

00750



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“EL DERECHO DE REMUNERACION COMPENSATORIA POR COPIA PRIVADA EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR”.

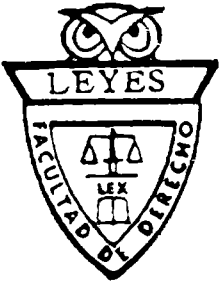
T E S I S I N A

QUE PARA OPTAR EL DIPLOMA DE

ESPECIALISTA EN DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

P R E S E N T A :

BRENDA ANDREA MORA RODRIGUEZ



TUTOR: MTRO. REYNALDO URTIAGA ESCOBAR

CIUDAD UNIVERSITARIA,

JUNIO DE 2005.

MC 351684



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Universidad Nacional Autónoma de México.  
Facultad de Derecho.  
División de Estudios de Posgrado.

*“El derecho de remuneración compensatoria por copia  
privada en la Ley Federal del Derecho de Autor”.*

Tesina que para optar el Diploma de Especialista en  
Derecho de la Propiedad Intelectual presenta:

Brenda Andrea Mora Rodríguez

Tutor: Mtro. Reynaldo Urtiaga Escobar.

Ciudad Universitaria, junio de 2005.

*A Juan José Marín López, con amor, admiración y gratitud.*

*A Gilberto Gazcón de Anda, por sus sabios consejos.  
A Eduardo de la Parra y a Reynaldo Urtiaga, por permitirme aprender de ellos.*

*A mi alma mater, Universidad Nacional Autónoma de México.*

## CONTENIDO.

### INTRODUCCIÓN.

#### CAPÍTULO 1. LOS DERECHOS PATRIMONIALES: EXCLUSIVOS Y DE SIMPLE REMUNERACIÓN.

Derechos patrimoniales exclusivos.....	2
Derecho de Reproducción.....	5
Derecho de Distribución.....	9
Derecho de Comunicación Pública.....	12
Derecho de Transformación.....	14
Derechos de simple remuneración.....	18
Derecho de regalías por comunicación pública y por arrendamiento o alquiler.....	19
Derecho de seguimiento.....	22
Derecho de remuneración compensatoria por copia privada.....	23

#### CAPÍTULO 2. LIMITACIONES A LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

Límites o excepciones.....	27
La regla de los tres pasos.....	32
Las limitaciones en la Ley Federal del Derecho de Autor.....	43
Fair use.....	51

#### CAPÍTULO 3. LA COPIA PRIVADA.

Naturaleza jurídica.....	57
Quién gana y quién pierde con la remuneración compensatoria por copia privada.....	59
Sujetos pasivos y activos.....	63
Bienes sobre los que recae el pago compensatorio.....	68
Recaudación y distribución del pago compensatorio.....	69
De la copia privada en el entorno digital.....	72
La posición de los jueces.....	82

#### CAPÍTULO 4. LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL DERECHO DE COPIA PRIVADA COMO UN DERECHO DE REMUNERACIÓN COMPENSATORIA EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR.

Las diversas propuestas de reformas presentadas en las legislaturas pasadas.....	92
La experiencia en otros países.....	111
Una correcta y eficaz regulación acorde a la época actual.....	118

CONCLUSIONES.....	132
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA.....	135
----------------------------------	-----

## INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación, tiene por finalidad exponer las principales corrientes y enfoques que sobre el derecho de remuneración compensatoria por copia privada se han difundido tanto en la doctrina como en la práctica autoral.

Amén de lo anterior, y toda vez que en la legislación autoral mexicana no se encuentra regulada dicha institución jurídica nos adentramos en su estudio y en la necesidad de conseguir una normatividad que asegure como consecuencia última: la promoción y producción artística y cultural de un país.

Si bien es cierto que no es el único medio que nos permite lograr este fin, sí es verdad que México se encuentra en desventaja frente al resto de países que consagran una compensación económica a favor de sus autores y titulares de derechos conexos por la realización de reproducciones privadas.

Por ello, es menester conseguir una reforma en este sentido y permitir a la comunidad autoral y artística acceder a un *minimum* por la desproporcionada realización de copias que, al amparo de ser privadas, no hacen más que afectar intereses de autores y titulares de derechos conexos.

Bajo este orden de ideas, y dada la experiencia en cuarenta países que regulan el derecho compensatorio a favor de los autores y demás titulares, no hay mayor objetivo que la búsqueda de un derecho con esta naturaleza, pese a las posturas en contra que en torno al tema se escuchan.

De este modo, en el capítulo primero aparece un preámbulo necesario para el estudio de la copia privada. Este apartado tiene por objetivo exponer sintéticamente las

posibilidades del ejercicio de los derechos patrimoniales exclusivos, con especial referencia al derecho de reproducción. De igual forma, se expone el concepto, objeto y naturaleza de los derechos de simple remuneración, entre los cuales se encuentra el de remuneración por copia privada. Durante su desarrollo se analiza la regulación de ambos derechos a la luz de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Una vez identificados y perfectamente diferenciados los derechos patrimoniales exclusivos respecto de los de simple remuneración, en el capítulo segundo, se estudian las limitaciones que la Ley Federal del Derecho de Autor ha acogido como consecuencia de la adhesión del Estado mexicano a diversos Convenios y Tratados Internacionales que en materia de derechos de autor es signatario.

Por razones didácticas, el siguiente capítulo se enfoca a analizar la limitación al derecho de reproducción: La copia privada.

En esta sección, se define en principio su naturaleza jurídica, para proseguir con los temas de álgida discusión, tales como: saber quiénes ganan y pierden con el establecimiento de la remuneración compensatoria, los sujetos obligados al pago y a quiénes se les considera como acreedores del mismo, los bienes sobre los que recae el pago compensatorio, la copia privada en el entorno digital, así como sus alcances y su problemática.

Asimismo, para complementar este capítulo tercero, al final se introducen algunas sentencias que en torno a la remuneración compensatoria por copia privada se han emitido en el contexto internacional.

Por último, en el cuarto capítulo, como su nombre lo advierte, se establecen opiniones, doctrina y legislación que fundamenta la necesidad de que en la Ley

Federal del Derecho de Autor se reglamente el derecho de remuneración compensatoria.

De esta manera, se citan brevemente los intentos de regulación en nuestro país, no sin antes analizar el marco jurídico nacional existente de la copia privada; pero además en este apartado, se proponen algunas sugerencias para su regulación.

Acto seguido, y para refuerzo del presente estudio se cita brevemente la experiencia demostrada en otros países, especialmente europeos, que desde hace algunos años han establecido un canon compensatorio tanto a soportes como a aparatos objeto de reproducción, concluyendo que es por el momento, la única vía de paliar los perjuicios derivados por la reproducción masiva y desmedida de las obras literarias y artísticas.

Para finalizar con la exposición, el último tema del capítulo cuarto, se constriñe en establecer las actuales posiciones y el futuro de la regulación de la remuneración compensatoria por copia privada, básicamente en el entorno digital.

De este modo, la *hipótesis* de la presente investigación es establecer con fundamentos y razones jurídicas la existencia en la Ley Federal del Derecho de Autor, del derecho de remuneración que compense a los autores y titulares de derechos conexos, toda vez que al amparo de la limitación de la copia privada se reproducen sus obras o prestaciones de forma indiscriminada, y mientras no existan medios que permitan el control de la “reproducción privada” éste es y debe ser el medio paliativo.

Como comentario particular, el tema a tratar se puede analizar desde cualquier punto de vista y perspectiva jurídica, por ello, es necesario reconocer que este incipiente trabajo sólo es el preámbulo de un sinnúmero de Tesis Profesionales y de Posgrado.



# CAPÍTULO 1.

## LOS DERECHOS PATRIMONIALES: EXCLUSIVOS Y DE SIMPLE REMUNERACIÓN.

El derecho de autor no se puede explicar sin la existencia –por lo menos en nuestra tradición romano jurídica- de sus dos vertientes o contenidos: *el derecho moral*<sup>1</sup> y *el derecho patrimonial*.

A pesar de esta clasificación, no es posible conceptualizarlos de manera independiente, ambos se correlacionan y se estudian en su conjunto. El artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor, es precisa al referirse que: “El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de la Ley, 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 derecho moral y los segundos, el patrimonial.”

Sin lugar a dudas, el derecho patrimonial es el que reditúa en términos económicos al autor, ello derivado de la gama de posibilidades de explotación a consecuencia de la utilización de su obra.

Por la naturaleza del tema que nos ocupa, y con la finalidad de seguir un orden en el desarrollo del mismo, desde el punto de vista doctrinal y legislativo, los derechos patrimoniales se dividen en dos grupos:<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Moralmente se protege al autor como un reconocimiento a la dignidad humana, ya que se considera como parte del derecho de autor el respeto que se debe a la creación misma, lo cual se traduce en una exigencia del Estado a los gobernados, de que ninguna manera se altere la obra sin consentimiento del autor, ni que se deje de indicar su nombre, palabras de Gutiérrez y González, Ernesto, citado por Rangel Medina, David, *Derecho Intelectual*, Ed. Mc Graw Hill, UNAM, México, 1998, p. 129

<sup>2</sup> Cabe señalar que nuestra legislación no contempla como tal, dicha clasificación.

- a) Derechos patrimoniales exclusivos.
- b) Derechos de simple remuneración.

### **Derechos patrimoniales exclusivos.**

El autor o el titular derivado gozan de este tipo de derechos, para permitir o prohibir la utilización de sus obras por parte de terceros. Se trata de un derecho de exclusiva<sup>3</sup>, ya que sólo el titular de los derechos patrimoniales puede decidir en exclusiva sobre la utilización de la obra respectiva. Este tipo de derecho se basa en el principio de que ninguna obra puede ser objeto de utilización sin voluntad del titular de los derechos sobre la misma.

Los derechos patrimoniales, son los derechos de los autores que integran el elemento pecuniario del derecho de autor, en contraposición con los derechos morales. Los derechos patrimoniales suponen, en general, que, dentro de las limitaciones impuestas por la legislación de derecho de autor, el titular del derecho de autor puede hacer toda clase de utilidades públicas de la obra previo abono de una remuneración. En particular, los derechos patrimoniales comprenden la facultad de hacer o autorizar que se haga lo siguiente: publicar o reproducir de otro modo la obra para su transmisión (distribución) al público; comunicarla al público mediante

---

<sup>3</sup> Señala Rengifo García, Ernesto, citado por Rodríguez Moreno, Sofía en *La Era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 38, que: "No puede confundirse el derecho exclusivo con el derecho absoluto. El primero dice el autor, es un reconocimiento a la labor creadora del autor y al vínculo indisoluble entre éste y su obra. Hablar en cambio de un derecho absoluto es negar la esencia misma del derecho de autor, que busca equilibrar los derechos de explotación de la obra con la necesidad social de tomar parte en la difusión de la cultura, el avance científico y el conocimiento. Así pues, el derecho de autor, aunque exclusivo, no es absoluto", concluye.

representación o ejecución, mediante radiodifusión o por hilo; hacer traducciones o cualquier tipo de adaptaciones de la obra y utilizarlas en público, etc.<sup>4</sup>

Asimismo, el derecho patrimonial exclusivo puede ser objeto de cesión exclusiva o no exclusiva, es además renunciable y limitado en el tiempo, que por regla principal en diversos países es de 50 años *post mortem* del autor, ello en principio por el marco internacional establecido en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de Paris de 1971, sin embargo en el caso de la legislación mexicana este derecho tiene una vigencia de 100 años<sup>5</sup>. Transcurrido dicho plazo, la obra pasa al dominio público.

En la Ley Federal del Derecho de Autor<sup>6</sup>, el derecho patrimonial se establece de la siguiente manera:

“Artículo 24. En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera *exclusiva*<sup>7</sup> 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”.

Asimismo indica quiénes pueden ser esos titulares:

---

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, 1980, p. 96

<sup>5</sup> Artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor, reformado el 23 de julio de 2003.

<sup>6</sup> En el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Acta de Paris de 1971, (Convenio de Berna) se encuentra considerado en los Artículos 6 bis, 8, 9.1), 11.1) y 12. En la Convención Universal de Derechos de Autor de la UNESCO (Convención Universal) se distingue en el Artículo IV bis, párrafo 1.

<sup>7</sup> Resaltado nuestro.

“Artículo 25. Es titular del derecho patrimonial el autor, heredero o el adquirente por cualquier título”.

“Artículo 26. El autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados”.

No obstante las disposiciones señaladas, en el Artículo 27<sup>8</sup> claramente se establece que sólo los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir el ejercicio de los siguientes derechos:

- Derecho de reproducción.

<sup>8</sup> “Artículo 27. - Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar;

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;

b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y

c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

a) Cable;

b) Fibra óptica;

c) Microondas;

d) Vía satélite, o

e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse;

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley”.

- Derecho de distribución.
- Derecho de comunicación pública.
- Derecho de transformación.

Esta categoría de derechos contiene una serie de modalidades<sup>9</sup>, que aunque la Ley autoral mexicana las agrupa en forma distinta<sup>10</sup>. Estos derechos se resumen así:

### **Derecho de Reproducción**

Se refiere a la facultad de fijar la obra en un soporte material cualquiera que éste sea, siempre que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>11</sup>, señala que la reproducción de una obra es la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. Reproducción significa también el resultado tangible del acto de reproducir.

---

<sup>9</sup> Apunta Bercovitz Álvarez, Germán, *Los Derechos de Explotación*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 85, lo siguiente: “Los derechos patrimoniales exclusivos son el derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Mantienen una mayor imbricación con el aspecto moral o personal del derecho de autor, puesto que permiten excluir o autorizar los usos de la obra. El autor o su causahabiente decide quien podrá utilizar su obra y quien no. Y con ello controlará la forma y calidad de la difusión (edición, etc.). Existe un importante componente *intuitu personae* en la selección de las personas que podrán usar la obra”.

<sup>10</sup> Ello no quiere decir que no se regule por nuestra Ley Federal del Derecho de Autor los cuatro grandes derechos patrimoniales exclusivos.

<sup>11</sup> Op.cit., p. 228.

Se trata por tanto del derecho a la mera producción de ejemplares de la obra, producción de copias de la misma. La evolución histórica de los medios ha ido configurando y afectando al concepto mismo de reproducción. En su momento, la fotografía o la grabación sonora incidieron al propio concepto de reproducción y ampliaron el tipo de obras o derechos tutelables. Hoy, por ejemplo, se incluyen dentro del concepto de reproducción las copias digitales de la obra en la memoria de un ordenador; o las copias que se producen en el sistema de transmisión de la misma por Internet. Y ello debilita la exigencia de corporeidad (multiplicación de objetos corpóreos idénticos) que se predicaba tradicionalmente del derecho de reproducción.<sup>12</sup>

El texto del Convenio de Berna, no contiene una completa y explícita definición de reproducción. Aunque se pueden identificar ciertos elementos del concepto de reproducción. Un buen ejemplo es la claridad ofrecida en el artículo 9.3 (Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción), el cual define que no es una condición que sobre las bases de la reproducción, la copia de la obra sea directamente perceptible; esta es suficiente si la obra reproducida es perceptible a través de cualquier equipo apropiado.<sup>13</sup>

La Ley mexicana, por su parte señala que:

“Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

....

---

<sup>12</sup> Bercovitz Álvarez, Germán, *Op.cit.*, p. 86

<sup>13</sup> Ficsor, Mihály, *Guide to the Copyright and Related rights Treaties administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights terms*, World International Property Organization, Geneva, 2003, p. 55

VI. Reproducción: La realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.”

Del análisis del artículo anterior se desprende lo siguiente:

1. En la citada fracción sólo se refiere al acto de reproducción de una obra, mientras que el derecho de reproducción se encuentra considerado en el apartado referente a los derechos patrimoniales.
2. No precisa el tipo de soporte en el que debe fijarse la obra reproducida, sólo se limita a señalar que se trate de cualquier forma tangible.
3. La realización a la que se refiere dicho artículo, exige previamente de un original de la obra. Por lo que la materialización inicial de la obra o, lo que es lo mismo, su incorporación a su soporte originario, constituye fijación y, en consecuencia es objeto del derecho de reproducción siempre que la obra exista con anterioridad.<sup>14</sup>
4. Comprende derechos conexos, cuando se refiere a fonogramas y videogramas.
5. A simple lectura, este artículo nos indica que la Ley Federal del Derecho de Autor consagra la regulación de la reproducción de copias digitales, al referirse a “cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos”.
6. No considera que la reproducción de una obra puede hacerse en su totalidad, o bien sólo una parte de ella.

---

<sup>14</sup> González de Alaiza Cardona, José Javier, *La copia privada en el entorno digital*, Tesis Doctoral, Universidad de les Illes Balears, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, Julio 2003, p. 27

7. En conclusión, la reproducción es la fijación de una obra en cualquier medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda la obra o parte de ella.<sup>15</sup>

Como se observa, la Ley mexicana se refiere al acto de reproducción, pero no precisa con claridad en qué consiste el derecho de reproducción, sólo se constriñe a establecer lo siguiente:

“Artículo 27. - Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.”

En cuanto al contenido del derecho de reproducción, se recomienda dividirlo en el objeto reproducido y en el modo de reproducción.

