una *copia intermedia*. Por ejemplo, para usar un programa informático, como el procesador de palabras, necesito hacer una copia intermedia en la memoria fugaz de la computadora (RAM) a partir de la copia “maestra” que guardo en mi disco duro. La copia intermedia se destruye cada vez que termina una sesión de trabajo. Desde este punto de vista, cada usuario de una biblioteca que lea en ella un libro digital ya no lo estaría *tomando prestado* (que es una libertad contemplada dentro de la doctrina de la primera venta, y gracias a la cual la manera en que funcionan las bibliotecas, tal como las conocemos, cae dentro de la legalidad) sino que lo estaría *copiando* (lo que pondrá a las bibliotecas en la clandestinidad). El derecho de copyright tiene, pues, que ser adecuadamente redefinido para incluir estas copias intermedias dentro del derecho de primera venta (aunque al interés de los editores convendría dejarlas fuera).

Copia privada

Otra limitación a las prerrogativas del titular es la que se conoce como “copia privada”. Se refiere al derecho que mantiene la persona que haya adquirido legalmente una copia de una obra escrita o grabada, para hacerse otra copia más a partir de ella, con tal de que ésta sea para su uso privado y no para vender o distribuir.

Además de que varias legislaciones otorgan la garantía de la copia privada al usuario final y a las bibliotecas de manera explícita, podría sostenerse fácilmente que constituye una libertad implícita en la doctrina de la primera venta, ya que puede verse como un uso especial de las libertades originales que le son restituidas al usuario por medio de la compra legal. Por supuesto, eso no incluye la libertad para vender ninguna de las copias, o tal vez ni siquiera para regalarlas, pues eso podría considerarse una interferencia con “la normal explotación comercial de la obra”.

La LFDA, por ejemplo, autoriza a hacer, sin necesidad de que medie autorización ni de remunerar al titular,

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. [516]

La redacción es extraña, pues no se comprende por qué este derecho ampara al usuario “por una sola vez”, ni tampoco quién podría contabilizar las veces que se utilice. Si la copia es perentoria o fugaz, como la “copia intermedia”, es obvio que yo, el consumidor, necesito hacer copias de la obra adquirida en más, mucho más de una ocasión; aunque, eso sí, nunca tendría más de dos al mismo tiempo. Con toda seguridad, lo que el legislador mexicano quiere decir, es que no pueden hacerse copias sucesivas *a efecto de distribuirlas entre otras personas que no hayan pagado por sus propios ejemplares*, en cuyo caso sí que se afectaría la explotación normal de la obra. Pero si el consumidor final hace una o más copias sucesivamente, y todas las consume él mismo, no hay afectación alguna del derecho patrimonial del titular.

Lo mismo ocurre, por consiguiente, si la copia la hace una persona moral, como una biblioteca; quien tiene derecho a mantener y prestar una sola copia *a la vez* de *cada* ejemplar que haya adquirido legalmente de una obra determinada—o a *n* copias simultáneamente, si son *n* ejemplares los que ha adquirido legalmente.

Esta garantía del público usuario, pese a coincidir no solamente con la doctrina de la primera venta, sino con las condiciones convencionales de cualquier contrato de compra-venta, es sin embargo intensamente atacada por los cabilderos que trabajan para las grandes casas editoriales. La razón de ello es quizás que este derecho del consumidor choca con la codiciada prerrogativa para implementar *dispositivos técnicos de protección* (DTP) en las obras digitales que distribuyen, o sea, candados que obstaculicen su reproducción.

El límite entre el privilegio del titular sobre las adaptaciones de su obra y el derecho de los usuarios de manipularla una vez que ha sido adquirida legítimamente (primera venta, copia privada) se ha desdibujado igualmente al entrar al nuevo entorno digital. ¿Pasar un ebook por un lector de texto en voz sintética y grabar el producto de la operación es una adaptación o una transformación comprendida en el uso normal (fair use)? Si se responde afirmativamente, entonces ¿modificar el tamaño de las letras también lo es, o esto sí pasa por un simple cambio de formato?

Debido a los avances tecnológicos, se ha creado entonces una *zona gris*, que la OMPI describe de esta forma:

[618] 34. In recent years, the scope of the right of adaptation has been the subject of discussion, because of the increased possibilities for adapting and transforming works which are embodied in digital format. With digital technology, manipulation of text, sound and images by the user is quick and easy; discussions have focused on the appropriate balance between the rights of the author to control the integrity of the work by authorizing modifications, on the one hand, and the rights of users to make changes which seem to be part of a normal use of works in digital format, on the other hand.