---

<sup>15</sup> Al respecto, cabe hacer mención que el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, entiende por el derecho de reproducción lo siguiente: Los Estados Miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: “a) a los autores, de sus obras; b) a los artistas intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; d) a los productores de primeras fijaciones de películas, del original y de las copias de sus películas; e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”. Nótese que el derecho de reproducción que se plantea para los Estados Miembros de la Unión Europea, contempla –en principio- la reproducción de las obras en el medio digital. Queda ver como Bélgica, España, Francia, Reino Unido y Suecia trasponen dicho numeral en cada una de sus legislaciones, ya que Alemania, Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Grecia, Portugal e Italia se encuentran en el grupo de países europeos que ha implementado dicha Directiva en su legislación interna. En términos generales, parece ser que las disposiciones de la norma comunitaria son acogidas en las Leyes nacionales.



El objeto reproducido está constituido por obras literarias, dramáticas y musicales, programas de cómputo, dibujos, ilustraciones, fotografías, así como de interpretaciones de obras, de registros fotográficos y magnéticos, de obras audiovisuales. El modo de reproducción puede ser por medio de la impresión, dibujo, grabado, fotografía, modelado, fotocopiado, microfilmación y cualquier procedimiento de las artes gráficas y plásticas, de la grabación mecánica, cinematográfica y magnética<sup>16</sup>, que permita comunicar la obra de manera indirecta, esto es, a través de una copia de la obra en la que se materializa la reproducción.<sup>17</sup>

En este sentido, cabe decir que la fabricación de cualquier ejemplar de la obra implica el ejercicio del derecho de reproducción. El derecho es independiente del derecho de distribución y el de comunicación, aunque frecuentemente sea instrumental con respecto a los mismos. Un cesionario puede estar autorizado para fabricar ejemplares; no por ello podrá distribuirlos; otro puede estar autorizado sólo a distribuirlos. Es la propia fabricación la que puede vulnerar el derecho exclusivo; no es necesario esperar al momento de distribución. El momento relevante para determinar si ha habido o no dicha vulneración es el de fabricación.<sup>18</sup>

### **Derecho de Distribución.**

La fracción V, del artículo 16 de la referida Ley autoral mexicana, considera que la distribución al público<sup>19</sup> es:

---

<sup>16</sup> Nos permitimos agregar que el modo de reproducción es infinito, no cabe ninguna limitación, hoy en día los adelantos tecnológicos lo han demostrado.

<sup>17</sup> Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1998, p. 75

<sup>18</sup> Bercovitz Alvarez, Germán, *Op.cit.*, p. 87

<sup>19</sup> En el Convenio de Berna, se encuentra previsto en el artículo 14. inciso 1), 1°; mientras que en la Convención Universal en el artículo V bis párrafo 4.

“Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los siguientes actos que se describen a continuación:

....

V. Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante la venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma.”

El acto de distribución, implica la incorporación de la obra a un soporte físico que permita su comercialización.

De esta forma, todos aquellos modos de explotación que no permitan la incorporación física de la obra no pueden ser considerados como de distribución (por ejemplo la exhibición pública de una estatua, la proyección en un cine de una obra audiovisual, el acceso a una base de datos, etc.)<sup>20</sup>

La distribución no sólo abarca la puesta a disposición para celebrar contratos de compraventa, sino que, en general, incluye toda forma traslativa de dominio, vgr. la permuta, inclusive formas gratuitas como la donación. Pero no sólo se limita a la transmisión de propiedad, sino también al uso, por lo que también hay distribución cuando las copias se ponen a disposición del público para su arrendamiento –por ejemplo en los videoclubes- o bien para su comodato –como sucede en las bibliotecas-.

De conformidad con las fracciones IV y V del artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, el derecho de distribución se consagra de la siguiente manera:

---

<sup>20</sup> Erdozain, José Carlos, *El Derecho de Distribución*, en Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, (coord.), *Op.cit.*, p. 88

“Artículo 27. - Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

....  
IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización.”

Con el origen en el Derecho de marcas y el de patentes, en líneas generales la teoría del agotamiento del derecho de distribución significa que el titular de los derechos ve extinguida su capacidad prohibitiva respecto de los actos de enajenación realizados por el usuario con posterioridad al momento en que la obra o prestación fue comercializada por primera vez. En otras palabras, el titular de los derechos, una vez puesta la obra o prestación en el tráfico, por sí o por un tercero con su consentimiento, ve agotado su *ius prohibendi* respecto del original o copias distribuidas.<sup>21</sup>

El agotamiento del derecho de distribución sólo afecta a la venta, más no a la renta o alquiler, el préstamo y el derecho de participación.

---

<sup>21</sup> Erdozain, Carlos, Op. cit., p. 90

## Derecho de Comunicación Pública.

La comunicación pública<sup>22</sup> se establece en el numeral 16, fracción III, de la citada Ley Federal del Derecho de Autor, misma que prevé:

“Artículo 16. La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los siguientes actos que se describen a continuación:

....

III. Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares”.

La comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.<sup>23</sup>

La comunicación es pública porque sobrepasa el espacio de los actos realizados dentro del círculo de familia, el cual es entendido como una reunión de carácter privado, en donde existe un *animus familiae*.<sup>24</sup>

De este modo, un elemento importante en la comunicación pública es que ésta debe ser pública y no privada, es decir que exista una pluralidad de personas calificable como público<sup>25</sup> —que no sean amigos ni familiares del autor—. El público puede estar

---

<sup>22</sup> En el Convenio de Berna se recoge bajo el Artículo 11 bis. 3°

<sup>23</sup> Lipszyc, Delia, *Derechos de Autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco- Cerlalc, Zavalía, 1993, p.187

<sup>24</sup> Debois, Henri, citado por Rodríguez Moreno, Sofía, Op. cit., p. 41

<sup>25</sup> Como lo afirma el autor Erdozain, José Carlos, Op.cit., p. 93, el concepto de público, al menos en lo que se refiere al acto de comunicación pública, viene modulado no tanto por el número del colectivo al que va destinada la obra, sino por la dimensión económica que tal colectivo tiene de

presente en el lugar donde se origine el acto de comunicación –comunicación directa- o bien en un lugar diverso –comunicación indirecta-, y como nota principal, no es necesario que todos los integrantes del público accedan a la obra al mismo tiempo, tal es el caso de las obras que se encuentran en Internet, basta la puesta a disposición para que exista comunicación pública, por lo que cada usuario puede acceder a la misma en momentos diferentes.

El derecho de comunicación pública, se consagra en la Ley mexicana de la siguiente manera:

“Artículo 27. - Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

....,

II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;

b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y

c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

a) Cable;

b) Fibra óptica;

c) Microondas;

---

cara a su explotación. El concepto de público debe estimarse por la dimensión relativa que los destinatarios de la comunicación tienen en función del tiempo o del espacio, o de su relevancia económica.

- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.”

Cabe mencionar que, la técnica legislativa no es muy correcta, ya que la aludida fracción III está por demás, pues el acceso al público por medio de la telecomunicación, referida en el inciso c) de la fracción II, es precisamente el contenido de la III.

### **Derecho de Transformación.**

La transformación de una obra literaria o artística<sup>26</sup> implica las alteraciones creativas que dan lugar a una obra derivada; otros tipos de alteraciones pueden perseguir simplemente la finalidad de adaptar la obra a las condiciones especiales que exige una utilización particular, como por ejemplo, a las posibilidades de un teatro determinado en el caso de las obras dramáticas. Cualquier alteración de una obra está supeditada a la autorización del titular del derecho de autor.<sup>27</sup>

La facultad de transformación, es una de las facultades del derecho pecuniario, por virtud del cual una obra derivada (aquella obra basada en otra preexistente) sólo puede ser explotada con permiso del titular del derecho pecuniario sobre la obra preexistente; es decir, la facultad de transformación consiste en autorizar o prohibir la utilización de obras creadas por un tercero pero que se basan en una ya existente.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> En el Convenio de Berna se establece en los artículos 2 inciso 3) y 12

<sup>27</sup> Bercovitz Álvarez, Germán, Op. cit., p. 6

<sup>28</sup> De la Parra Trujillo, Eduardo, *Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*, Revista de Derecho Privado, UNAM, Nueva Época, Año III, Número 8, mayo-agosto de 2004, p. 108

En pocas palabras el derecho de transformación, es el derecho exclusivo a transformar una obra, en cuyo caso un nuevo sujeto adquiere la titularidad de la obra derivada. La transformación puede recaer en la obra como: traducción, adaptación, arreglo musical, actualización, compilación, anotación, resumen, entre otros.

En el derecho de transformación es necesario que se haga uso de la obra original o de los elementos de la misma para producir una obra diferente. Es entonces cuando los cambios resultan relevantes, ya que la nueva obra creada con base en la original es el fruto del derecho de transformación y por consiguiente el producto de la explotación económica de dicha obra original.<sup>29</sup>

No hay que olvidar que el derecho de transformación se encuentra íntimamente relacionado con el derecho moral de integridad de la obra.

Es importante diferenciar esta facultad moral, del derecho patrimonial de transformación. Para algunos autores, el criterio de distinción reside en que, mientras la modificación supone un cambio de contenido y de los rasgos esenciales de la obra (vgr. cambio de los personajes, de la estructura de la obra, de los diálogos, etc.), en cambio, la transformación se refiere a una alteración accidental de la obra, sin variación de los elementos sustanciales y definitorios de la misma.<sup>30</sup>

Este puede ser un criterio diferenciador, pero no muy preciso, por ello es importante atender a que cuando las modificaciones introducidas en una obra dan lugar a una nueva obra, derivada de la anterior, que se mantiene intacta, nos encontramos ante el derecho de transformación. En cambio, cuando las modificaciones introducidas en

---

<sup>29</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, *Op.cit.*, p. 45

<sup>30</sup> Cámara, Pilar, *El Derecho Moral del autor*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, (coord.), *Op.cit.*, p. 122.

una obra no dan lugar a una nueva obra y diferente que coexista con ella, permaneciendo entonces una única obra, pero modificada, nos encontramos ante el derecho moral de modificación.<sup>31</sup>

En el derecho de transformación se posibilita al titular del derecho patrimonial exclusivo sobre una obra primigenia para autorizar o prohibir la explotación de una obra derivada. De este modo, el artículo 78 de la citada Ley Federal del Derecho de Autor prevé lo siguiente:

“Artículo 78. Las obra derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III del artículo 21 de la Ley.”

En consonancia con lo anterior, el multicitado artículo 27 en su fracción VI, señala que:

“Artículo 27. - Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

....,

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones.”

---

<sup>31</sup> Idem.



En resumen, los derechos patrimoniales exclusivos son:

1. Derechos –como lo dice su nombre- de exclusiva.
2. Conceden derechos que le atañen y competen al titular del derecho patrimonial, es decir, puede utilizar la obra con exclusión de todas las demás personas.
3. Se ejerce un poder directo e inmediato sobre la obra, excluyendo a cualquier otra persona del uso en cuestión.
4. Decide qué personas pueden y cuáles no utilizar la obra, sin embargo, estas personas autorizadas por el titular del derecho patrimonial exclusivo deberán pagar a los autores por cada acto de lucro cualesquiera de los derechos de simple remuneración.
5. El efecto que tiene el titular de los derechos patrimoniales exclusivos, al conceder la autorización a los diversos usuarios para que exploten y comercialicen la obra, es asegurar que la misma se explote lícitamente, ya que si se explota la obra sin la autorización correspondiente, se estaría frente al fenómeno conocido como “piratería”.
6. Los derechos patrimoniales exclusivos se refieren a la facultad que tiene su titular de autorizar o no la utilización de una obra. Cuando el titular autoriza a un tercero para usar la obra, lo hace a través de un contrato, a cambio de un pago fijo y determinado. Lo que genera una relación bilateral, es decir, una de las partes se constriñe en autorizar y la otra se obliga a pagar la contraprestación<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase Título III, Capítulo I de la Ley Federal del Derecho de Autor el cual se refiere a la Transmisión de los Derechos Patrimoniales.

## Derechos de simple remuneración.

En fechas recientes, y atendiendo a circunstancias diversas, se han integrado en su contenido derechos o facultades que no son de exclusiva. En efecto, la Ley atribuye créditos al autor y a sus herederos, que además son irrenunciables.<sup>33</sup>

Este tipo de derechos tienen una connotación especial, se trata de un *mínimum* para los autores o sus causahabientes a consecuencia del uso o explotación de sus obras literarias y artísticas.

Los derechos de remuneración se caracterizan porque, a diferencia de los derechos exclusivos, son irrenunciables y además no permiten controlar los usos de la obra. Lo único que permiten al autor es el cobro de determinadas cantidades cuando se produzcan determinadas utilidades de la obra. Pero sin que tenga capacidad de control o decisión alguna sobre las mismas.<sup>34</sup>

Las categorías que integran al derecho de simple remuneración<sup>35</sup> son:

- Derecho de regalías tanto por comunicación pública como por arrendamiento o alquiler.
- Derecho de seguimiento o conocido también como *droit de suite*.
- Derecho de copia privada.

---

<sup>33</sup> Bercovitz, Rodrigo, *Introducción a la Propiedad Intelectual*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), Op.cit., p. 26

<sup>34</sup> Bercovitz Álvarez, Germán, Op.cit., p. 131

<sup>35</sup> Entiéndase que la presente es para efectos doctrinales y clasificatorios, toda vez que, en efecto, nuestra Ley no considera como tal, que los supuestos previstos sean “derechos de simple remuneración.” Pese a ello, nos atrevemos a considerarlos bajo esta categoría y llamarlos de dicha forma.

## **Derecho de regalías por comunicación pública y por arrendamiento o alquiler.**

Si bien es cierto que este tipo de derechos, no se encuentra considerado como tal en la mayoría de las legislaciones de corte romano jurídico<sup>36</sup>, el derecho de regalías<sup>37</sup>, es un derecho que posee la misma naturaleza que el derecho de seguimiento o el derecho de remuneración por copia privada.

Este tipo de derecho surge como un elemento de justicia social a favor de los autores, al respecto el Maestro David Rangel Medina señala que el autor debe obtener provecho de su trabajo y que los ingresos que percibirá irán en función de la acogida del público a sus obras y de sus condicionantes de explotación: las “regalías” serán, en cierto modo, los salarios de los trabajadores intelectuales.<sup>38</sup>

El derecho de regalías nace cuando se usa o explota una obra con fines de lucro, bien sea este un lucro directo o indirecto. Los artículos 8, 9, 10 y 11 del Reglamento de la Ley se refieren al mismo:

---

<sup>36</sup> Incluso la Ley de Propiedad Intelectual española, no se avoca a la clasificación de estos derechos, sólo se regulan bajo el título “Otros derechos”, los derechos de simple remuneración siguientes: el *droit de suite* y el derecho de remuneración por copia privada.

<sup>37</sup> Es pertinente hacer la aclaración siguiente: en la práctica, se suele llamar también regalías a la contraprestación que resulta de una relación jurídica contractual al amparo de la Ley Federal del Derecho de Autor, y ello tiene lógica si nos atenemos al Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI (p.231), que considera que la regalía se entiende generalmente que se trata de un tipo particular de derecho de autor, que representa la parte correspondiente al autor de los ingresos provenientes de la utilización de su obra. En efecto, en *stricto sensu* las regalías se aplican en este sentido. Empero lo anterior, hemos distinguido tal derecho al amparo de dicho concepto, en razón de que la remuneración económica que obtiene el autor, es justamente un pago de regalías. Asimismo, hacemos la aclaración que se trata de una denominación doctrinal para efectos del presente estudio. No obstante a ello, podrían existir razones válidas para considerarlo como tal, ya que de la lectura de la propia Ley y de su Reglamento, se deduce que se trata de un “derecho de regalías.” El claro ejemplo, es el artículo 26 bis de la Ley, al establecer que “El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio.”

<sup>38</sup> Op.cit., p. 113

“Artículo 8. Para los efectos de la Ley y de este Reglamento, se entiende por regalías la remuneración económica generada por el uso o explotación de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, videogramas, libros o emisiones en cualquier forma o medio.”

“Artículo 9. El pago de regalías al autor, a los titulares de derechos conexos y a sus causahabientes se hará en forma independiente a cada uno de quienes tengan derecho según la modalidad de explotación de que se trate.”

“Artículo 10. Las regalías por ejecución, exhibición o representación pública de las obras literarias y artísticas se generarán a favor de los autores y titulares de derechos conexos, así como de sus causahabientes, cuando ésta se realice con fines de lucro directo o indirecto.”

“Artículo 11. Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos...

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderantemente desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate.

No será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.”

En este sentido, cabe decir que el derecho de regalías por comunicación pública, se encuentra considerado en nuestra Ley bajo los artículos 26 bis, 83 bis, 117 bis y 133, mismos que en las reformas de julio de 2003 se adicionaron y reformaron.

Empero lo anterior, esto no significa que el derecho no se encontrara establecido en la Ley Federal del Derecho de Autor, simplemente no estaba estrictamente considerado en un solo numeral. Al respecto, Eduardo de la Parra señala que: el legislador de 1996 al redactar la Nueva Ley Federal de Derecho de Autor, no incluyó un artículo similar al 79<sup>39</sup> de la Ley anterior. No obstante, esto no implica que el derecho de regalías por comunicación pública no estaba regulado en la Ley de 1996, como se puede desprender de la lectura a *contrario sensu* de su artículo 150 (que contiene la excepción de retransmisión sin fines de lucro por causantes menores), así como por lo dispuesto en su artículo 212 (que regula el procedimiento ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor para la fijación de tarifas por regalías). Asimismo, las regalías por comunicación pública se regularon en los artículos 8 a 12 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.<sup>40</sup>

El derecho de regalías debe pagarse al autor o a sus causahabientes, pero en todo caso, si el autor ha decidido que las mismas se recauden bien sea a través de una sociedad de gestión colectiva o por medio de un apoderado, la facultad acreedora se transfiere a éstos últimos frente a los usuarios de las obras.<sup>41</sup>

El titular o el causahabiente del derecho de regalías no puede impedir que la obra sea utilizada por otros, ya que este derecho sólo faculta a su titular para recibir una remuneración económica por cada acto de lucro que se realice con su obra, pero no faculta al titular o al causahabiente para impedir que se lucre con la obra.

---

<sup>39</sup> El Artículo 79 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1963 –que en realidad fueron las reformas a la Ley de 1957- señalaba lo siguiente: “Los derechos por el uso o explotación de obras protegidas por esta ley, se causarán cuando se realicen ejecuciones, representaciones o proyecciones con fines de lucro obtenido directa o indirectamente.”

<sup>40</sup> *Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*, Op.cit., p. 101

<sup>41</sup> Véase artículos 195, 196 y 197 de la actual Ley.

Por su parte el derecho de regalías por arrendamiento se encuentran regulados en los artículos 117 bis, 131 bis de la Ley vigente.

### **Derecho de seguimiento.**

Bajo la exposición lógica y didáctica, -que aunque no es objeto de análisis del presente estudio- es menester hacer mención el concepto del derecho de seguimiento, toda vez que su naturaleza jurídica corresponde a un derecho de simple remuneración.

El derecho de seguimiento o participación<sup>42</sup>, conocido también bajo la denominación francesa como *droit de suite*, se define como la prerrogativa establecida en beneficio de los autores plásticos, consistente en recibir un porcentaje del importe de las ventas sucesivas de sus obras.<sup>43</sup>

Al respecto y a propósito del derecho de participación, señala el doctrinario Javier Gutiérrez Vicén la naturaleza y razón de ser de este tipo de derechos de simple remuneración: El derecho de participación es, un derecho de los denominados de remuneración, junto con el derecho de remuneración por el uso privado de la copia. Este derecho se encuadra dentro de la categoría del sistema de participación que la doctrina alemana denomina *tantiem system*, y que, mediante el mismo se busca asegurar al autor de la percepción de una retribución equitativa en los rendimientos que se deriven de la utilización económica de su obra. Este derecho, tiene su fundamento por una parte en la necesidad de *compensar* a los artistas plásticos de la discriminación que supone la no posibilidad de ejercer en la práctica del derecho de

---

<sup>42</sup> Véase artículo 92 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor.

<sup>43</sup> Rangel Medina, David, Op. cit., p. 146

distribución, y por otra parte, en la retribución por los rendimientos que se derivan de la utilización económica de su obra. Se incluye en este sistema de participación, el derecho de remuneración de los autores de obras audiovisuales por la comunicación pública de las mismas.<sup>44</sup>

### **Derecho de remuneración compensatoria por copia privada.**

Al igual que el punto anterior, sólo nos referiremos brevemente a este derecho, toda vez que el enfoque de la presente investigación, es justamente el análisis de la copia privada desde el punto de vista del derecho de simple remuneración.

La copia privada es un límite al derecho de reproducción, misma que contiene una serie de características peculiares que la hacen diferente al resto de las excepciones al derecho de autor en general. A pesar de ello, no hay que olvidar que el pago del derecho de remuneración simple por copia privada, es el medio posible que tienen los autores y titulares de derechos conexos de hacer valer el menoscabo sufrido por la reproducción privada de sus obras literarias y artísticas.

En conclusión, los derechos de simple remuneración, se resumen en los siguientes términos:

1. Al no ser un derecho de exclusiva, no se ejerce un poder directo de control sobre la obra.
2. El autor o sus causahabientes, no pueden impedir que la obra sea utilizada por otros.

---

<sup>44</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, *Manual Legal del Arte, La Propiedad Intelectual explicada a los artistas plásticos*, Colección Análisis y documentos, No. 4, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, p. 67

3. El derecho de simple remuneración sólo faculta a su titular a recibir una remuneración económica por cada acto de lucro que se realice con su obra. No faculta al titular a impedir que se lucre con la obra.
4. El derecho de simple remuneración lo conserva el autor, a pesar de que se haya desprendido del derecho patrimonial exclusivo.
5. En el caso de los derechos de simple remuneración, la fuente del pago, no nace de un contrato, sino de la Ley.
6. De acuerdo al punto anterior, no existe una bilateralidad, toda vez que no existe una obligación del autor o de sus causahabientes respecto del usuario, pero éste último sí tiene obligación de pagarle los derechos generados por el lucro obtenido.
7. Tradicionalmente, la doctrina y las leyes han considerado que los derechos de autor pueden ser de dos tipos: patrimoniales o morales. Sin embargo, la evolución jurídica y el dinamismo que como consecuencia de los avances tecnológicos caracterizan al derecho autoral como disciplina, ha llevado a reconocer un tercer tipo de derechos de autor: los derechos de simple remuneración, los cuales son independientes y diferentes de los derechos morales y de los derechos patrimoniales.
8. Son derechos de simple remuneración el ya referido derecho de regalías, el *droit de suite* y la remuneración por copia privada; al respecto, el jurista español Antonio Delgado Porrás en Panorámica de la Protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual, Civitas, Madrid, 1988, p. 77 y ss., señala que: “Junto al derecho de explotación (la legislación española denomina derechos de explotación a los derechos patrimoniales), la Ley de Propiedad Intelectual Española reconoce al autor los que se denominan derechos de simple remuneración, que no son verdaderos derechos de propiedad intelectual, por cuanto carecen de la naturaleza de poder exclusivo



o discrecional determinante de la explotación de la obra. Algunos de esos derechos tienen su origen en una licencia legal, otros pueden encuadrarse dentro de la categoría del sistema de participación (el *tantiemem System*, de la doctrina alemana), por el que se trata de asegurar al autor la percepción de una retribución equitativa (normalmente proporcional) en los rendimientos que se deriven de la utilización económica de su obra, ejercida tal utilización fuera del alcance de su derecho exclusivo o monopolio. Las obligaciones que constituyen el lado positivo de esos derechos tienen como fuente la propia ley, a cuyos términos es necesario acudir para conocer su régimen.”

A manera de conclusión, el siguiente cuadro sinóptico sintetiza las diferencias anotadas<sup>45</sup>:

---

<sup>45</sup> Este cuadro así como las conclusiones que exponen las diferencias entre los derechos patrimoniales exclusivos y los de simple remuneración, han sido elaborados por De la Parra Trujillo, Eduardo, Escrito de alegatos presentado en su carácter de representante legal de la Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, Sociedad de Gestión Colectiva de Interés Público (tercero perjudicado), en el juicio de amparo indirecto 1373/2003, “Cinepolis del País, S.A. de C.V., vs. Congreso de la Unión y otras”, Juzgado Segundo de Distrito “A” en materia administrativa en el Distrito Federal, México, D.F., Octubre de 2003, p. 13 y ss., *por tal obra*.

Capítulo 1. Los Derechos patrimoniales: exclusivos y de simple remuneración.

	<i>Naturaleza Jurídica</i>	<i>Contenido del Derecho</i>	<i>Fuente de la obligación de pago</i>	<i>Fundamento Legal</i>
<b><i>Derechos patrimoniales</i></b>	Es un derecho de exclusiva.	Facultad de autorizar o no el uso de la obra a terceros. Faculta al titular para impedir que otros usen la obra.	<i>Contrato</i> : las partes acuerdan que a cambio de la autorización para usar la obra, el usuario pagará una contraprestación. Hay obligaciones para cada parte. (bilateralidad)	Artículos 24 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, principalmente.
<b><i>Derechos de simple remuneración</i></b>	No es un derecho de exclusiva.	Facultad de recibir una cantidad de dinero por cada acto de explotación. No faculta al titular para impedir que otros usen la obra.	<i>La ley</i> : el usuario deberá pagar regalías cada vez que explote la obra, porque la Ley le impone esa obligación. No hay obligación a cargo del autor (no hay bilateralidad)	Artículos 26 Bis, 83 Bis, 92 Bis, 117 Bis, 133, 131 Bis, 150, y 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor; 8 a 11 y 35 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, principalmente.

## CAPÍTULO 2. LIMITACIONES A LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

Todo en esta vida tiene límites, y en las instituciones jurídicas se observa con claridad esta premisa. El derecho de autor, por supuesto no escapa a los límites. Prueba de ello, es la vigencia que tiene el derecho patrimonial, facultad que se encuentra limitada en el tiempo, esta previsión delata la búsqueda de un equilibrio entre los intereses contrapuestos en juego, a saber, el interés social en fomentar la cultura y el interés de los autores en lucrarse con su creación.<sup>46</sup>

Los límites<sup>47</sup> en la Ley Federal del Derecho de Autor, obedecen a la existencia de ciertos intereses, vgr. la reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo sin la autorización del titular del derecho patrimonial (fracción VI del artículo 148). En todo caso, los límites siempre afectarán al derecho patrimonial exclusivo, al menos es la premisa que la legislación autoral mexicana considera.

### **Límites o excepciones.**

La doctrina ha hecho el intento por explicar la diferencia gramatical entre el término limitación y el de excepción. Hemos visto en reiteradas ocasiones que se usan indistintamente, otras como vocablos sinónimos y unas más como antónimos. Por su parte la Ley autoral mexicana, utiliza el término de “limitaciones”<sup>48</sup>. Al respecto, intentaremos una conclusión.

---

<sup>46</sup> Bercovitz, Rodríguez-Cano, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Madrid, 1997, p. 567, citado por González de Alaiza Cardona, José Javier, *Op. cit.*, p. 68

<sup>47</sup> A este respecto existen diversas posturas, tal es el caso de González de Alaiza Cardona, José Javier, *Op. cit.*, p. 70, pues afirma que, en definitiva, si los límites al derecho de autor son instrumentos para lograr una situación de equilibrio e ignorando este objetivo los interpretamos de forma restrictiva, la balanza continuará estando descompensada. Por tanto, habrá que hacer todo lo posible para extraer la voluntad del legislador de los datos existentes y no conformarse con el automatismo de la interpretación restrictiva de las excepciones.

<sup>48</sup> Véase Título VI, el cual se intitula: “De las limitaciones del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos”.

El término excepción no aparece en todos los sistemas legales. Dicho término se usa en Bélgica y en la Directiva 2001/29/CE del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (artículo 5.1). Pero el mismo concepto tiene otro nombre en otros países. Por ejemplo, la palabra “límite” es usada en Alemania y España, mientras que el vocablo “limitaciones” es usado en Suecia, Grecia y los Estados Unidos. Suiza se refiere a “restricciones”, mientras que el Reino Unido utiliza “actos autorizados” y en Portugal “uso libre”.<sup>49</sup>

La Ley de Propiedad Intelectual Española, por lo general, habla de límites para referirse a lo que internacionalmente se denominan excepciones y limitaciones. En la doctrina estos dos últimos términos son de uso corriente, empleándose el primero (excepciones) para aquellos casos en los que el titular carece de facultad de autorizar o prohibir y tampoco percibe remuneración alguna; y el segundo (limitaciones) para aquellos otros en los que, faltando la expresada facultad, al menos sí hay remuneración. No obstante, también es muy común que –por comodidad y para simplificar- se use el término “excepciones” para el conjunto de “excepciones y limitaciones”, es decir, como sinónimo del término “límites” utilizado en la ley española.<sup>50</sup>

Otra concepción al uso de dos conceptos diferentes, es que el término “excepción” hace referencia a derogaciones del derecho de autor tendencialmente absoluto a la

---

<sup>49</sup> Sirinelli, Pierre, *Workshop on implementation issues of the WIPO Copyright (WCT) and the WIPO performances and Phonograms treaty (WPPT), Exceptions and limits to copyright and neighboring rights*, WIPO, Geneva, 1999, p.2

<sup>50</sup> Casas Vallés, Ramón, *Borrador de Respuesta al Cuestionario ALAI 2003*, junio de 2003, p. 1, citado por González de Alaiza Cardona, José Javier, *Op.cit.*, p. 71

excepción de su obra, mientras que con “límite” se alude a la propia configuración del derecho, es decir, a lo que se califica como límites naturales.<sup>51</sup>

Mientras que el derecho de autor, se refiere al monopolio que la sociedad le concede a los autores sobre sus obras, las excepciones y limitaciones sobre estos derechos exclusivos aparecen como una forma de *quid pro quo*, permitiendo a los sujetos, bajo ciertas condiciones, usar una obra sin el requerimiento de la autorización del titular del derecho patrimonial, la cual se presenta como una concesión del monopolio que tiene el autor y sobre la necesidad de equilibrar los intereses entre ambas partes, por un lado el autor y por el otro la sociedad.<sup>52</sup>

Asimismo, existen posturas que afirman que los límites se refieren concretamente a aquellas limitaciones naturales del derecho de autor, vgr. vigencia del derecho patrimonial; y que las excepciones son aquellos factores económicos, culturales, científicos e incluso políticos que limitan a través de una lista de supuestos, el ejercicio patrimonial de los autores y titulares de derechos conexos en total amplitud.

No hay duda que cuando se hable de límites o de excepciones, nos referimos a la utilización de obras protegidas que no requiere de la autorización de su titular, por hallarse dentro de ciertos supuestos taxativos, que justifican un uso libre y gratuito, en virtud del equilibrio que debe existir entre el derecho individual de los autores y ciertos derechos de las personas.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *El Derecho de Autor en Internet- La Directiva sobre Derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, 2001, citado por González de Alaiza Cardona, José Javier. Op.cit., p. 72

<sup>52</sup> Lepage, Anne, *Overview of exceptions and limitations to copyright in the digital environment*, Copyright Bulletin, march 2003, p. 1

<sup>53</sup> Rodríguez Moreno, Sofia, Op.cit., p. 68

*Ergo*, si hablamos de límites o de excepciones, no tiene ningún alcance jurídico más allá del que hemos aludido, lo que no tiene consecuencias en la interpretación.

Nuestra legislación, emplea el término de “limitaciones”. Por ello, a lo largo de este trabajo, pensamos que lo más correcto será referirnos al término “límites”, ello en afán de seguir el texto legal.

En efecto, la Ley Federal del Derecho de Autor, a partir del artículo 147 y siguientes se refiere a las limitaciones del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, para lo cual la labor taxonómica admite dos criterios principales, uno que centra su estudio en el origen de los límites, es decir, en los intereses que defienden estos; y otro que analiza los efectos de los límites, o si se quiere, su resultado.

De este modo, las clasificaciones que atienden al origen son diversas, vgr. se han diferenciado entre límites que fomentan el debate social y cultural, el interés de los usuarios, de la economía; pero también se han diferenciado entre los límites que obedecen a derechos fundamentales, a evitar situaciones de monopolio, al interés público y a fallos de mercado.<sup>54</sup> Sin lugar a dudas existen otras más.

Entre las clasificaciones en función del resultado pueden a su vez distinguirse dos subconjuntos. Una primera opción es agrupar los límites dependiendo de las facultades del autor a las que afectan, (p.ej. la excepción de la copia privada excluye únicamente el derecho de reproducción, mientras que la excepción respecto a trabajos sobre temas de actualidad atañe tanto al derecho de reproducción, como al

---

<sup>54</sup> Guibault, L., *Contracts and copyright exemptions*, en *Copyright and electronic commerce*, Coord. P.B. Hugenholtz, The Hague, London, Boston, 2000, p. 128 y ss.

de distribución, como al de comunicación pública). Esta clasificación está bastante homogeneizada a escala internacional, pues la propia naturaleza de las excepciones hace que se extiendan sobre una u otra facultad.<sup>55</sup>

La finalidad de las limitaciones, es pues lograr el equilibrio de los derechos reconocidos a los autores por sus creaciones intelectuales y los que le corresponden a la sociedad, relativos al disfrute de obras como fuentes de cultura, conocimientos e información. Se tratan de eventos en los que la utilización de la obra no requiere de autorización de su titular por hallarse en los supuestos taxativos, que justifican un uso libre y gratuito, en virtud del equilibrio entre el autor y los derechos de la sociedad.

Todo apunta a que las limitaciones sólo se aplican al derecho patrimonial, sin embargo existen también límites al ejercicio de los derechos morales, vgr. la limitación al derecho de modificación, en el caso de las obras que requieran actualización; la limitación al derecho de integridad; los llamados *ghost writers* o *nègre*<sup>56</sup>, entre otros.<sup>57</sup>

Existen tres razones fundamentales que justifican las limitaciones al derecho de autor, todas ellas basadas en la *ratio legis* de cada legislación, así lo explica B. Hugenholtz<sup>58</sup>, la primera se explica por el respeto a los derechos fundamentales, en

---

<sup>55</sup> González de Alaiza Cardona, José Javier, Op.cit., p. 75

<sup>56</sup> Conocido en la doctrina francesa, se trata del autor (escritor) que se le encomienda la realización de una obra a cambio de una remuneración, y una vez efectuado el trabajo, el escritor se transforma en fantasma, se hace invisible. Este fenómeno no es nuevo, es decir, el de personas que firman textos que no han escrito. Mientras que en otros países como en Bélgica, permanece limitado, en Francia se está desarrollando peligrosamente y la mayor parte del tiempo se trata de operaciones efímeras de marketing.