Por estas razones, la OMPI, al igual que las grandes compañías de editores, presionan para quitar la copia privada de la lista de limitaciones convencionales al copyright. Hay que agradecer que hasta ahora no lo hayan logrado.

[559] 27. ... an area of major concern at present relates to the scope of a limitation, traditionally present in copyright laws, which allows individuals to make single copies of works for private, personal and non-commercial purposes. The emergence of digital technology, which creates the possibility of making high-quality, unauthorized copies of works which are virtually indistinguishable from the source (and thus a perfect substitute for the purchase of, or other legitimate access to, authorized copies), has called into question the continued justification for such a limitation on the right of reproduction.

Cabe mencionar, sin embargo, que algunos países que han mantenido la copia privada como un derecho del público consumidor, han balanceado esta defensa del consumidor mediante una recolección indirecta de fondos compensatorios para las editoriales. Esta recolección se hace mediante un impuesto especial al equipo y los materiales empleados en los procesos privados de grabación; es decir, grabadoras y sustratos vírgenes.

Uso normal y equitativo (“Fair dealing”)

El “uso normal” comprende todos los usos que pueden hacer con un ejemplar, por el simple hecho de estar éste en una biblioteca u otro espacio público. También es la limitación más polémica de todas. No porque los editores y sus abogados declaren abiertamente su oposición a esta limitación, sino porque buscan darle una interpretación tan estrecha, que los únicos usos posibles que se acomoden al concepto sean aquellos previamente autorizados y plenamente remunerados. El ‘uso o tratamiento normal’ (*fair use*, en Estados Unidos, *fair dealing*, en el Reino Unido) es otra zona gris en la legislación, una ‘tierra de nadie’ en la que la resolución final de cualquier conflicto es incierta, pues se presta a la interpretación de los jueces. Sin embargo, en los países con tradición jurisprudencial (los que se legislan mediante el ‘derecho común’), las resoluciones judiciales por conflictos de ‘uso normal’ constituyen el procedimiento por el que las limitaciones y las prerrogativas del titular de copyrights van adecuándose a los adelantos tecnológicos. En esa tradición, se legisla a fuerza de litigios. En los países con tradición en el derecho civil, el ‘uso normal’ no es un concepto que se adapte fácilmente, porque no pertenece al dominio interpretativo de los jueces, sino que se norma por disposiciones escritas por el legislador. Por eso la definición del uso normal es, en esta tradición, obsolescente, imprecisa, y en resumen torpe.

Por ejemplo, en la LFDA mexicana, el tratamiento propio en el uso de una obra estaría supuestamente encapsulado en seis de las siete cláusulas del *artículo 148* (mis énfasis):

[512] 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:

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

[514] 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;

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

[516] IV. [Esta cláusula establece el derecho de las personas físicas y las instituciones educativas y de investigación a una copia privada].

[518] 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;

[519] VI. **Reproducción** para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y

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

Algunas observaciones importantes. En primer lugar, estas cláusulas son suplementarias, no complementarias. Es decir que no se necesita cumplir los siete requisitos para que una reproducción caiga dentro del uso normal. En ninguno de los casos la reproducción es onerosa ni requiere autorización previa del titular de los derechos. La mayoría de las cláusulas amparan la reproducción como medio de facilitar la educación, la información pública o el buen funcionamiento de otras actividades sociales de interés público, como la impartición de justicia. De manera que el uso de fotocopias en las bibliotecas de una universidad estaría libre de sospecha. No obstante eso, varias universidades en México han sido amedrentadas por “sociedades de gestión colectiva” al punto de concertar convenios para gravar todo el fotocopiado que hagan estudiantes, profesores e investigadores.

Hay que decir que, en el caso de la LFDA, el legislador no hace gran esfuerzo por evitar los conflictos sobre la interpretación del uso normal; pues, si bien todas estas cláusulas establecen limitaciones a las pretensiones de los editores bastante claras *prima facie*, al mismo tiempo sujeta a todas a la ya mencionada condición general de “que no se afecte la explotación normal de la obra”; con lo cual las contradice a todas de un plumazo.

Quizás lo que quiere decir es que las libertades garantizadas por las cláusulas sólo valen para obras agotadas del mercado, o difíciles de encontrar (i.e. *out of print*). El hecho de que sea tan parco en explicar lo que entiende por reproducciones y comunicaciones que *no* afectan la explotación normal, hace que tanto usuarios como editores teman ir a un juicio sobre ‘uso normal’, por lo imprevisible de sus resultados. A quien más afecta esta ambigüedad es a los supuestos beneficiarios de las seis limitaciones, pues el riesgo de las demandas impide que cosechen el provecho previsto por estas limitaciones. ¿Qué universidad, qué instituto, qué particular se arriesgaría, armado con una ley tan vaga, a ser demandado por las grandes casas editoriales?

Un caso notable: Mayra Tawik y el caso canadiense

Como dije, en los países pertenecientes a la tradición del derecho común, como Canadá, el concepto de “*uso normal*” se ha ido precisando cada vez más mediante litigios sucesivos. Recientemente la Suprema Corte de ese país llegó a una importante precisión del concepto, gracias a un juicio entre una asociación de editoriales y una biblioteca especializada en derecho, que daba entre otros servicios el de fotocopiar material para sus usuarios, la mayoría de ellos abogados.

El resultado es muy interesante, porque dio la oportunidad para que magistrados del más alto nivel esclarecieran el concepto de “*uso normal*”, que es lo que la biblioteca argumentó en su defensa. Sus conclusiones son muy interesantes, y sirven para apoyar la interpretación utilitarista que hemos venido dando a los derechos de autor.

Lo que voy a decir se apoya fuertemente en las reflexiones de Mayra Tawik, expuestas en su artículo sobre este caso canadiense y publicado en línea por el [Boletín de derecho de autor](#), UNESCO (Abril – junio de 2005).

La Suprema Corte del Canadá resumió en este párrafo sus consideraciones sobre el uso normal:

“La Ley de derecho de autor se ha presentado usualmente como un balance entre la promoción del interés público al incentivar y diseminar las obras artísticas y del intelecto, y [la promoción de un interés privado opuesto, al servirle] como modo para la obtención de una retribución justa para el creador ... El justo equilibrio entre éstos y otros objetivos de orden público radica no sólo en el reconocimiento de los derechos del autor sino en dar a cada uno [de sendos derechos] el peso que corresponde a su naturaleza limitada.” (Suprema Corte Canadiense, vid. Myra Tawik)

Según Tawik, el balance buscado entre los “derechos” (no los intereses) del usuario y los derechos del titular del copyright se manifiesta justo en el perfil que se dé a las limitaciones, y sobre todo, a la de uso normal. Lo más importante de la resolución de la Suprema Corte estriba precisamente en considerar estas limitaciones como “derechos de los usuarios”, y no solamente como “disculpas desesperadas” de individuos desprovistos de derechos cuando se les lleva a juicio.

Para apoyar su interpretación, Tawik interpreta la aclaración hecha por la Suprema Corte, en el sentido de que las excepciones marcadas por la ley deben considerarse como otros tantos derechos positivos del usuario en general, cuyo atropello debe tratarse con tanta severidad como el atropello a los derechos del titular de un copyright.

“La excepción [i.e. limitación] del ‘fair use’, como otras excepciones [limitaciones] en la ley de derecho de autor—dice efectivamente la Suprema Corte, en otra parte de su resolución—es un *derecho del usuario*. Con el fin de mantener un equilibrio adecuado entre los derechos de un titular de copyright y los intereses de los usuarios, ésta [la excepcionalidad] no debe ser interpretada restrictivamente [sino ampliamente].”

Esta interpretación muestra la forma en que el concepto “derechos del usuario” se manifiesta en la actualidad canadiense. El enfoque cubre especialmente a aquellos cuya función es diseminar el conocimiento y la información con fines educativos o de investigación. Aún más, la Corte también sostuvo que el término “investigación” debe ser interpretado en sentido amplio, “para incluir el tipo de (...) investigación realizada por abogados practicantes.”

Tawik resume así sus observaciones:

[Con la incorporación de] la expresión de *derechos de los usuarios* al lenguaje, y con la adopción de una interpretación amplia y expansiva del ‘*fair use*’, la Suprema Corte [Canadiense] ha desplazado el análisis lejos de la preeminencia de los interés en el *derecho de autor*. (...) [Lo] que se argumenta es que la igualdad de trato entre ambos titulares de derechos [consiste] en que ningún interés tiene precedencia sobre el otro. (7)

Queda claro ahora que el derecho de reproducción se entiende mejor si se ve como siendo él mismo una *limitación a los derechos del público en general*. Las limitaciones propias del derecho de autor de cara al derecho de los usuarios, y viceversa, pueden ser admitidas y tratadas sobre la base de la imparcialidad que debe privar entre cualesquiera miembros de la sociedad. Y por consiguiente, no cabe considerarlas ni como excepciones ni como excusas. Esto no quita que también haya, como veremos, verdaderas ‘excepciones’ a esta imparcialidad general, que, a diferencia del “uso normal”, sí cuentan como lagunas o salvedades al trato imparcial entre ciudadanos libres. Me refiero a las concesiones que las leyes de derechos de autor otorgan y las que deberían otorgar a grupos desaventajados de la sociedad. A diferencia de las limitaciones que hemos discutido, las *excepciones* están dirigidas a grupos específicos identificados por el legislador. Como excepcionales que son, estas reservas deben ser revisadas periódicamente por el legislador, con la esperanza de que la situación de desventaja haya cambiado y de que la excepción ya no sea requerida.