<sup>57</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, Op.cit., p. 70

<sup>58</sup> En *The future of copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, 1996, p. 94 y ss., citado por Lepage, Anne, Op.cit., p. 2

particular el derecho a la expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información; la segunda se refiere al interés público, aquí las limitaciones al derecho de autor se encuentran basadas en las necesidades de la sociedad, tales como sistemas de educación, bibliotecas, museos, instituciones educativas, archivos, y por último las que el autor llama *address market dysfunctions*, que se refieren a aquellas situaciones en las cuales es imposible que el titular del derecho patrimonial ejercite su derecho exclusivo sobre la obra. En esta limitación, encontramos la llamada exención de la copia privada. Este tipo de limitación posee una particular problemática en el entorno digital, a diferencia del medio analógico, en el medio digital es imposible que los titulares de los derechos patrimoniales supervisen el uso que se ha hecho de sus obras: la tecnología no les permite autorizar o prohibir cualquier uso que se haga sobre sus obras. El entorno digital es la solución a este *market dysfunctions*, afirma el autor. Una característica común en todas las leyes de derecho de autor, es que las excepciones y limitaciones son muestra del reflejo entre las consideraciones prácticas y filosóficas. Sin embargo, toman diferentes formas en los variados textos legales<sup>59</sup>, concluye.

### **La regla de los tres pasos.**

La regla de los tres pasos, o prueba de las tres fases, es el principio toral en el tema de las limitaciones al derecho de autor<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Pueden citarse como otros principios reguladores aquel que se aplica a la primera publicación de una obra y la aplicación restrictiva. El primero se trata del principio básico que opera una vez que se ha dado a conocer la obra por primera vez, es entonces cuando surgen los derechos patrimoniales y por consiguiente la aplicación de las limitaciones; en el segundo sólo se refiere a que las limitaciones sólo se sujetan a *numerus clausus*, en cuyo caso los textos legislativos establecen ciertas limitaciones que se aplican de modo taxativo. Este principio se encuentra establecido en el artículo 9. 2) del Convenio de Berna, y en la legislación nacional mexicana en el artículo 148 (Regla de los tres pasos)



La regla de los tres pasos, ha sido consagrada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna<sup>61</sup>, y de ahí su inclusión en otros instrumentos internacionales:

- Artículo IV-bis, numeral 2 de la Convención Universal sobre Derechos de Autor.
- Artículo 10, inciso 2) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (por sus siglas TODA y en inglés WCT).
- Artículo 16, inciso 2) del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones, ejecuciones y fonogramas (por sus siglas TOIEF y en inglés WPPT).
- Artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (por sus siglas ADPIC y en inglés TRIPS)
- Artículo 1705, numeral 5 del Tratado de Libre Comercio del América del Norte.
- Artículo 5, numeral 5 de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La referida prueba de los tres pasos, no sólo define el alcance y contenido del derecho de autor, es además un mandato que dirige al legislador para establecer

---

<sup>61</sup> Fue considerada por primer vez en el Acta de Estocolmo de 1967, respecto del derecho de reproducción, en ese entonces la Conferencia Diplomática explicó la forma en que debía interpretarse el nuevo párrafo que se añadía al artículo 9: “Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, conviene examinar entonces si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si eso no es así, sería posible en algunos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever la utilización gratuita”. Palabras extraídas del Debate en la Conferencia de Estocolmo, tomada de Ficsor, Mihály, en *How much of what? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, *Révue Internationale du Droit d’Auteur RIDA*, N.192, abril de 2002, p. 119 y ss.

excepciones y limitaciones al derecho de reproducción, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que se trate de determinados casos especiales,
2. Que con su aplicación no atente la explotación normal de la obra, y
3. Que con ellas no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y demás titulares.

Al referirse a casos especiales, como ya se ha dicho, se refiere a la lista taxativa que cada uno de los países determina; en el supuesto del segundo requisito, es evidente que exige la condición de la divulgación de la obra; por último, se advierte que si bien es cierto que las limitaciones al derecho de autor causan un perjuicio injustificado a los intereses del autor –pues en ciertos casos, éste no podrá proseguir con la normal explotación económica de su obra–, dicho perjuicio se justifica en *pro* de la defensa de la libre expresión, el derecho a la cultura, el acceso a la información, a la educación, etcétera.

En este contexto, los países se han visto obligados a ajustar sus legislaciones con la intención de observar la regla de los tres pasos. Como un ejemplo interesante es el caso WT/DS160/R de fecha 15 de junio de 2000, ventilado a través del mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el cual se solicitó a los Estados Unidos que ajustara el artículo 110 (5), de la U.S. Copyright Act, a las tres condiciones existentes para el establecimiento de limitaciones y excepciones.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Como es sabido, en el marco de la OMC, existe la opción de solicitar la integración de paneles a fin de solucionar conflictos relacionados con el comercio –en este caso tuvo cabida por invocar los ADPIC, como normas objeto de violación–, y en tratándose del presente caso, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial para que se discutiera en el Órgano de

Además de lo anterior, la resolución del Grupo Especial es interesante ya que determinó con precisión la explicación de cada una de las hipótesis de la regla de los tres pasos, mismas que a continuación se exponen textualmente:

### 1. Determinados casos especiales.

El sentido corriente de "determinado" es "conocido y particularizado, pero no identificado explícitamente", "fijo, no variable; definido, preciso, exacto". En otras palabras, el término significa que, con arreglo a la primera condición, una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las

---

Solución de Controversias, frente a la disparidad existente entre dichas Comunidades Europeas y los Estados Unidos, ya que las mismas consideraban las exenciones previstas en el artículo 110 (5) como violatorias de las obligaciones adquiridas con arreglo al artículo 9.1 de los ADPIC (Cabe decir que, la regla de los tres pasos establecida en el Convenio de Berna, no es más que una consecuencia y al mismo tiempo un Berna plus en los ADPIC, y en específico sobre su artículo 13, así lo definen Reinbothe, Jörg y Von Lewinski, Silke, en *The WIPO Treaties 1996, The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Programs Treaty, Commentary and Legal Analysis*, Butterworths, Lexis Nexis, U.K., Great Britain, 2002, p. 124). La inquietud de las Comunidades Europeas versaba sobre la falta de autorización de los titulares de derechos patrimoniales en la concesión de licencias sobre obras musicales, en virtud de que el artículo 110 (5) establece una exención referente a la comunicación por un establecimiento de una emisión o de una retransmisión que incluye la ejecución o la representación de una obra musical no dramática, destinada a ser recibida por el público en general, emitida por una emisora de radiodifusión o de televisión, o, si se trata de una transmisión audiovisual, por una red de distribución por cable o un organismo de distribución vía satélite, siempre que se lleve a cabo en pequeños establecimientos comerciales, cuya superficie no sobrepase un área determinada por el mismo literal –la cual se le denominó como exención empresarial-. Tras el análisis del Grupo Especial, se concluyó que dicha exención, no cumplía con los extremos previstos por el artículo 13 de los ADPIC y resultaba por lo tanto violatorio del artículo 9. 1 del citado Acuerdo, por lo que el Órgano de Solución de Diferencias emitió la recomendación a los Estados Unidos de ajustar su disposición y adaptarla a los ADPIC. Estados Unidos no adoptó la recomendación, y en el año siguiente fue necesaria la decisión arbitral, laudo que los condenó a pagar una cantidad pecuniaria.

situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica.

También, señala el Grupo Especial, debemos dar plena vigencia al sentido corriente de la segunda palabra de la primera condición. El término "especial" significa "que tiene una aplicación o propósito individual o limitado", "que contiene detalles; precisos, específicos", "excepcional en calidad o en grado; inusual; fuera de lo ordinario" o "característico de alguna manera". Este término significa que se requiere algo más que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición ("que no atenten contra la explotación normal"), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de un caso normal.

El sentido corriente del término "caso" se refiere a "suceso", "circunstancia" o "acontecimiento" o "hecho". Por ejemplo, en el contexto de la presente diferencia, el "caso" podría describirse en términos de los beneficiarios de las excepciones, el equipo utilizado, las clases de obras, o de otros factores.

La primera condición del artículo 13 es que las limitaciones o excepciones prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos. Por otra parte, las limitaciones o excepciones deben ser compatibles con la

primera condición aun si tienen un propósito especial cuya legitimidad subyacente en un sentido normativo no sea posible apreciar. La redacción de la primera condición del artículo 13 no entraña juzgar la legitimidad de las excepciones que son objeto de la diferencia. Sin embargo, los propósitos de política enunciados por los legisladores al establecer una limitación o excepción pueden ser útiles desde una perspectiva de hecho para hacer inferencias sobre el alcance de una limitación o excepción o sobre la claridad de su definición.

## 2. Que no atente contra la explotación normal de la obra.

El Grupo de expertos, interpretó la segunda condición del artículo 13, y comenzó por definir lo que significa la "explotación" de una "obra". Más importante aún, determinaron lo que constituye una explotación "normal" contra la cual no debe "atentar" una excepción.

El sentido corriente del término "explotar" es "hacer uso de" o "utilizar para los propios fines". La "explotación" de obras, advirtió el Grupo, se refiere por consiguiente a la actividad mediante la cual los titulares del derecho de autor utilizan los derechos exclusivos que les han sido conferidos para obtener un valor económico de sus derechos a esas obras.

Por su parte, el sentido corriente del término "normal" puede definirse como "que constituye o se ajusta a un tipo o norma; regular, usual, típico, ordinario, convencional ...". Estas definiciones parecen reflejar dos connotaciones: la primera parece ser de carácter empírico, es decir, lo que es regular, usual, típico u ordinario. La segunda aplica un planteamiento algo más normativo, si no dinámico, es decir conforme a un tipo o norma. No nos creemos obligados a decidir cuál de esas

connotaciones resulta más pertinente. Sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena se formuló una interpretación armoniosa que diera sentido y efecto a ambas connotaciones de "normal".

Si la explotación "normal" equivaliera al pleno uso de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor, la cláusula de excepción del artículo 13 no tendría sentido. Por lo tanto, la explotación "normal" significa evidentemente algo menos que el pleno uso de un derecho exclusivo.

En tal sentido resulta pertinente que el artículo 13 no se refiera a determinados derechos específicos sino a "la obra" como un todo. Eso significa que, al examinar una excepción con arreglo a la segunda condición, debe tenerse en cuenta el alcance de la excepción en relación con todos los derechos exclusivos del titular de los derechos, así como en relación con el derecho exclusivo al cual se aplica.

Cuando se analiza un acto que puede atentar contra la explotación normal de una obra, es importante saber si la excepción se aplica a uno o a varios derechos exclusivos. De manera semejante, el grado en que la excepción afecta a un determinado derecho exclusivo es también pertinente para analizar la segunda condición del artículo 13.

Es cierto, como señalaron los Estados Unidos, que el artículo 13 se refiere a la explotación normal de "la obra". Sin embargo, en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna se establecen derechos exclusivos en relación con la obra. Estos derechos exclusivos son los medios jurídicos mediante los cuales puede llevarse a cabo la explotación de la obra, es decir la actividad comercial encaminada a obtener un valor económico de los derechos sobre la obra. Las partes no ponen en tela de

juicio, en principio, que el término "obras" debe entenderse como refiriéndose a los "derechos exclusivos" en dichas obras. A nuestro juicio, afirmó el Grupo, la segunda condición del artículo 13 no se refiere explícitamente *pars pro toto* a los derechos exclusivos relativos a una "obra" en vista de que el Acuerdo sobre los ADPIC (o el Convenio de Berna (1971) incorporado en él confiere un número considerable de derechos exclusivos a todos los cuales puede aplicarse la cláusula de excepción del artículo 13. En consecuencia, la "obra" mencionada en la segunda condición del artículo 13 significa todos los derechos exclusivos relativos a ella.

Cuando una limitación o excepción atenta contra la explotación normal de una obra, debe juzgarse caso por caso en relación con cada derecho exclusivo.

Asimismo, el Grupo Especial se avocó al segundo aspecto de la connotación, el sentido de "ajustarse a un tipo o norma". Este aspecto de la normalidad refleja un planteamiento más normativo de la definición de explotación normal que abarca, entre otras cosas, un elemento dinámico en el que puede tenerse en cuenta la evolución tecnológica y del mercado.

Una manera de evaluar la constatación normativa de la explotación normal consiste en examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica.

De esta forma, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si éste fuera el caso,

apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos.

El Grupo Especial precisó que, una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables.

De este modo, el Grupo advirtió que la medida en que los titulares de los derechos ejerzan o no ejerzan sus derechos exclusivos en un determinado momento es de gran importancia para evaluar lo que constituye la explotación normal con respecto a un determinado derecho exclusivo en un determinado mercado. Sin embargo, en ciertas circunstancias, las prácticas de concesión de licencias que ahora se aplican pueden no constituir una orientación suficiente para evaluar el posible efecto de una excepción o limitación sobre la explotación normal. Por ejemplo, cuando un determinado uso de las obras no está comprendido en los derechos exclusivos conferidos por la ley de una jurisdicción, el hecho de que los titulares de derechos no otorguen licencias sobre dicho uso en esa jurisdicción no puede considerarse como una indicación de lo que constituye una explotación normal. Lo mismo sería cierto en una situación en que, debido a la falta de medios de observancia efectivos y



accesibles, los titulares de derechos no consideren conveniente o práctico ejercer sus derechos.

3. No causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Entre los intereses legítimos figuran, por lo menos, todos los usos comerciales por un tercero de los derechos exclusivos del titular de los derechos. Tanto los elementos empíricos como los normativos son pertinentes para el examen de la tercera condición del artículo 13. En la práctica, el perjuicio económico causado a los titulares de derechos debe evaluarse primordialmente sobre la base de los efectos económicos en el país que aplica la excepción. Es suficiente probar la posibilidad del perjuicio; no es necesario cuantificar las pérdidas financieras reales sufridas por los titulares de los derechos en cuestión.

De esta forma, el análisis que hizo el Grupo sobre la tercera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC entraña varias etapas. En primer lugar, precisaron que sería necesario definir en qué consisten los "intereses" de los titulares de los derechos que están en juego y cuáles son las características que los hacen "legítimos." Luego interpretar el término "perjuicio" y en qué medida alcanza un nivel que pueda considerarse "injustificado".

El sentido corriente del término "intereses" puede abarcar un derecho o título legal a un bien o el uso o beneficio de un bien (inclusive la propiedad intelectual). También puede referirse a un posible detrimento o ventaja, y más generalmente a algo que es cierta importancia para una persona física o jurídica. En consecuencia, el concepto

de "intereses" no se limita necesariamente a una ventaja o un detrimento económico real o potencial.

El término "legítimo" tiene los sentidos de "a) conforme a, sancionado o autorizado por, leyes o principios; lícito; justificable; apropiado; y b) normal, regular, conforme a un tipo normal reconocido."

En consecuencia, el término se refiere al carácter lícito en una perspectiva jurídica positivista, pero también tiene una connotación de legitimidad en una perspectiva más normativa, en el contexto de exigir la protección de intereses que se justifican habida cuenta de los objetivos de protección de los derechos exclusivos.

El sentido corriente de "perjuicio" connota daño, detrimento o lesión. "No injustificado" supone un umbral ligeramente más estricto que "justificado". Este último término significa "proporcionado", "dentro de los límites de la razón, ni mucho menor ni mucho mayor de lo que podía considerarse probable o apropiado", o "de un monto o tamaño justo, promedio o considerable".

A juicio del Grupo, una manera de considerar los intereses legítimos -aunque incompleta y, por consiguiente, limitada- es el valor económico de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor a sus titulares. Es posible calcular en términos económicos el valor de ejercer esos derechos, por ejemplo mediante el otorgamiento de licencias. Esto no quiere decir que los intereses legítimos se limiten necesariamente a este valor económico.

La cuestión decisiva es saber cuál es el grado o nivel de "perjuicio" que puede considerarse como "injustificado", en vista de que, con arreglo a la tercera

condición, puede considerarse que un cierto "perjuicio" es "no injustificado". El Grupo Especial estableció que el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor.

### **Las limitaciones en la Ley Federal del Derecho de Autor.**

Frecuentemente se señala que al tratarse de límites o excepciones a derechos, debe interpretarse restrictivamente. Ello es parcialmente cierto (desde luego lo es cuando se enfrenten a un interés puramente económico individual). No debe olvidarse que tal como se resalta desde el Derecho de la información, el propio derecho de autor es también una excepción a la libertad de expresión y a la libertad de información.<sup>63</sup>

Bajo el artículo 148<sup>64</sup>, se establecen una serie de hipótesis excluyentes de la autorización de los titulares de los derechos patrimoniales, las cuales son:

“Artículo 148. Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

- I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;
- II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o

---

<sup>63</sup> Bercovitz Álvarez, Germán, Op.cit., p. 102

<sup>64</sup> En tratándose de los derechos conexos, el artículo 151 es el que atiende a dichas limitaciones, relacionado con el artículo 45 del Reglamento de la Ley.

difundidos por la radio o televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

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

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

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

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

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

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

Como es de observarse, las condiciones a las que se refiere la cabeza del numeral enunciado, son las siguientes:

1. Que se trate de obras artísticas y literarias ya divulgadas,
2. Que no se afecte la explotación normal de la obra, y
3. Que se respete el derecho de paternidad e integridad.