Un nuevo enfoque

La decisión de la suprema Corte Canadiense marca un giro fundamental en la tendencia mundial, que hasta entonces había sido la de fortalecer el monopolio del copyright. Se había sostenido insistentemente que el interés del titular de derechos autorales coincide plenamente con el interés público. O sea, que el *verdadero* interés público, pese a la generalizada afición a la piratería, está en proteger al creador, puesto que de no hacerlo pronto careceríamos de obras que disfrutar y que piratear.

La resolución de la Suprema Corte pone de manifiesto por vez primera que el interés del autor y el del público no coinciden *plenamente*, aunque lo hagan *parcialmente*. El interés del público por lograr un grado razonable de *acceso* a las obras protegidas, está en contradicción parcial con el interés del autor de cobrar regalías por toda forma de acceso. Este conflicto parcial de intereses constituye el fundamento derechos positivos para ambas partes, y la Ley debe mediar entre ambos de manera imparcial y sensible. Apurar más y más las prerrogativas del titular de copyrights no necesariamente redundan en una promoción del interés público, que sería la única justificación admisible para ampliarlas.

La Suprema Corte Canadiense desmintió la tendencia judicial de las últimas décadas en un segundo sentido, a saber: que tampoco coinciden plenamente el interés del autor y el del editor.

En este otro caso, el conflicto parcial de intereses estriba en la diferente relación que cada uno de ellos tiene para con el dominio público. Mientras que el creador depende al menos en parte de lograr un acceso

suficientemente franco a las obras de otros autores, el editor no lo necesita en absoluto, y por consiguiente está dispuesto a extinguirlo si fuera posible. Como lo explica la académica de la Universidad de Michigan, Jessica Litman (*The Myth of Copyright*), citada por Tawik (p. 9):

“La principal discrepancia entre estos intereses está en que, a diferencia del titular de derechos (normalmente el editor o *publisher*), el creador depende, para el buen curso de su proceso creativo, de la vastedad del dominio público.

“La verdad es que los intereses económicos de un autor no pueden estar divorciados del proceso creativo desarrollado por éste. Los autores son con frecuencia usuarios a su vez de obras protegidas por el derecho de autor y, por ende, dependen de un vasto dominio público. Por lo cual es posible que los mismos autores tolerasen una mayor latitud en relación con los usos permitidos de sus obras [del que toleran los *publishers*].”

El *publisher*, por su parte, como no depende directamente del dominio público, está determinado a reducirlo tanto como pueda; pero al intentarlo “omite considerar la posibilidad de que, de prolongarse esa continua desvinculación, llegará el momento en que no habrá nuevas obras creativas para su explotación”

“El uso del trabajo de otros autores en el trabajo propio es inherente al proceso de autoría.”

Si bien los derechos del autor coinciden en parte con los del editor, también coinciden en parte con el de los usuarios (de los cuales forma parte). Si los derechos de los usuarios coinciden en parte con los del editor, también se oponen a ellos en otro respecto. De modo que lo que el juez (en los países del derecho común) o el legislador (en los países del derecho civil) deben hacer es mediar con imparcialidad entre los tres tipos de intereses.

Uso por grupos sociales especiales

Aunque es común que autores y legisladores se refieran a la primera venta, a la copia privada y al uso normal como “excepciones”, me parece preferible denominarlos “limitaciones”; y es que, como acabamos de ver, todos forman parte de los derechos originales del público en general; siendo en cambio los monopolios (grandes y pequeños) los que constituyen una excepción a la regla establecida de manera positiva—en el caso mexicano por medio del artículo 28 de la Constitución. Una segunda razón para llamarlos limitaciones, es que la legislación del derecho de copyright también considera, además de las limitaciones que amparan a los usuarios en general, otras verdaderas excepciones, privilegios dirigidos a ciertos grupos específicos de usuarios.

De hecho, podríamos señalar la licencia forzosa como una excepción, más que como una limitación; dado que no ampara a cualquier usuario, sino solamente a las radiodifusoras y a las televisoras. Ciertamente podría argumentarse que a través de ellas beneficia indirectamente a todo el público. Pero no deja de parecer extraño, sin embargo, que los proyectos de mucha mayor importancia para la educación y la investigación, como la *Million Book Library* y *Google Scholar*, no disfruten del beneficio de la licencia forzosa—la cual,

como ya debe haber quedado claro, no equivale a que los lectores se beneficien económicamente a costa de los derechos patrimoniales de editores y/o autores, sino más bien a una simplificación administrativa que transfiere parte de los reducidos costos de localización recíproca a los editores. En efecto, los costos de contactación para transferir las regalías se verían drásticamente reducidos, si se aplicara la licencia forzosa a la distribución por Internet, dada la gran facilidad que tendría el editor que quisiera comprobar si los títulos en su poder están o no en dichas bibliotecas. Gracias a instrumentos como *Google Search*, sería fácil y casi gratuito para los editores determinar si en toda la Internet hay alguna copia, legal o ilegal, de los títulos de su catálogo. Otorgar a las bibliotecas digitales registradas el beneficio excepcional de la licencia forzosa significaría un beneficio indirecto para la humanidad en general, sin detrimento de los genuinos intereses de autores y editores.

Hay, sin embargo, otra excepción, es decir, otra limitación a los derechos de copyright que, siendo discriminatoria, ya que no beneficia a toda la sociedad ni directa ni indirectamente, sí está plenamente justificado. Me refiero al privilegio excepcional que deben disfrutar los grupos sociales más desaventajados, como es el de las personas que tienen alguna discapacidad—me refiero en particular, dado que se trata de información, y sobre todo de información impresa, al grupo de las personas ciegas o con debilidad visual.

Como vimos, los magistrados canadienses llegaron a la conclusión de que el público en general tiene derechos que no pueden ser vulnerados por los titulares de copyrights. Estos derechos positivos del público usuario constituyen el límite más allá del cual no pueden extenderse los privilegios conferidos al propietario de un copyright; pues si lo hicieran, el mercado de información resultaría en un enriquecimiento injustificado de los editores a costa de los intereses del público y hasta de los autores.

La pregunta que surge es si los derechos de estos usuarios vulnerables deben ser más amplios que lo normal; si la “normal explotación comercial de las obras” debería verse mucho más afectada cuando se trata de estos usuarios, o de las agencias que trabajan en su representación o para su servicio (editoriales de transcripción y de audio grabación, bibliotecas, etc.).

Hemos dicho ya que la conversión de un libro o audio-libro entre formatos puede interpretarse como el uso normal de una copia privada, o como utilización de una obra para *derivar* de ella otra nueva. Según esta última interpretación, la conversión requiere de autorización expresa por parte del titular y de un pago de regalías; y por consiguiente, ésta es la interpretación favorecida por el gremio de los editores. Si se admite esta interpretación, entonces el ciego o la biblioteca especializada no podrían ampararse en la doctrina de la primera venta, ni en la del uso normal ni en la de la copia privada, para hacer una adaptación formal que le permita acceder a los libros. Es cierto que esta interpretación no es ni la única, ni siquiera necesaria, y que por lo tanto las bibliotecas, sobre todo las bibliotecas universitarias, podría arriesgarse a facilitarles el acceso por medio de dichas adecuaciones. Sin embargo la experiencia ha demostrado que los asesores jurídicos de estas instituciones, para estar seguros de no verse envueltos en ningún juicio, han optado por recomendar que se busque la autorización y que se ofrezcan las regalías en todos los casos y para todos los usos de las obras en las bibliotecas. No hace falta recordar que si eso es incosteable para la *Million Book Library* y para *Google Scholar*, para cualquier biblioteca normal está fuera de toda consideración.

Aunque la LFDA mexicana no hace mención alguna de las excepciones basadas en *privilegios* compensatorios otorgados a grupos vulnerables, el *Reglamento de la LFDA* sí la establece:

[217] ARTICULO 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.

Naturalmente que la *reproducción* clónica de una obra no la hace más accesible, y que por eso es siempre preciso transcribirla a otra forma de codificación o a otro medio, como el audible. Si esta transcripción hubiera de considerarse como una adaptación o una derivación, la intención original del legislador se auto anularía.

Otras limitaciones posibles. El “criterio de tres etapas”.

He enumerado, clasificado y, hasta donde he podido, justificado bajo una interpretación utilitarista, las limitaciones que aparecen en la legislación mexicana o que son reconocidas casi universalmente. No son éstas todas las limitaciones que los legisladores pueden imaginar y establecer. Una vez que hemos tomado conciencia de que la *utilidad pública* constituye la única razón para que los Estados definan, otorguen y protejan un *derecho patrimonial de reproducción*, advertimos también que hay una gran variedad de configuraciones legales posibles que podrían optimizarla, si lograsen un equilibrio más eficiente entre producción y acceso. Y que este punto óptimo está tan lejos de una situación en la que haya mucho acceso y escasa producción (por ejemplo, una legislación que no prevea castigos a la “piratería”) como de una situación en la que haya mucha producción pero un acceso estrecho (una legislación en que el dominio público esté drásticamente reducido en tiempo, dominio y usos). (No debe extrañarnos que un país como el nuestro, que ha reducido el dominio público a prácticamente nada, resulte ser también uno en el que la población accede al patrimonio intelectual por la violencia, es decir, por medio de la piratería.)