La fracción I, se refiere a la cita de textos, y no hace alusión a la cita de cualquier otro tipo de obras, vgr. plásticas<sup>65</sup>, pero lo importante aquí es determinar la cantidad tomada sobre la obra literaria, y en este sentido, nos colocamos en la posición de los titulares de los derechos patrimoniales, y nos preguntamos si el presente trabajo se trata de una simulada y sustancial reproducción del contenido de varias obras literarias.

Dicha fracción, sólo permite la reproducción de cita de textos, la cual limita en gran medida al inciso 1) del artículo 10 del Convenio de Berna, toda vez que la misma se refiere a citas de una “obra”.

El derecho de cita es una limitación al derecho de reproducción y de comunicación pública, aunque también se discute el alcance del derecho de distribución.

Sería equivocado pensar en que a pesar de estar permitida la cita de un autor, resulte prohibida la venta del libro en el cual aparece consignada dicha cita. Quizá esta disparidad podría ser aclarada si la norma expresamente consagrara la posibilidad de citar y distribuir la obra en la cual está contenida la cita.<sup>66</sup>

Por lo que se refiere a la fracción II, se fundamenta en el derecho de recibir información veraz, y se exige que los artículos o trabajos se refieran a acontecimientos de la actualidad, la cual se excede de la excepción prevista en el numeral 10 Bis, inciso 1) del Convenio de Berna, que sólo incluye temas económicos, políticos o religiosos. Piénsese en temas de otra índole, vgr. culturales,

---

<sup>65</sup> A este respecto, A. Y H Lucas, citado por Rodríguez Moreno, Sofía, Op.cit., p. 80, determina que por resolución de la Corte de Casación Francesa, la reproducción integral de una obra de arte, cualquiera que sea su formato, no puede en ningún caso analizarse como cita.

<sup>66</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, Op.cit, p. 79

deportivos, de sociedad, etcétera. Basta que sean temas que son objeto de atención por los medios informativos y la sociedad.<sup>67</sup>

La fracción III, se refiere a la reproducción de partes de la obra, -nótese que se trata de partes de la obra, no dice de la totalidad de la misma- siempre que se haga para: la crítica e investigación científica, literaria o artística.

Al amparo de dicha fracción, se puede reproducir indiscriminadamente la obra, por cualquier tipo de institución –bien persona moral o jurídica, o en su caso por algún sujeto- que se considere de investigación científica, vgr. universidades, institutos de investigación, museos, bibliotecas, hemerotecas, archivos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico, y todo aquel centro que reúna las características de un ente de investigación.

En este derecho, al igual que el de la copia privada no hay compensación ni remuneración alguna para el autor, en todo caso habrá que preguntarse qué sucederá si se pretende comunicar, distribuir la obra o transformar la obra.

Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con el segundo párrafo de la siguiente fracción IV, ya que prácticamente una institución educativa, de investigación o cualquier otra que no esté dedicada a actividades mercantiles, se encuentran cobijadas por un interés cultural y de investigación, y sin más pueden efectuar la reproducción de obras.

---

<sup>67</sup> En la Legislación española, ésta limitación invariablemente trae aparejada una remuneración al autor, en el caso de la citada fracción, sólo se constriñe a decir que dicha reproducción puede efectuarse siempre que no hubiese sido expresamente prohibida por el titular del derecho.

Bajo este orden de ideas, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué entiende la Ley al permitir a cualquier persona moral que no esté dedicada a actividades mercantiles, a reproducir por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro? Ello significa que al amparo del referido párrafo, una sociedad de gestión colectiva, un sindicato, una asociación civil, una organización no gubernamental, -las cuales son personas morales o jurídicas que no se dedican a actividades mercantiles- ¿Podrían sin más efectuar tal reproducción?

A fin de seguir un orden en la exposición, el primer párrafo de ésta fracción, es la correspondiente a la copia privada<sup>68</sup>, por lo cual nos reservamos su explicación en el siguiente capítulo.

De igual forma, la fracción V, permite la reproducción a un archivo o biblioteca de una sola copia de la obra, siempre que la misma se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. La redacción de la citada limitación, nos orienta a pensar inmediatamente en las obras literarias, pero un museo, al no estar previsto en la misma, ¿Podrá hacer la reproducción de una obra plástica? Esa sería la interrogante.

Asimismo, en la fracción no se refiere a qué tipo de archivos pueden hacer la reproducción, lo mismo puede ser un archivo público que privado.

La fracción VI, se basa en la garantía de seguridad jurídica, y ello se entiende que por acceso a la justicia, el titular del derecho patrimonial no se podrá oponer o en su

---

<sup>68</sup> Como adelanto, téngase presente el artículo 40 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente y sus correlativos artículos 19 y 20 del Reglamento.

caso no entorpecerá una actuación judicial o administrativa. En dicho supuesto, deberá acreditarse fehacientemente que se trata para dichos fines.

Por último, la reproducción, comunicación y distribución prevista en la fracción VII, exenta de obtener la autorización correspondiente sobre obras visibles desde lugares públicos, siempre que ésta sea a través de dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.

Este es un límite, por demás lógico pero cuestionable. Piénsese en un dibujante amateur que dibuje una escultura de una exposición itinerante sobre el paseo de la Reforma, en este caso, por tratarse de un lugar público, estará facultado para realizar la distribución de su dibujo –su obra- en postales, cuando a simple vista lo que resalta es la escultura. Lo anterior radica sobre el hecho de que no importa el carácter de las obras que se encuentran en lugares públicos, es decir que las mismas se encuentren permanentemente<sup>69</sup> en sitio, vía o lugar público.

Esta limitación se encuentra supeditada en torno a la libertad de expresión y de información y el derecho a la cultura. Para tal caso, los derechos limitados son el de reproducción, comunicación y distribución.

Otra limitación que no se encuentra considerada en la Ley como tal, pero que el Reglamento la contempla, es la referente a la reproducción que se efectúa mediante el sistema braille o para sordomudos. De este modo, el artículo 44 del citado Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, prevé que:

---

<sup>69</sup> Dicho carácter sí lo exige, por ejemplo, la Ley de Propiedad Española.



“Artículo 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”.<sup>70</sup>

Por otro lado, cabe hacer mención que la Ley mexicana, no limita la reproducción de las bases de datos<sup>71</sup>, lo único que contempla en el artículo 109 es lo siguiente:

“Artículo 109. El acceso a la información de carácter privado, relativa a las personas contenida en las bases de datos, a que se refiere el artículo anterior, así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión, requerirá la autorización previa de las personas de que se trate.

Quedan exceptuados de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley, siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.”

Al igual que el punto anterior, la actual Ley no trata el tema de los proyectos arquitectónicos.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Nótese que dicha disposición, implícitamente se refiere a la reproducción –lo que en la Ley no se observa– como la fijación de una obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o de parte de ella, aunque vemos que también se extiende a los derechos conexos. Asimismo, el término que utiliza no es limitación, sino excepción.

<sup>71</sup> Véase artículo 13 fracción XIV de la Ley.

<sup>72</sup> Véase artículo 13 fracción VIII de la Ley.

Otro régimen de limitaciones no comprendido en las hipótesis del artículo 148, es el de los programas de computación,<sup>73</sup> que a pesar de recibir el tratamiento de una obra literaria (artículo 102 de la Ley Federal del Derecho de Autor) se prevé en el artículo 105 las siguientes limitaciones:

“Artículo 105. - El usuario legítimo de un programa de computación podrá realizar el número de copias que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor, o una sola copia de dicho programa siempre y cuando:

- I. Sea indispensable para la utilización del programa, o
- II. Sea destinada exclusivamente como resguardo para sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta no pueda utilizarse por daño o pérdida. La copia de respaldo deberá ser destruida cuando cese el derecho del usuario para utilizar el programa de computación.”

A manera de dato adicional, la parodia<sup>74</sup>, como límite al derecho de autor, no se encuentra considerada por nuestra Legislación.

Un caso aparte<sup>75</sup>, es la limitación por causa de utilidad pública, la cual se encuentra regulada bajo el numerales 147 de la Ley y del 38 al 43 en su Reglamento. Su fundamento convencional se establece en el inciso 2) del artículo 10 de Berna.

Otros casos de limitaciones a los derechos patrimoniales, son los consagrados en el artículo 149 de la citada Ley, consistentes en: a)realizar la utilización de obras

---

<sup>73</sup> Véase artículo 13 fracción XI de la Ley.

<sup>74</sup> Como sí se define por algunos países anglosajones y europeos.

<sup>75</sup> Porque se refiere a la publicación y traducción, aunque lleve implícita la reproducción.

literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que la utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras; y b) la grabación efímera siempre que esta se realice en el plazo convenido, que no se efectúe ninguna emisión o comunicación concomitante y que con dicha grabación solo se haga una sola emisión.

### **Fair use.**

La regla que opta la Ley Federal del Derecho de Autor –ello por una garantía de seguridad jurídica y tradición continental- es la técnica de una lista de hipótesis, como lo hemos visto bajo el artículo 148, y se aleja de cualquier cláusula abierta.

La utilización libre y gratuita de las obras protegidas se conoce como fair use en los Estados Unidos. Lo que se busca es una mayor flexibilidad, en la cual se aplica una cláusula abierta en vez de cerrada.

En el *fair use* de los Estados Unidos se permite la utilización de una obra para fines de crítica, comentarios, noticias, reportajes, docencia, conocimiento e investigación.

En el *fair use* se pretende que el uso sea “justo” a partir de las siguientes premisas<sup>76</sup>:

- a. El propósito, carácter del uso y su naturaleza comercial o no lucrativa (fines netamente educativos)

---

<sup>76</sup> Tales criterios han sido utilizados por las Cortes estadounidenses a partir del caso *Folsom vs. Marsh*, así lo describe Fisher, *Harvard Law Review*, citado por Rodríguez Moreno, *Sofía, Op.cit.*, p. 105

- b. La naturaleza de la obra protegida.
- c. El volumen de la porción usada y su importancia en relación con la totalidad de la obra.
- d. El efecto que la utilización produce en el mercado potencial o sobre el valor de la obra.

A colación del artículo 9.2 del Convenio de Berna, señala Mihály Ficsor que el mismo difiere de las otras limitaciones y excepciones previstas en el Convenio de Berna, toda vez que existen otras limitaciones y excepciones debidamente identificadas y con criterios mucho más precisos que la del artículo 9.2. Esta forma de establecer el régimen de limitaciones y excepciones, corresponde a un sistema flexible, basado en el fair use o fair dealing, que incluir una exhaustiva lista de estrictas limitaciones y excepciones identificadas, tal y como lo hacen los países de tradición civil.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation*, Oxford, University Press, U.K., 2002, p. 280.

### CAPÍTULO 3. LA COPIA PRIVADA.

Como tema principal, y tras el breve análisis hecho en los anteriores puntos, dedicaremos este módulo a la copia privada, el cual se analizará desde la perspectiva de la remuneración compensatoria, figura jurídica que como tal, no es reglamentada por la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, de ahí que el desarrollo del presente trabajo se oriente a establecer las principales consideraciones a favor del establecimiento de una regulación en este sentido.

La copia privada es sin duda, uno de los límites más discutidos en la actualidad, no sólo por la repercusión económica que la misma conlleva, sino porque se trata de una limitación al derecho de reproducción que ha cobrado mayor importancia en el entorno digital, desde los soportes en los cuales se puede materializar la reproducción, como los modos o medios de reproducción.

De la lectura de la fracción IV del artículo 148, se desprenden una serie de elementos y cuestionamientos, vgr. qué se entiende por uso privado, qué sujetos pueden ser los copistas, las copias entre amigos o familiares son lícitas, etcétera.

La explicación fundamental de la copia privada, radica sobre la base proteccionista a favor de los autores, incluso en las legislaciones de muchos países del siglo pasado, no se limitaba el derecho de reproducción por copia privada, se reconocía a los autores en exclusiva el derecho a reproducir sus obras.

Hasta que los particulares no dispusieron de mecanismos para la reproducción fue necesario el establecimiento de una disposición legal que les permitiera realizar actuaciones que les contraviniera su derecho exclusivo. Pero como sabemos, el cambio en los medios reprográficos ha evolucionado sobre todo a fines del siglo XX.

Es bien conocido, por lo que no serán necesarias muchas palabras para describirlo. Desde hace ya algún tiempo, existen medios que han puesto al alcance de todos – individualmente- la posibilidad de reproducir con gran fidelidad todo tipo de obras, sean literarias, musicales o audiovisuales. Ni siquiera las obras plásticas escapan por completo a este fenómeno, dados los avances técnicos. Ello ha abierto expectativas inmensas en cuanto al acceso a la cultura y la información.<sup>78</sup>

El límite de la copia tiene su único fundamento, en simples razones prácticas derivadas del estado de la tecnología en un determinado momento histórico y, como tales, superables por el propio avance técnico. No se puede prohibir lo que resulta imposible impedir. Solamente se puede intentar compensar el daño patrimonial sufrido. Y de ahí precisamente la necesidad de arbitrar un sistema, el del canon equitativo o remuneratorio, para compensar el perjuicio derivado de la progresiva ampliación del alcance real del límite. Sistema que existe en todos los países de nuestro entorno y de nuestra tradición jurídica continental; no así en los países anglosajones donde la copia privada se subsume en la excepción genérica del uso leal (razonable) *fair use*.<sup>79</sup>

Como es sabido, en nuestra legislación el derecho de remuneración compensatoria por copia privada no se encuentra reglamentado, pese a que la actual Ley Federal del Derecho de Autor erróneamente intenta reconocer en el artículo 40, así como en los artículos 19 y 20 de su Reglamento. En las legislaciones anteriores a la vigente tampoco se hace alusión al mismo, así tenemos que:

---

<sup>78</sup> Casas Vallés, Ramón, *La fotocopia y su régimen jurídico*, Aranzadi Civil, Directores Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Enrique Rubio Torrano, Vol. I, Navarra, 1993, p. 1998

<sup>79</sup> Carbajo Cascón, Fernando, *El pulso en torno a la copia privada*, Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual, Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, No. 16, enero-abril de 2004, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2004, p. 27

En la Ley Federal de Derechos de Autor y sus reformas de 1963:

“Artículo 18.- El derecho de autor no ampara los siguientes casos:

....

d) La traducción o reproducción por cualquier medio, de breves fragmentos de obras científicas, o literarias o artísticas, en publicaciones hechas con fines didácticos o científicos o en crestomatías, o con fines de crítica literaria o de investigación científica, siempre que se indique la fuente de donde se hubieren tomado, y que los textos reproducidos no sean alterados;

e) La copia manuscrita, mecanográfica, fotográfica, fotostática, pintada, dibujada o en micropelícula de una obra publicada, siempre que sea para uso exclusivo de quien la haga.

f) La copia que para su uso exclusivo como archivo o respaldo realice quien adquiera la reproducción autorizada de un programa de cómputo.”

En la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956:

“Artículo 15.- El derecho de autor no ampara contra los siguientes casos:

....

c) La publicación, traducción o reproducción, por cualquier medio, de breves fragmentos de obras científicas, literarias o artísticas en publicaciones hechas con fines didácticos o científicos o en crestomatías, o con fines de crítica literaria o de investigación científica, siempre que se indique, de manera inconfundible, la fuente de donde se hubieran tomado y que los textos reproducidos no sean alterados;

d) La copia manuscrita, a máquina, fotográfica, fotostática, pintada, dibujada o en micropelícula de una obra publicada, siempre que sea para uso exclusivo

de quien la haga, sin mostrarla o exhibirla en público y sin lucrar o comerciar con ella en ninguna forma.”

En la Ley Federal sobre Derecho de Autor de 1948:

“Artículo 3.- El derecho de autor no ampara contra los siguientes casos:

....

c) Las publicaciones, traducciones o reproducciones por cualquier medio de breves fragmentos de obras científicas, literarias o artísticas en publicaciones de fines didácticos o científicos, crestomatías o con fines de crítica literaria o de investigación científica, siempre que se indique, de manera inconfundible, la fuente de donde se hubieren tomado y que los textos reproducidos no sean alterados.”

En el Código Civil de 1928:

“Artículo 1258.- No es *falsificación*<sup>80</sup>:

- I. La citación literal o la inserción de trozos o pasajes de obras publicadas;
- II. La reproducción o extractos de artículos de revistas, diccionarios, periódicos y otras obras de esta clase, siempre que se expresa la obra de donde se han tomado y que la parte reproducida no sea excesiva a juicio de peritos;
- III. La reproducción de poesías, memorias, discursos, etc., en las obras de crítica literaria, de historia de la literatura, en los periódicos y en los libros destinados al uso de los establecimientos de educación.”

---

<sup>80</sup> Resaltado nuestro.



Evidentemente, en ninguna de las Legislaciones anteriores a la actual se ha establecido la intención de regular el derecho compensatorio por copia privada, no obstante a que desde el año de 1975, el Estado mexicano adoptó el Convenio de Berna.

### **Naturaleza jurídica.**

Se configura como una obligación legal de naturaleza jurídico civil. Se trata de un mecanismo de remuneración a favor de los autores y otros titulares de la propiedad intelectual para compensar los perjuicios sufridos por los mismos a causa de la libre realización de copias para uso privado del copista, como una de las limitaciones legales al derecho de autor. Dado que se imponen determinados límites al derecho exclusivo del autor para autorizar la reproducción, como es la posibilidad de realizar copias sin autorización siempre que sea para uso privado del copista y que no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, se establecen las adecuadas compensaciones al autor por los perjuicios que puedan derivarse de tales limitaciones.<sup>81</sup>

Su naturaleza no radica sobre un privilegio, la explicación más común apunta a la imposibilidad de control por parte de los titulares. Aunque es muy frecuente oír hablar del “derecho de copia privada”, la opinión más común en la doctrina internacional es la de que no se trata de un auténtico derecho, sino de una excepción o limitación.

---

<sup>81</sup> Martínez Espín, Pascual, *La copia privada*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), Op. cit., p. 138

Sin embargo, el Tribunal de Primera instancia de Bruselas, Bélgica, el pasado 25 de mayo de 2004<sup>82</sup>, precisó que el derecho de copia privada sí es un derecho, al resolver que: “La excepción (copia privada) significa (de manera negativa) que no es necesario obtener una autorización del titular del derecho de autor para efectuar una copia privada. En este sentido, la copia privada es una simple causa de inmunidad garantizada por la ley. El derecho a la remuneración en beneficio de los autores y titulares de derechos conexos no fue creado como una compensación al derecho de copia privada, sino como una compensación al reconocimiento legal de la excepción de copia privada.”

Por cuanto hace a la naturaleza de la compensación, no es más que la que corresponde a un derecho de simple remuneración.

En efecto, no es un impuesto, ni un gravamen fiscal, pues el monto de lo recaudado no se destina a contribuir al gasto público, ni se hace a través de la Administración Tributaria.

Sin embargo, no es inimaginable –aunque si imperfecto, porque se atentaría en contra de la propia naturaleza del derecho de autor- que las sumas recaudadas por concepto de remuneración compensatoria se efectuara por intermedio de la Secretaría de Hacienda.

De ser así, la Administración de Recaudación se encargaría de cobrar la remuneración como si fuera un impuesto y a continuación trasladaría las cantidades recaudadas, -descontados sus gastos de gestión- a los titulares de los derechos de

---

<sup>82</sup> *Boletín del Derecho de Autor*, Unesco, Novedades Jurídicas, Jurisprudencia, Bélgica, Abril-junio de 2004.

autor. Para algunos autores, el mecanismo legal de la remuneración compensatoria puede calificarse como un esquema combinado de impuesto-subsidio: un impuesto sobre los equipos de reproducción, más un subsidio a los productores de obras intelectuales –y por ello es un medio de compensación para éstos- y al tener ésta componente impositiva, resulta pertinente acudir, para tratar de evaluar los efectos de este sistema de remuneración, a la teoría de la incidencia y traslación de los impuestos.<sup>83</sup>

En definitiva, el supuesto anotado es del todo irregular en el marco del derecho de autor, sin embargo, en el contexto actual de la copia privada en México, -como un atractivo o *plus* a favor de su reglamentación- se podría optar a que los sujetos obligados al pago de la remuneración compensatoria pudieran deducir de sus impuestos las cantidades por tal concepto.

### **Quién gana y quién pierde con la remuneración compensatoria por copia privada.**

Los autores y otros titulares del derecho de autor son los sujetos interesados en la regulación del sistema compensatorio.

La experiencia en países de la Unión Europea ha demostrado que se trata de una cadena de intereses en donde las industrias culturales y los autores intervienen y sufren directa o indirectamente las consecuencias de la copia privada.

---

<sup>83</sup> Gómez Pomar, Fernando, *La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXIX, Enero-Febrero, No. 614, Madrid, 1993, p. 188

La posición mayoritaria corresponde a aquellos que sostienen que, asumiendo que la copia compite con los originales, y los productores de éstos no pueden ni controlarla, ni recibir una compensación por ella, los resultados son previsiblemente la reducción de ingresos de productores de bienes intelectuales y, consiguientemente, una subproducción de éstos en el largo plazo. Otros argumentan, no obstante, que la copia no autorizada no tiene por qué influir negativamente en los ingresos de autores y editores, ya que éstos cuentan con distintos medios para garantizar aquéllas: la prioridad temporal en el mercado, lo que atribuye una ventaja muy sustancial y asegura un nivel de ingresos suficiente para incentivar la creación. Incluso puede resultarles beneficiosa la copia si son capaces de aprovecharse de ella, fundamentalmente a través del mecanismo de discriminación en el precio entre distintos ejemplares y compradores de la obra, esto es, cargando un precio superior por aquellos ejemplares de los que pueda esperarse van a realizarse copias –por ejemplo, ejemplares adquiridos por una biblioteca o departamento universitario–.

Un modelo simple con una serie de supuestos estrictos, permiten concluir que la copia en escala significativa determina un doble efecto: por una parte reduce los ingresos de los productores de las obras, con lo cual disminuyen, en el largo plazo, los incentivos a la producción de nuevos bienes intelectuales; por otra, mejora la situación de los consumidores de estos bienes a través de la doble vía de reducir el precio de los originales –que ahora sufren la competencia de las copias, la cual presiona a la baja del precio de aquellos- de un lado y de permitir el acceso –aunque imperfecto- a la obra a aquellos que ahora adquieren copias y antes no podían adquirir el original, de otro. Es muy difícil precisar cuál de estos dos efectos es de mayor magnitud y, por tanto, el impacto global sobre el bienestar general resulta incierto.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Gómez Pomar, Fernando, *Op.cit.*, p. 184

Como se puede apreciar, el fenómeno de la copia privada produce “ganadores y perdedores”, y en este sentido es interesante saber si los “perdedores” que son los usuarios finales –porque es al usuario final a quien las empresas productoras de soportes y de equipos, repercuten el pago de la remuneración compensatoria-verdaderamente pierden. A la larga, si no se compensa de alguna manera, la reducción de ingresos que la copia causa a los productores de bienes intelectuales, los incentivos a la creación se resentirán.

Por ello, la solución deseable es a través de mecanismos de compensación a favor de los autores y de los productores de las obras que mantengan el nivel necesario de incentivos, pero al mismo tiempo con la restricción mínima al acceso del público a la obra que la copia posibilita. Esto es, si la retribución a los autores refleja el valor de las copias para los consumidores, entonces ambos grupos resultan beneficiados con la introducción de la copia respecto a la situación anterior a la misma. Esto elimina de entrada dos posibles soluciones extremas: prohibir de raíz e indiscriminadamente la actividad de copia por una parte, y no regularla en absoluto, permitiendo su existencia libre e incontrolada. Así pues, algún tipo de regulación jurídica del fenómeno que suponga compensación para los autores resulta necesaria.<sup>85</sup>

Como en el caso de muchos países, el legislador resolvió el problema complejo del mejor modo posible, habiendo tenido en cuenta el cuadrilátero de intereses (autores, industria de los equipos de grabación, fabricantes de soportes vírgenes, usuarios) de manera apropiada y viable, y con el propósito de garantizar que el gravamen sea equivalente para ambas ramas de la industria. La misma confirmación se aplica a los

---

<sup>85</sup> *Idem.*, p. 185

legisladores de otros países que han introducido sistemas comparables, aunque éstos –como en Francia, por ejemplo– se limitan sólo a la compensación con respecto a los soportes vírgenes. Ahora bien, la cuantía total de la compensación relativa a estos últimos en Francia equivale aproximadamente a los ingresos generados en Alemania por la compensación combinada aplicable al equipo de grabación y a los soportes vírgenes. Así pues, una compensación considerablemente mayor con respecto a esos soportes exclusivamente debe generar los ingresos que produce en el sistema dual de remuneración la compensación combinada aplicable al equipo y los soportes vírgenes. Por consiguiente, habida cuenta de la distribución de la carga de las regalías por derecho de autor entre los dos grupos que aprovechan la posibilidad de utilizar las obras protegidas por el derecho de autor, el sistema dual resulta más apropiado y mejor equilibrado en cuanto a las políticas industriales que una sola compensación aplicable en su caso al equipo o a los soportes vírgenes.<sup>86</sup>

En comparación con el inmenso valor patrimonial de las obras intelectuales expuestas a un acceso gratuito por parte de terceros mediante la copia privada, y en comparación con las ventas que generan los fabricantes de equipos audio y video y de los soportes de audio, el volumen comercial de la industria informática es impresionante, y apenas logra compensar a los autores y demás titulares –además de que gran parte de la industria informática y electrónica proviene precisamente del hecho de que el equipo vendido ofrece la posibilidad de efectuar copias privadas– frente a los miles de millones de ingresos que representan las creaciones intelectuales que pueden grabarse con el equipo y los soportes de audio adecuados, y que en la práctica lo son, esa cuantía representa tan sólo una fracción mínima y

---

<sup>86</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, *La Legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada*, Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania, Boletín del Derecho de Autor, Unesco, Abril de 2003, p. 16

secundaria del valor de las obras copiadas y no constituye en absoluto una indemnización apropiada por la copia para uso privado.

### **Sujetos pasivos y activos.**

Los sujetos que deben pagar la remuneración compensatoria son -como en casi todas las legislaciones que la reconocen- los siguientes:

La remuneración compensatoria la pagan no quienes efectúan la reproducción legalmente autorizada, sino quienes fabrican o importan material y equipos que la hace posible, es decir, son deudores o sujetos pasivos, las personas que perciben ingresos por la reproducción presunta que efectúan terceros. Dicha contradicción tiene su origen en la necesidad de hacer efectiva la recaudación del canon compensatorio, lo que sería difícil si se impusiera la obligación de pago a los que realizan las copias privadas.<sup>87</sup>

Por regla general, el gravamen debe recaer sobre los particulares que, al efectuar una copia privada, se apropian obras de terceros. Son ellos quienes cometen violaciones del derecho de autor y, por lo tanto, deben soportar la carga económica del gravamen impuesto. No obstante, el hecho de aplicar un gravamen conjunto sobre el equipo y los soportes vírgenes significa incluir indirectamente al usuario final. Sin embargo, en Alemania, los fallos de los tribunales supremos y la doctrina jurídica consideran admisible que el usuario privado no pague directamente una compensación, sino sólo de manera indirecta. Esto implica, como han resuelto los legisladores alemanes y de otros países, mediante un gravamen sobre el equipo y

---

<sup>87</sup> Martínez Espín, Pascual, Op.cit., p. 138

soportes vírgenes destinados a efectuar copias privadas, cuyo pago el fabricante puede hacer recaer en el usuario final.

Ya en 1965 el Tribunal Federal de Justicia alemán, en un proceso que oponía una entidad de gestión de derechos musicales a los fabricantes de equipo de audio, había dictaminado que si bien los fabricantes de equipo de audio no eran los usuarios de una obra protegida por el derecho de autor, tratándose de una copia privada, eran sin embargo los instigadores de la intromisión en el ámbito reconocido por la Ley al derecho de autor. En la sentencia consideró que quienes, en el ejercicio de su actividad comercial, facilitan al copiadador privado los instrumentos y los medios para una reproducción expedida, son también responsables de la violación de los derechos de los autores. El Tribunal Constitucional Federal alemán compartió también ese punto de vista y resolvió que los fabricantes de equipos y productores de soportes vírgenes inducen directamente a la apropiación de servicios que emanan de terceros, de este modo, en virtud de la compensación al autor por el disfrute privado de una obra suele estar garantizada por una acción directa contra los comunicadores de la obra, mientras que éstos últimos pueden por su parte hacer gravitar el pago de esa compensación en los usuarios. En opinión de dicho Tribunal, los productores de equipos y soportes vírgenes son también comunicadores de las obras.<sup>88</sup>

Por lo tanto, están obligados al pago las personas físicas o morales incluidas en los siguientes grupos:

*Deudores o sujetos pasivos principales:* Son los fabricantes en el territorio del país de origen, así como los adquirentes fuera del mismo, siempre que destinen los

---

<sup>88</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 9



equipos, aparatos y materiales a su distribución comercial o utilización dentro del territorio de dicho país.

En efecto, son fabricantes quienes elaboran concretamente (producen) los artículos en cuestión (de equipos de grabación y de soportes de video o audio). Y se considera codeudor todo importador que actúe a título comercial. Un importador es una persona que introduce o reintroduce comercialmente el equipo o los soportes video y audio en el ámbito de aplicación territorial del país de que se trate.<sup>89</sup>

*Deudores o sujetos pasivos subsidiarios:* Son los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los equipos, aparatos y materiales que permiten alguna de las modalidades de reproducción mencionadas. Este tipo de sujetos pasivos, deben responder del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que les hubiesen suministrado los mencionados equipos, aparatos y materiales, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración.

Esta es una regla básica –de orden doctrinal– que pretende señalar a simple vista quiénes son los sujetos obligados al pago, no obstante a ello, como toda regla siempre existen excepciones, como aquellas en donde los productores de fonogramas o videogramas pueden quedar exceptuados del pago, así como las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la autorización para llevar al cabo la reproducción, o bien, cuando las personas físicas adquieran fuera del territorio de su

---

<sup>89</sup> Para llevar un buen control sobre las importaciones del equipo de grabación y de soportes, lo más recomendable sería que se estableciera una obligación de declarar las importaciones comerciales –tal vez, vía aduanal– y a su vez que el distribuidor ratificara dicha información.

país de origen los referidos bienes, siempre que se trate de régimen de viajeros y en cantidades menores.<sup>90</sup>

Por lo que respecta a los sujetos acreedores o activos del pago compensatorio, estos son:

*Autores de las obras explotadas públicamente:* En el caso de la legislación mexicana, se trataría de las obras previstas por el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor. En este sentido, habría que analizar si los programas de cómputo, radio, televisión, las obras fotográficas, las obras de arte aplicado y las bases de datos recibirían el mismo tratamiento que el resto de las obras, o en todo caso es pertinente atender a la regulación expresa que la Ley les confiere a cada una de estas ramas.

*Titulares de derechos conexos:* Tales como editores, productores de fonogramas y videogramas; artistas intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

Los principios reguladores a la figura de los sujetos acreedores o activos, se resumen de la siguiente manera:

1. Debe ser de gestión colectiva obligatoria.

---

<sup>90</sup> Como una de las excepciones, discutibles tal vez, es el caso de aquellas empresas o establecimientos que, por definición, no pueden beneficiarse de la excepción de copia privada y han de actuar bajo licencia de los titulares del derecho exclusivo. Desde esta perspectiva, habría que plantearse la exclusión de otros sujetos que realizan reproducciones en el marco del ejercicio de su actividad ordinaria. Algunos de ellos disponen de licencias para reproducir otorgadas por los titulares y es absurdo que además se vean afectados por la repercusión del canon que grava los equipos, aparatos y materiales, tal es el caso de los establecimientos de reprografía.

La finalidad de esta disposición es evitar que aquellos que tienen la obligación de pagar una compensación tengan que tratar con un número demasiado elevado de titulares de derechos.<sup>91</sup>

2. Se trata de un derecho irrenunciable para autores, artistas intérpretes y ejecutantes.

Al ser irrenunciable, éste derecho se transmite *mortis causa* a los herederos del autor o artista, ya que sigue la suerte de los otros derechos de simple remuneración (de regalías y *droit de suite*)

Es importante señalar que la remuneración no se basa en el derecho exclusivo de reproducción, se fundamenta en la imposibilidad *de facto* y *de iure* de ejercitar tal derecho y en la necesidad de compensar los daños derivados de la realización de la copia privada.

Asimismo, es menester hacer mención que los autores deben ostentar el derecho de remuneración compensatoria, aunque hayan cedido a un tercero el derecho exclusivo de reproducción.

Amén de lo anterior, es conveniente distinguir que la copia licenciada –la que se realice a través de una autorización concedida por el titular del derecho exclusivo- y la copia privada –realizada sin necesidad de autorización- son incompatibles. En otros términos: un mismo acto de reproducción no debería verse sujeto a licencia y a canon a la vez, a favor de un mismo sujeto titular, pero volvemos a la hipótesis original: la falta de control sobre las reproducciones.

---

<sup>91</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 8

**Bienes sobre los que recae el pago compensatorio.**

La remuneración compensatoria, recae sobre materiales, equipos y aparatos que permitan materializar la reproducción, -como ya se mencionó- que sean fabricados en el país de que trata o importados para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

De este modo, los bienes sujetos a la obligación de pago son:

*Soportes vírgenes:* cualesquiera que éstos sean.

*Equipos y aparatos de reproducción de libros y publicaciones asimiladas:* El importe del pago se fija en atención al número de copias por minuto que puedan utilizar los equipos o aparatos de reproducción, no sobre el soporte, que en este caso se trataría de hojas de papel común.

*Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas o videogramas:* Por unidad de grabación, así como los materiales de reproducción sonora o de reproducción visual o audiovisual por un tiempo determinado –por lo regular se fija por un minuto-.

Como se observa, los bienes anteriormente señalados se refieren básicamente a la copia privada analógica. Nos queda claro que el pago de la remuneración compensatoria se establecerá sobre equipos, aparatos y soportes, y que tratándose de la era digital, los bienes se amplían día a día, por ejemplo, hoy se puede establecer un pago compensatorio sobre:

*Equipo digital:* Grabador de minidiscos, lector de MP3, MP3 en teléfonos celulares, MP3 en cámaras digitales, grabadores de discos compactos y equipo autónomo, copiadores de discos compactos instalados en computadoras, receptores de satélite (SAT) con discos duros integrados, grabadores digitales de vídeo con discos duros integrados, grabadores de DVD, copiadores de DVV, entre otros.