Lo importante es entender que la búsqueda del equilibrio óptimo entre accesibilidad y producción se consigue solamente por medio de una cuidadosa y deliberada definición de limitaciones y excepciones.

Las limitaciones hasta aquí mencionadas no son ni necesarias ni únicas. Es posible imaginar otras diferentes, y combinarlas de distintas maneras. Las únicas condiciones que el legislador debe cumplir son las que establece la Convención de Berna. E incluso ésta prevé que cierta flexibilidad para los Estados parte.

El párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de Berna (Acta de París de 1971) permite a los países miembros introducir excepciones inéditas a condición de que éstas:

- Representen «casos especiales»;
- No atenten contra «la explotación normal de la obra»; y
- No causen «un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

Estas tres condiciones son conocidas normalmente como el *criterio de las tres etapas*.

Condiciones del nuevo entorno digital que exigen una adecuación de estas normas.

Cuando la tecnología analógica era el único o el principal medio para transmitir información, resultaba fácil y económico considerar las operaciones mecánicas por las que la información de una obra quede codificada en un nuevo sustrato material como otras tantas acciones de difusión o modificación de la obra original. Por ende el número de "copias" hechas (cualquiera que sea su propósito) sirve aproximadamente para contar el número de regalías que el propietario del título tiene derecho a reclamar.

En cambio, en el entorno de actividad que resulta de la tecnología digital, ni el uso normal de una obra legalmente adquirida está ligado con el sustrato material en el que originalmente se adquirió ni el número de transferencias de la información es contable como base para calcular las regalías debidas, ni cuando la transferencia se hace a un sustrato homogéneo (copia) ni cuando se hace a uno heterogéneo (conversión). La razón de esto es que, gracias a la codificación digital de la información de la obra, el costo de transferirla entre sustratos cayó a cero, pasando así a formar parte de los procesos invisibles pero necesarios en su manipulación normal. Como ejemplo de esto mencionamos que las computadoras hacen copias intermedias tanto de los programas informáticos como de los contenidos cada vez que éstos se usan. Cabe mencionar también que el sustrato material que permite preservar la información cambia con frecuencia cada vez mayor, de acetato, a cinta magnética, a disco magnético, a disco óptico (CD), a DVD, etc., y que el usuario no podría conservar su inversión original, si no se le permitiera transferir la obra que adquirió entre todos estos medios.

Derechos morales

Todo lo dicho hasta aquí afecta a los *derechos patrimoniales*, que amparan a cualquier propietario de un título de reproducción exclusiva (un copyright), es decir, a un autor o, lo que es más común, a un editor (*publisher*). Nuestra tesis central respecto de ellos es que constituyen una herramienta al alcance del legislador para servir de la mejor manera más variada y expedita las necesidades intelectuales de la sociedad; y que ese objetivo es lo único que los justifica. La herramienta consiste en combinar los intereses privados de autor, editor y usuario, de tal modo que todos contribuyan a generar y engrosar un patrimonio común a la vez que sólo persigan su beneficio particular.

No obstante eso, los países con tradición de derecho civil suelen incluir en el mismo código otro tipo de derechos que no amparan a cualquier propietario de un copyright, sino solamente al autor de la obra, y que lo amparan incluso después de enajenar sus derechos patrimoniales. Esos derechos, que son los únicos que merecen llamarse propiamente derechos "de autor" (por oposición a los "de reproducción"), no tienen una justificación utilitaria, sino estrictamente moral; y quizás por ello se denominan derechos morales.

Los países anglosajones no dejan de amparar los derechos morales, pero para ellos la materia está dispersa en otros códigos, y no se asocia con el copyright.

Los derechos morales, según la OMPI, y con base en la Convención de Berna, son:

[627] 35. The Berne Convention requires member countries to grant to authors: (i) the right to claim authorship of the work (sometimes called the right of “paternity”); and (ii) the right to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the work which would be prejudicial to the author’s honor or reputation (sometimes called the right of “integrity”). These rights, which are generally known as the moral rights of authors, are required to be independent of the economic rights and to remain with the author even after he has transferred his economic rights. It is worth noting that moral rights are only accorded to human authors; even if someone else is the owner of economic rights in a work (for example, a film producer or a publisher), only the individual creator has moral interests at stake.