*Soportes digitales:* Minidiscos, tarjetas multimedia, tarjetas smart media, barras de memoria, discos de audio y de datos grabables y regrabables, DVD vírgenes, entre otros.

El aspecto decisivo para determinar los importes de la compensación tratándose de los soportes digitales vírgenes no es el tamaño ni la tecnología del medio de almacenamiento, sino su capacidad de almacenamiento.<sup>92</sup>

Los criterios para la determinación del canon en la práctica no son diferentes de los que establecen las Leyes, aunque en ocasiones cuando hay dudas o diferencias de opinión en cuanto a la sujeción al canon de concretos equipos, aparatos o materiales, la cuestión se resuelve mediante acuerdo entre las sociedades de gestión y las empresas obligadas. En cualquier caso, siempre funciona sobre la base de los criterios legales, tales como la capacidad de copia y/o almacenamiento.

### **Recaudación y distribución del pago compensatorio.**

En lo referente a la recaudación y distribución de los ingresos derivados del pago compensatorio deberá establecerse con precisión el número de titulares de derechos afectados por la copia privada.

---

<sup>92</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 11

En este sentido, se pueden identificar tres modalidades en función de la forma de explotación de las obras afectadas por la copia privada:

1. Libros y publicaciones asimiladas,
2. Fonogramas y otros soportes sonoros, y
3. Videogramas y otros soportes visuales o audiovisuales.

Puesto que es imposible que cada autor o persona titular de derechos conexos los reivindique demandado a los fabricantes de equipo de grabación de audio y video y de soportes vírgenes obligados a pagar la compensación, se encomienda a las sociedades de recaudación, bajo la supervisión de la Oficina protectora de los derechos de autor y estableciéndose que cada titular de derechos reciba una parte equitativa de los derechos recaudados.<sup>93</sup>

Es de práctica común que existan más de dos sociedades de gestión de derechos de autor que representen diversos derechos, ante lo cual se pueden presentar duplicidad en los pagos o en su caso la reclamación del pago por varias sociedades. Por ello, para hacer valer mejor y con más eficacia los derechos de compensación de cuya gestión se encargan, las sociedades de gestión colectiva se pueden asociar y crear un ente de carácter civil, por ejemplo, y recaudar únicamente este derecho.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> *Idem.*, p. 18

<sup>94</sup> En nuestro caso, la Unión Nacional de Sociedades de Autores (U.N.S.A) –agrupación de carácter civil que reúne a todas las sociedades de gestión colectiva- podría realizar tal función.

Asimismo, para un mejor desempeño pueden firmar acuerdos generales con las asociaciones o cámaras que agrupan miembros obligados a dicho pago.<sup>95</sup>

En efecto, como se puede observar para cada una de las modalidades antes señaladas, la remuneración se debe configurar como equitativa y única, de modo que los autores concurren con los otros titulares. Esto significa que pueden incidir varias sociedades de gestión colectiva, por lo que podrían actuar conjuntamente y bajo una sola representación con aplicación a la comunidad de bienes.

Por otro lado, puede que existan dos sociedades que representen una misma rama de creación, lo cual deberá resolverse –entre dichas sociedades- a fin de no bloquear la recaudación en lo que atañe a los colectivos afectados.

En cuanto a la distribución, las cantidades deben repartirse de manera equitativa entre cada uno de los titulares de derechos representados por las entidades de gestión respectivas, ello con la observancia de un porcentaje a actividades asistenciales, de formación o promoción para el derecho de autor, tal y como lo hacen la mayoría de las sociedades de gestión colectiva en el mundo. De una u otra forma, será por disposiciones reglamentarias que se regule el reparto y los porcentajes.

La distribución o reparto se lleva a cabo, mediante estimaciones guiadas por el principio de remunerar más a aquellos titulares cuyas obras o prestaciones hayan resultado más afectadas por la copia privada. Para ello se puede recurrir a estadísticas, verbigracia, para el caso de fonogramas se reparte en función del

---

<sup>95</sup> Verbigracia, en España se tiene firmado un acuerdo entre diversas sociedades de gestión colectiva con una asociación que agrupa empresas de electrónica y comunicaciones, la cual se reconoce por sus siglas: ASIMELEC.

número de ventas o bien de la comunicación pública, en cuyo caso se supone que esas serán las obras y prestaciones más copiadas para uso privado.

Como se ha mencionado, este tipo de recaudación siempre se hace de gestión colectiva obligatoria, ello por la imposibilidad que tiene el autor y demás titulares de exigir el cumplimiento del pago frente a los diversos deudores. Lo que no significa que los titulares (autores, artistas, productores, etcétera) deben necesariamente hacerse socios, ya que atentaría contra la libertad de asociación. De este modo, las sociedades deben recaudar tanto por sus socios como para terceros no asociados, y que en el caso de la legislación mexicana, los autores y demás titulares podrían conceder el poder a que se refiere el artículo 195 *in fine* de la Ley Federal del Derecho de Autor exclusivamente para el ejercicio de esta modalidad. Sin embargo, esto último puede generar una complicación práctica.

De esta manera, para repartir las cantidades abonadas a las sociedades de gestión respectivas, éstas tendrán que publicar anuncios en periódicos para efectos de su reclamación.

### **La copia privada en el entorno digital.**

En la mayoría de los países de la Unión Europea, no existe como tal una regulación en torno a la copia privada digital. En principio, tanto la analógica como la digital se encuentran permitidas. Las únicas salvedades son las que afectan a programas de ordenador y bases de datos electrónicas, las cuales se encuentran prohibidas.

El problema real no está pues en el concepto de copia privada sino en el derecho de remuneración asociado a la misma, toda vez que la norma es aplicar el pago



compensatorio a los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar reproducciones para uso privado. Esa idoneidad se aplica tanto al mundo analógico como digital. Esto ha dado lugar a controversias, vgr. los *scanners*, las impresoras de computadoras personales, las propias computadoras personales, etcétera.

Poco a poco, esto tomará forma y es posible que la aplicación práctica del sistema de cánones a los equipos, aparatos y materiales digitales se produzca de forma gradual, aunque lo ideal es que se estableciera vía legal y no a base de negociaciones o juicios.

En este sentido, se puede observar con claridad, por ejemplo, la postura de España, en cuyo caso bajo el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, elaborado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para la incorporación de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información— el cual se encuentra en espera de su aprobación— se pretende consolidar el sistema de funcionamiento en relación con el mundo analógico y proceder a un tránsito ordenado de dicho sistema a un mundo digital, evitando una aplicación indiscriminada del sistema de cánones, y más si se tienen en consideración las medidas tecnológicas de protección, ya que en todo caso dichas medidas pueden llevar *de facto* a un tratamiento diferenciado sobre la copia privada en el entorno digital.

En efecto, la facilidad con la que la información circula por la Internet puede ser interceptada, su vulnerabilidad y la necesidad de poner barreras a quienes atacan las obra protegidas, son algunos de los problemas para los que también existen medios de control que la misma tecnología digital proporciona: las medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección se pueden clasificar en dos grandes grupos, por un lado las que controlan el acceso a las obras, y por el otro, las que controlan la utilización de las obras. Así tenemos por ejemplo, aquellas que permiten descargar una obra, pero no imprimirla ni modificarla; las que permiten el acceso hasta cierta fecha; las que identifican el usuario a través de certificados originales; etcétera.

Dichas herramientas están a disposición de los autores para la protección de sus obras en la Internet. Por ello suele afirmarse que debido a que las medidas tecnológicas van desarrollándose y aumenta su utilización, no resultará cierto afirmar que los derechos de autor están desprotegidos en Internet. Por el contrario se hallarán bastante bien custodiados, así lo afirman muchos académicos, entre los cuales se encuentra Lawrence Lessig.<sup>96</sup>

Por lo tanto, en el futuro, el problema se centrará, pues, no en el derecho de copia, sino en el deber de copia, el deber de los poseedores de propiedad intelectual de facilitar el acceso a ésta, así opinan algunos tratadistas de la materia.<sup>97</sup>

Lo anterior se explica sobre el hecho de pensar que en Internet, se vive una anarquía autoral, y que con la aplicación de un sinnúmero de medidas tecnológicas de protección, se convierta en un ámbito riguroso, lleno de obstáculos y barreras que eliminen el tradicional equilibrio que defienden las leyes entre el derecho de autor y la sociedad a participar de esas creaciones.

---

<sup>96</sup> Citado por Rodríguez Moreno, Sofia, Op.cit., p. 136

<sup>97</sup> Entre los cuales se encuentran Lessig, Séverine Dusollier, Y. Pouillet y Mirreille Buydens, nuevamente citados por Rodríguez Moreno Sofia, Idem.

Tal y como lo afirma, Rodríguez Moreno, las medidas tecnológicas, desde una perspectiva, cumplen bien la función de proteger a los autores, pero llevadas al extremo pueden borrar derechos sociales cuya tutela en el ámbito digital es también imperiosa.<sup>98</sup>

En este sentido, la Ley puede y debe contribuir a garantizar el equilibrio –que de otro modo parecería perderse en el ciberespacio- tal y como lo hace en el mundo real, a través del establecimiento de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital de Internet. De ahí la necesidad de que la respuesta a este nuevo fenómeno sea también global. En dicha tendencia se encuentran los Tratados de la OMPI: sobre Derechos de Autor (por sus siglas en español TODA) y sobre Interpretaciones, Ejecuciones y Fonogramas (por sus siglas en español TOIEF) de 1996.

Anteriormente se habían hecho intentos por proteger las obras en las nuevas tecnologías, véase los ADPIC. No obstante a ello, los primeros que a nivel mundial se concentran en el mundo digital son el TODA y el TOIEF.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Idem.

<sup>99</sup> Cabe hacer alusión que países como Estados Unidos de Norteamérica, Australia y la Unión Europea, se han dedicado al establecimiento de una regulación correcta en torno al ambiente digital. Para un amplio estudio, es posible remitirse a los textos del Libro Blanco o White Paper y la Digital Millennium Copyright Act, en Estados Unidos de Norteamérica; la Copyright Amendment Digital Agenda, en Australia; así como las diversas Directivas que se han emitido en la Unión Europea, entre ellas: la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador; la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de bases de datos; la Directiva 2000/31/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico; la Directiva 2001/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Sobre este particular, Reinhold Kreile y Jürgen Becker<sup>100</sup> afirman que, desde que aparecieron en el mercado los equipos de grabación digital y los soportes vírgenes digitales, los fabricantes, en particular los de equipo de grabación digital, no dejan de abogar que, en la llamada era digital, el sistema de remuneración de cuota fija por copia privada se sustituya por un régimen de pago individual de regalías por derecho de autor. La industria está intentando convencer al público en general y a los encargados de la formulación de políticas, en particular al legislador de la Unión Europea y a los legisladores nacionales, de que gracias a los sistemas de gestión digital de los derechos, también será posible expedir licencias individuales en materia de copia privada, lo que conducirá a una compensación equitativa y acorde con la ejecución o representación para los autores, y a un pago en función del uso para los usuarios.

El pago individual haría inaplicable la compensación de cuota fija. De hecho, la industria es partidaria de una prohibición total de la copia digital en la esfera privada. No cabe duda que para los titulares de derechos de autor y derechos conexos, en principio el pago individual sería preferible a los sistemas de compensación de cuota fija.

Asimismo, para los autores, la compensación de cuota fija es y seguirá siendo sólo la segunda mejor solución. Por ese motivo, la introducción de los sistemas de gestión digital de los derechos es acogida favorablemente por los titulares de derechos y las sociedades de recaudación que los representan, que en efecto la apoyan en la mayor medida posible. Ahora bien, no se puede dejar de advertir, como se desprende de varios estudios recientes, que los medios digitales de almacenamiento se utilizan en la esfera privada para la copia de obras protegidas por el derecho de autor. Por lo

---

<sup>100</sup> Op. cit., p. 20

tanto, incluso en la era digital persiste lo que fue una práctica habitual durante decenios tratándose de medios analógicos como los equipos de audio y video, así como las fotocopadoras y los medios de almacenamiento correspondientes. Los sistemas de pago individual no pueden abarcar los procedimientos tradicionales de copia, como la grabación en directo de emisiones de radio y televisión y la copia de libros y revistas. Además sigue siendo muy fácil, como antes, burlar los sistemas de protección contra la copia destinados a impedir la fabricación de CDs musicales copiados por uno mismo y la distribución de música por Internet.

Por su parte, afirman los autores que en el caso del Gobierno alemán, este se ha resistido a las presiones de la industria y, considera que sólo el sistema de indemnización de cuota fija ya consolidado puede garantizar una indemnización equitativa por copia digital para uso privado y aplicarse en todo el país. El Gobierno Federal alemán explica que tratándose del pago individual por copia digital, no hay en la actualidad ningún sistema operativo, global y generalmente aceptado que responda a las normas de seguridad exigidas por todas las partes y que pueda crearse a partir de una infraestructura orgánica indispensable. Por otro lado, no se ha conseguido elaborar mecanismos técnicos de protección suficientemente perfeccionados contra las copias de soportes físicos o las efectuadas por Internet. Además en la legislación alemana, se encuentra perfectamente claro que está permitida la copia privada digital. Según el Gobierno alemán, la paridad de trato establecida por la Ley entre la copia digital y la analógica se basa en la idea de que, mientras resulte imposible controlar la copia para uso privado, una prohibición de la copia privada no puede aplicarse en la práctica, independientemente del hecho de que la técnica de copia utilizada sea similar. Así pues, cabe suponer que, además de los sistemas de gestión digital de los derechos, el sistema probado y reconocido de

compensación por la copia privada seguirá vigente en el futuro de Alemania, concluyen.

Como se observa, la copia privada en el entorno digital es inminente y ante ello sólo queda permitirla con fines de uso privado, en una medida limitada y a cambio de una compensación equitativa. El proceso tecnológico constante no se compece con una regulación basada en listas definitivas de los tipos de equipo existentes, y se concilia más bien con una regulación general lo más abstracta posible, y que en caso de calificación especial se tramite ante los tribunales.

Como ejemplo de las clases de equipo que imponen la obligación de pagar una compensación, cabe citar los aparatos y medios de almacenamiento reconocidos recientemente como tales en la práctica. En el campo audiovisual, se trata de la cinta de audio digital (DAT), la casete compacta digital (DCC), el minidisco y los CDs grabables y regrabables (CD-R y CD-RW). Los DVDs grabables deberán incluirse también porque son semejantes a los CDs grabables. Además, deberán tenerse en cuenta concretamente los aparatos de grabación de MP3 y equipos análogos destinados a la copia digital de programas musicales o audiovisuales en discos duros fijos. La tecnología informática habrá de incluirse también en el sistema de remuneración existente. Se pueden almacenar colecciones enteras de música en los discos duros de las computadoras, a un costo bajo o nulo. También es posible almacenar obras musicales en CDs de datos grabables y regrabables con ayuda del programa informático apropiado, con una pérdida mínima de calidad. Gracias al tratamiento electrónico de datos, también es viable la reproducción de obras impresas en número casi ilimitado.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Idem., p. 12

La obra se considera reproducida cuando se transmite a través de redes (incluso cuando se introduce en Internet a través del teclado del computador o de un scanner, disquete, CD-ROM o cualquier otro medio), cuando se hace una copia impresa, cuando se guarda en un soporte digital o, por supuesto, en el disco duro del computador. Si el almacenamiento se realiza en la memoria RAM del computador, algunos opinan que por tratarse de un almacenamiento temporal, no se está aquí frente a un acto de reproducción.<sup>102</sup>

El almacenamiento temporal en la memoria RAM es necesario, incluso cuando el documento sólo se consulta a través de su visualización en la pantalla. La copia existe mientras el ordenador esté encendido y desaparece cuando aquel se apaga. Obviamente, esto no impide que tales copias sean a su vez reproducidas. La mayoría de las actividades en Internet requiere la realización de copias. El envío de correo electrónico implica que se efectúe por lo menos una copia del mensaje enviado, que residirá en la memoria del computador receptor. La puesta de material en red, en una página de Internet, supone la realización de una copia en el servidor y la transmisión de otras a quienes accedan a la página. Estos usuarios, por su parte, harán copias permanentes o temporales, ya sea almacenando o imprimiendo el material, enviándolo a otros o ubicándolo en la memoria caché<sup>103</sup> por cierto tiempo.<sup>104</sup>

Al respecto es interesante observar lo que en la Conferencia Diplomática del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor se aprobó en torno a la siguiente declaración

---

<sup>102</sup> Hugenholtz, P.B., *Problemas de derecho de propiedad de envío de documentos electrónicos*, en *Copyright on Electronic Delivery and Multimedia Products*, citado por Rodríguez Moreno, Sofia, Op.cit., p. 112

<sup>103</sup> La memoria caché es aquel directorio que se encuentra en el ordenador personal del usuario final donde se guardan temporalmente las últimas páginas web visitadas; si el usuario las vuelve a pedir, son leídas desde el disco duro sin necesidad de una nueva conexión a Internet, lo cual acelera notablemente el tiempo de respuesta.

<sup>104</sup> Rodríguez Moreno, Sofia, Op.cit., p. 112

concertada: “El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.