Los derechos patrimoniales definen la esfera en la que el Estado protege los intereses de aquel a quien ha otorgado un título de exclusividad para explotar una obra intelectual. Las limitaciones legales a dicho título definen una esfera en la que la voluntad del propietario se realiza infaliblemente, por medio de anular, mediante la amenaza del Estado, la voluntad de cualquier otro individuo—es decir, por medio de restringir coactivamente la libertad de la que originalmente gozarían todos los hombres. En otras palabras, los privilegios patrimoniales definen una esfera de exclusividad (esfera privada) para una voluntad privilegiada (titular de derechos) por contraste con la libertad original (esfera pública). En ese respecto es intrascendente si esa voluntad privilegiada es la del autor o la de algún otro que haya obtenido el título por transferencia legítima.

Por contraste, los derechos morales definen la esfera en la que el Estado protege *la autonomía del autor en cuanto persona pública*. Es decir, definen el uso que otros individuos *no* pueden dar a su obra, porque equivaldrían a utilizar *la persona* del autor como medio y no sólo como fin en sí misma. Usar de ese modo a la persona de otro constituye la esencia de la conducta *inmoral*; y por consiguiente, la garantía que da el Estado a todo ser humano de que no será tratado así es su derecho *moral*.

La esfera trazada por las *garantías morales* no separa los *usos* permitidos al autor de los *usos* permitidos a cualquier otro. Más bien separa los usos permitidos al autor de los usos permitidos a su *editor*. La razón de esto no puede estar sino en el hecho de que, como dijimos antes, los intereses del autor y los de su editor no necesariamente coinciden. Pues aunque coinciden en lo que se refiere a maximizar el rendimiento económico de la obra, este objetivo que para el editor es incondicionado no lo es así para el autor, quien tiene que conciliarlo con el de conservar e incrementar su reputación personal (así sea solamente para dar valor a las obras que pueda escribir en el futuro).

También separa los usos permitidos al autor de los usos permitidos a su *gobierno*. Nadie puede usar la personalidad de otro, tampoco por tanto la personalidad de un autor, para promover sus propios fines; excepto, por supuesto, que ese autor lo haya autorizado. Ello equivale a decir que los gobiernos no deberían poder emplear los logros de sus autores e intelectuales para promover sus propios objetivos geopolíticos o económicos. Pero también impone un límite al uso que el legislador puede hacer de la creación para promover la utilidad pública. Ya hemos dicho que la regulación del copyright consiste precisamente en instrumentalizar los intereses del autor para ese fin. Así que, además de las garantías de paternidad y de integridad, la moral otorga una tercera garantía de sustraerse a esa instrumentalización. Esta garantía se expresa en el derecho de cualquier autor a impedir que su obra se haga pública contra su voluntad.

Los llamados derechos patrimoniales del autor, así como sus limitaciones, han sido establecidos con vista a la divergencia (oposición parcial) entre los intereses del público que demanda ejemplares y del ofertante, es decir, del “publisher”; en tanto que los llamados derechos morales son establecidos en atención a la diferencia entre los intereses del “publisher” y los del autor, y la que hay entre éstos y los del Estado.

En la mayor parte de este artículo hemos hablado sólo de la protección y limitación de los derechos patrimoniales del titular. Naturalmente que ellos pueden tener otros tipos de intereses a los que su propio interés económico debe subordinarse. No sabemos cuáles puedan ser éstos, pero para los demás ciudadanos, estas razones deben ser sagradas. Respetar esos intereses supremos, aunque nos sean desconocidos e imprevisibles, es lo que hace la diferencia entre tratar al creador como un simple medio de la sociedad o tratarlo como un fin en sí al mismo tiempo. Si, por ejemplo, el creador decide no publicar su obra en absoluto, o sea, no ponerla en el mercado editorial, eso debe ser respetado tanto por los editores, como por el público y por el Estado. Ello es un límite que el estado impone a todo el mundo en sus relaciones posibles con cada persona; y esta vez, por razones morales, no económicas. Por consiguiente, no constituye un límite revisable, como sí los son siempre límites económicos.

La protección a los derechos morales del creador constituye un *límite absoluto* al uso que *de su personalidad* se puede hacer.

Por último, las violaciones a este derecho son tan incidentales (dado que no existe una presión económica constante por una parte de toda la sociedad), que el Estado no puede perseguirlo de oficio e indiscriminadamente, como hace con la reproducción y la emisión no autorizadas (“piratería”), sino sólo mediante queja individual. En realidad las amenazas más comunes a estos derechos provienen de los gobiernos mismos (uso propagandístico forzado de los “intelectuales nacionales”) o de otros creadores (plagio).

Conclusión

En todo lo relativo a los derechos y limitaciones del *copyright*, los lineamientos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para las legislaciones nacionales de derecho de autor son congruentes, mientras se los interprete de forma utilitarista, esto es como orientaciones en el trabajo legislativo de buscar los arreglos jurídicos nacionales que mejor favorezcan la ilustración del género humano en su conjunto dentro del marco de posibilidades establecido por la Carta de Derechos Humanos. Su congruencia es menor o más forzada, si se los interpreta como expresión directa de un supuesto derecho natural e irrestricto del autor sobre el fruto de su investigación o las cualidades estéticas de su creación.

Esto significa que los legisladores en los Estados signatarios, como México, deben buscar el diseño arquitectónico de privilegios monopólicos y de limitaciones a los mismos que, en su particular contexto tecnológico y jurídico, estimule al máximo la producción y la difusión de conocimientos.

La Ley Federal de Derecho de Autor de México (LFDA), si hacemos caso omiso de algunas contradicciones lógicas, satisface los lineamientos de la OMPI y mantiene cierta unidad de sentido, si se la interpreta de

esta manera y se la considera como legislando en un *entorno analógico*, pero no las satisface ni conserva el mismo sentido, cuando se la considera en un *entorno digital*.

La razón de esta diferencia es que en un entorno analógico es razonable asociar el *uso normal* de cualquier obra legalmente adquirida a la tenencia del sustrato material en el que fue adquirida, mientras que en un entorno digital no es razonable y ni siquiera tiene sentido.

En el nuevo entorno digital una copia más no significa una persona más que tiene acceso. El usuario normal puede tener muchas razones para hacer copias fugaces o duraderas de las obras para las que ha comprado acceso, y esas razones deben ser respetadas, puesto que, como acabamos de ver, caen dentro del uso normal. Poner candados mecánicos o digitales que impidan el copiado es una violación del trato justo que debe haber entre los editores y el público consumidor.

Entre esas razones justificadas está la de convertir la información de la obra a medios y sustratos que permitan el acceso del usuario que ha franqueado su acceso o que lo busca a través de las bibliotecas públicas. Por definición, los candados diseñados para evitar el copiado obstaculizan igualmente esta conversión. Si se sigue tolerando el empleo de estos por parte de los editores, no sólo se estará violentando el régimen de trato justo, sino también el derecho de los ciegos y los débiles visuales a tener el mismo acceso a la información que el resto del público.

No puede negarse que las leyes deben garantizar a los titulares de patrimonio intelectual un monopolio que fomente la investigación, la creación y la difusión, pero tendrán que usar otro indicio distinto al copiado como criterio de nuevos accesos. Así mismo, los Estados tendrán que perseguir a los editores clandestinos por medios jurídicos, distinguiéndolos cuidadosamente de los usuarios en el ejercicio de sus derechos, en vez permitir a los legítimos propietarios del derecho patrimonial que lo protejan por medio desleales para la sociedad.

Bibliografía:

Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris : UNESCO ; Bogota : Centro regional para el fomento del libro en América Latina y el Caribe, 1993.

Delia Lipszyc, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. París : Unesco, 2004.

P. Bernt Hugenholtz (ed.); contributors Kamiel J. Koelman ... [et al.], *Copyright and electronic commerce : legal aspects of electronic copyright management*, The Hague : Kluwer Law International, 2000.

Bettig, Ronald V. *Copyrighting culture : the political economy of intellectual property* Boulder, Colorado : Westview, 1996.

De próxima aparición:

Kart-Erik Tallmo, *The History of Copyright: A Critical Overview With Source Texts in Five Languages* <http://www.copyrighthistory.com>

Sitios importantes en la Web:

[Millon Book Project para una biblioteca digital libre y gratuita \(sede de la India\)](#)

[Carnegie Mellon University Libraries \(origen del Million Book Project\)](#)

[Búsqueda de libros a texto completo de Google](#)

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (www.unesco.org/es)

[Boletín de la UNESCO sobre Derecho de Autor \(http://tinyurl.com/yvtk9c\)](http://tinyurl.com/yvtk9c)

[Organización Mundial de la Propiedad Intelectual \(OMPI - WIPO\) \(www.wipo.int\)](http://www.wipo.int)

[Legislación Federal Vigente](#)

[Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela \(IDIUS\)](#)

[Cambridge University, Centre for Intellectual & Information Law](#)

[Chicago Intellectual Property Colloquium \(www.chicagoip.com\)](http://www.chicagoip.com)

[The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School](#)

[Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial \(IMPI\)](#)

[Instituto Nacional del Derecho de Autor \(INDAUTOR\)](#)