Este texto da respuesta también al problema de las reproducciones provisionales –almacenamientos temporales, transitorios o accesorios- que son una característica necesaria del proceso de comunicación y que conlleva la realización de ciertas reproducciones de los contenidos en los servidores y en rutadores (routers) existentes en la cadena de transmisión entre el servidor de procedencia y el ordenador del usuario final, incluido este último. En otras palabras, las obras introducidas en la red de información digital se almacenan en forma provisional en la memoria RAM o en la memoria caché de los ordenadores de los servidores de los proveedores de servicios, de los proveedores de acceso, de los proxy servers, etcétera, y de los usuarios finales, como requisito técnico integrante y esencial para permitir una transmisión eficaz en una red y la presentación en pantalla. También permite, en los hechos, que el usuario realice, cuando ello es técnicamente posible, una copia permanente –para uso personal- de la transmisión en línea.<sup>105</sup>

De este modo, se confirma la aplicación del artículo 9 del Convenio de Berna a todos los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de las computadoras, como lo señala el propio artículo “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, ya que comprende la inclusión de una obra en la computadora, y no depende de la permanencia de la fijación.

---

<sup>105</sup> Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos conexos*, Unesco, Cerral-Zavalía, Argentina, 2004, p. 124



A este respecto, y toda vez que es insostenible pretender que tales actividades cumplan con la regla de los tres pasos, y que estamos ante una copia privada aceptable como una excepción al derecho de autor que da lugar a un caso de libre utilización, tal como se encuentra regulada en las legislaciones que la admiten para el entorno analógico, recientemente en Alemania, se ha considerado el pago de una remuneración compensatoria sobre las computadoras personales.<sup>106</sup>

Por lo anterior y con certeza se afirma que el problema que plantea Internet respecto de los derechos de autor radica no tanto en el hecho de que resulten inaplicables a este entorno, sino más bien en la cuestión de cómo aplicarlos con base en unos límites razonables.<sup>107</sup>

En la medida en que se sigue permitiendo -y *de facto* se efectúa<sup>108</sup> - la copia digital privada, deberían establecerse importes de compensación diferentes para la copia analógica y la digital. Un argumento a favor de importes de compensación más elevados para las copias digitales es que, por regla general, éstas se caracterizan por una calidad considerablemente superior y por el hecho de que pueden hacerse con una rapidez mucho mayor. Ello sin considerar que cuando se compilan programas musicales o textos, es factible la transferencia de inmediato a archivos electrónicos o retransmitirlas por redes en línea (sistemas *peer to peer*). Por otro lado, el hecho de que las copias digitales puedan hacerse sin incurrir en gastos importantes permite suponer que no se volverán a utilizar.

---

<sup>106</sup> Véase Press VG Wort, de fecha 10 de enero de 2005, Aktuelle Urteile stärken das Rech auf privates Kopieren: [www.vgwort.de](http://www.vgwort.de)

<sup>107</sup> Lemery, Mark A., *Dealing with overlapping copyrights on the Internet*, en The Second Harvard Conference on Internet an Society, citado por Rodríguez Moreno, Sofia, Op.cit., p. 113

<sup>108</sup> O *de iure*, según se encuentre legislada en los países.

Académicos de corriente anglosajona como Neil Netanel y Jessica Litman han respaldado las iniciativas para fortalecer los procedimientos *peer to peer* ya que constituyen un procedimiento útil, rápido y adecuado para la difusión de la información, siempre que los productores de la misma obtengan una compensación y que las utilizaciones no tengan una finalidad comercial cuando se lleve a cabo una copia privada.<sup>109</sup>

### **La posición de los jueces.**

A nivel internacional existen pronunciamientos judiciales sobre la copia privada, y en este contexto se enunciarán algunas de ellas en referencia básicamente al Derecho Español, ello por ser afín a nuestro sistema jurídico:

*Sentencia Audiencia Provincial de Asturias número 316/2004, de 15 de julio de 2004, promovido por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) vs. Reprografía Leticia.* La entidad de gestión de derechos de reprografía demandó que la citada mercantil, realizaba de modo habitual actividades ilícitas de reproducción reprográfica de obras impresas, sin tener la autorización de los titulares de los derechos de explotación de dichas obras. En el fallo de la primera instancia se desestimó por no considerar que se había acreditado que en el local de la demandada se desarrollase la actividad denunciada de modo continuado y habitual, más allá de haberse acreditado más de una vez con fotocopias íntegras de varios libros fotocopiados por la propia demandada. En segunda instancia se resolvió que la demandada debiera obtener la pertinente autorización de la demandante si era su deseo de reproducir obras cuyos derechos de autor administra dicha entidad de gestión, con los límites de reproducción expresamente previstos en el modelo de

---

<sup>109</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, Op.cit., p.129

licencia. La sentencia del *A quo*, resolvió que las copias realizadas por la demandante ya estaban abonadas por el canon o remuneración abonado en su momento, al adquirir las fotocopadoras. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Asturias resolvió que sin necesidad de entrar en el análisis de si por copista, debe entenderse únicamente quién realiza materialmente la copia, o también aquel que va a hacer uso de ella aunque sea distinto del anterior, el artículo 31.2 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, limita la posibilidad de reproducir obras para uso privado del copista a los casos en que no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, lo que ya resulta de todo punto incompatible con quien realiza esas copias en un establecimiento abierto al público, dirigido precisamente a ese fin, obteniendo sus beneficios del desarrollo de esa actividad a cambio de un precio. Y de hecho la norma reglamentaria así lo considera bajo el artículo 10 del Real Decreto 1434/92 de 27 de noviembre, que desarrolla esa norma conforme a su espíritu y finalidad, toda vez que establece que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual, las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización. Por lo tanto la sentencia se revocó en este sentido.

*Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona número 284/2004, de 2 de junio de 2004, promovido por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) vs. Imprexpert, S.A.* En cuyo caso, dicha empresa realizaba actividades de reprografía ilícita, y en la primera instancia CEDRO ganó al condenársele a la demandada a obtener la licencia respectiva y a una indemnización por tal hecho. Sin embargo, ésta última se inconformó y cuestionó la legitimación de la entidad de gestión actora por no acreditar los autores que representaba y ni aportar los contratos de gestión

otorgados por los autores de los manuales que fueron fotocopiados en su establecimiento. A pesar de ello, la sentencia recurrida se confirmó y dentro de sus razonamientos se adujo que: la cuestión de la legitimación de las entidades de gestión, para ejercer los derechos confiados a su gestión aún sin aportar, o acreditar documentalmente, los individualizados títulos o acuerdos por mérito de los cuales los distintos autores, u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, encomiendan la gestión de explotación o recaudación de sus derechos ha de considerarse efectivamente resuelta por el Tribunal Superior en sentido afirmativo, pues la fundamenta y reconoce en dos sentencias de fecha 29-10-1999, al resolver sendos recursos de casación en los que la parte demandada negaba tal legitimación con similares argumentos a los sostenidos en este caso, criterio que ha sido ratificado, aún con mayor énfasis, por la STS 18 de octubre de 2001, al señalar que la legitimación de la entidad de gestión es directa. Aquella doctrina, que concluye que basta a la entidad de gestión para la defensa en juicio de los derechos a que se refiere el litigio con la aportación de la autorización administrativa que habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, para tener así por cumplida tal exigencia. No obstante a ello, la demandada también alegó estar amparada por la norma prevista del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual –tal y como en el caso anteriormente señalado- en donde de nueva cuenta se hizo valer el criterio anterior, pese a ello, la Audiencia Provincial consideró que: la excepción de la copia privada, no será reconocible cuando se trata de reproducciones efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público los equipos, aparatos y materiales para su realización, supuesto éste en que deberá obtenerse por tales empresas la previa autorización de los titulares de los derechos (a medio de licencia oportuna), y ello con independencia de la compensación remuneratoria.

Asimismo, se resolvió que para que no operara el derecho de remuneración por copia privada es preciso que se tratara de una reproducción para uso privado del copista, y siempre que la copia no fuera objeto de utilización colectiva ni lucrativa, no siendo calificable como uso privado las copias efectuadas, a cambio de precio (utilización lucrativa) por establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público o que dispongan de los equipos y materiales para su realización. De ahí que lo relevante, más que determinar quién debe ser considerado copista, es la consideración de la realización de la copia lucrativamente, pues en tal caso no estamos ante un uso privado. De modo que la realización de copias con lucro, por tales establecimientos, no están amparadas por la excepción de copia privada y por ello, no encajan en el sistema de remuneración compensatoria del artículo 25. Es aquí donde cobra sentido la licencia o autorización, como medio que permite legalmente la reproducción de las obras protegidas por el derecho de autor. Queda configurado un doble sistema para la realización de copias de obras protegidas: tratándose de reproducciones para uso privado opera el límite del artículo 31.2 de la citada Ley, de modo que no es necesario solicitar la previa autorización del titular de los derechos, generando en tales casos la remuneración compensatoria del artículo 25. Y cuando no se dé ese requisito de uso privado del copista, será necesaria la obtención de la correspondiente licencia, de acuerdo con el régimen general conforme al cual toda reproducción debe quedar sometida a la autorización del titular de los derechos. Y, como ha puesto de relieve la mejor doctrina, ambas modalidades son compatibles puesto que los presupuestos de una y otra son distintos (aunque persigan idéntico objetivo: legitimar actividades, mediante el pago de una compensación, que de otra manera serían ilícitas), operando en un caso como límite al derecho de exclusiva reconocido por la Ley y, en otro, como mecanismo diferente, a modo de licencia de reproducción. De ahí que el hecho de

pagar el establecimiento, que explota los equipos de reproducción, la remuneración compensatoria, no exime de la obligación de la licencia de reproducción.

*Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona número 593/2002 de 19 de abril de 2004, promovido por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) vs. Aeme Informática.* En este caso, la SGAE como entidad de gestión que recauda la remuneración por copia privada solicitó el acceso a las operaciones realizadas por la demandada, toda vez que la misma no liquidaba el derecho de remuneración a pesar de ser distribuidor de CDs informáticos y de otros semejantes productos, como el CDR informático. El demandado afirmaba que el mismo, estaba excluido del régimen de remuneración por copia privada. En cierta parte, alegaba que este CD informático al ser un soporte digital no tenía la obligación de pagar la remuneración. Sin embargo, la Audiencia resolvió que éste al ser un soporte que permite registrar y almacenar con gran capacidad cualquier información, posibilita la reproducción para uso privado del copista sin hacer necesaria la autorización del autor, y ello basta para justificar la compensación económica de que se trata, en beneficio y a cargo de las personas que menciona el artículo 25 de la referida Ley de Propiedad Intelectual, y que entre las personas obligadas a tal pago, se encontraba el demandado como distribuidor.

*Sentencia Juzgado de 1ª instancia número 22 de Barcelona, 22 de enero de 2002, promovido por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) vs. Traxdata Ibérica, S.L.* El juzgado estimó íntegramente la demanda en contra de una empresa comercializadora de CD-R que se negaba a pagar la remuneración compensatoria. Prácticamente fue de las primeras en España que condenó al pago del canon compensatorio sobre los CDs vírgenes y obligó a la empresa a ponerse al día en sus pagos con la SGAE por cada uno de los discos que hubiese facturado desde 1997

hasta septiembre de 2000. La empresa se defendió bajo el alegato de que los CD-R (llamados data o informáticos) no se consideraban para reproducir música, sino para guardar archivos informáticos. En consecuencia, Traxdata sólo se mostró dispuesta a satisfacer los derechos de remuneración por copia privada en el caso de los CD-R Audio, más caros y de mucha menor implantación. Sin embargo, la Jueza señaló que el CD-R informático o Data era un medio idóneo para la reproducción de fonogramas, por lo que no era aceptable que la demandada alegara indebida utilización por el consumidor de los CD-R Data, porque decía la Jueza: Es bien sabido cuál es el hábito del consumidor español, el de grabar mediante ordenador los CDs legalmente adquiridos por otras personas, o grabar música directamente de Internet.

*Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla número 425/2003 de 18 de septiembre de 2003, promovido por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) vs. Infovitec, S.L.* La sentencia de primer grado apelada tanto por la entidad de gestión de derechos como por la sociedad mercantil demandada, partía de la base de que EGEDA no había acreditado, mediante la actividad probatoria desarrollada, el hecho controvertido, consistente en la comercialización de cintas vírgenes de video para la obtención de copias privadas de obras audiovisuales, sometida al abono de remuneración compensatoria de los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir, pero consideraba que, conforme a las máximas de experiencia, un porcentaje de las cintas comercializadas, ponderadamente cifrado en el 20% son destinadas a la reproducción de copias privadas. En este sentido, EGEDA ante la imposibilidad de controlar el destino real de cada soporte o cinta virgen, argumentó que el artículo 25 de la Ley de la Propiedad Intelectual, establece un sistema según el cual la comercialización de todos los materiales que sean aptos e idóneos para la reproducción de obras

audiovisuales para uso privado, está sujeta a la remuneración compensatoria por copia privada, con independencia del destino efectivo y real del soporte, y exceptuando a las entidades de radiodifusión y a los productores audiovisuales o fonográficos que obtengan certificados de exención, de manera que la demandada no podía quedar liberada del pago del canon compensatorio, puesto que los soportes o cintas de video vírgenes y del formato VHS que comercializó eran idóneas para reproducir copias privadas. No obstante a ello, la demandada consideró que las cintas en su mayoría eran destinadas a uso industrial o profesional. Sin embargo, la Audiencia Provincial resolvió que no era preciso que la entidad de gestión probara el destino final de las cintas, y sólo bastó que acreditara la idoneidad de las mismas para realizar dicha reproducción.

*Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza número 708/1998 de 2 de diciembre de 1998, promovido por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) vs. la Universidad de Zaragoza.* Es sin duda un interesante caso de actividades no lucrativas por las cuales los particulares hacen copias no autorizadas de obras intelectuales para su uso personal. En este asunto se absolvió a la Universidad, pero en la segunda instancia se revocó la sentencia ya que dentro de los principales alegatos de la demandada era la falta de legitimación de la entidad de gestión para recaudar los derechos de reprografía, ante lo cual, como es de explorado derecho en España, no fue necesario que se demostrara la representación conferida. CEDRO solicitaba el pago de la indemnización por la reproducción incontestada de ciertos libros de autor, por medio de máquinas fotocopiadoras, automáticas unas, manuales otras, habiéndose acreditado que en determinadas fechas se podían obtener masiva e indiscriminadamente copias de éstos libros, práctica consentida por los centros docentes e incluso fomentado por algunos profesores, y que ni siquiera era limitada a los alumnos de las Facultades o Escuelas respectivas, ya que las reproducciones así



obtenidas no constituían el concepto de copia privada, toda vez que se vendían por precio fijo partes importantes de ciertos libros, y desde luego no se acreditó por parte de la demandada Universidad que, se remunerara de modo alguno al autor de forma tal que sus derechos de autor quedasen debidamente salvaguardados. Se alegó por la Universidad que la misma estaba amparada por el artículo 37 de la Ley, pero no se podía aplicar al caso, ya que el precepto alude a que la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación, que es concepto preciso y distinto del de fines docentes, ya que se demostró que aquellas fotocopias referidas en la documentación señalada no se obtuvieron en atención a fines de investigación, que serían propios de los profesores o doctorados, pues los alumnos eran quienes adquirirían las fotocopias. Ante estos hechos, se condenó a la Universidad a solicitar de CEDRO la licencia para la utilización, mediante el sistema de reproducción por reprografía o máquinas fotocopadoras, de las obras impresas del repertorio de la entidad de gestión, y además se condenó a indemnizar tanto a CEDRO como a las editoriales adheridas a ésta.

Sin duda la tarea de los jueces es de vital importancia para el correcto desarrollo del sistema de excepciones y limitaciones en el derecho de autor y en especial, el de la copia privada y su remuneración compensatoria. No obstante a la existencia de regulación en la Ley, la remuneración por copia privada, siempre tendrá toda clase de matices y de posibilidades sobre todo ante el inminente mundo digital.

## CAPÍTULO 4.

### LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL DERECHO DE COPIA PRIVADA COMO UN DERECHO DE REMUNERACIÓN COMPENSATORIA EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR.

Si bien la legislación sobre el derecho de autor considera cada obra como algo perteneciente a su autor, no pretende sin embargo excluir a terceros del uso compartido de dicha obra. Por el contrario, una obra de creación original está concebida justamente para ser comunicada, publicada y aceptada por el público. No obstante, los autores y comunicadores de obras tienen derecho a obtener beneficios pecuniarios de sus realizaciones, y la creación intelectual merece en principio el mismo grado de protección que la de cualquier otro tipo. Por consiguiente, la legislación sobre el derecho de autor concede en principio a los autores el derecho exclusivo a disponer de las obras resultantes de su actividad creativa y a utilizarlas sin limitaciones. Hoy día, empero, con el desarrollo de la tecnología de grabación moderna, el problema jurídico ya no lo plantea el uso mediante adquisición, sino más bien el uso mediante la copia privada. Gracias a la utilización de equipo de grabación y de copia, así como de soportes de video y audio, el público puede acceder directamente al producto mismo de la creación, sin tener que pasar por la compra de, por ejemplo, libros o discos y cintas pregrabados, etcétera. Debido a los adelantos de la tecnología, un autor no puede ya hacer valer su derecho exclusivo a disponer de su obra frente a todos y cada uno de los usuarios.<sup>110</sup>

Ante este panorama, el único remedio es el establecimiento de una compensación a favor de los autores y demás titulares de derechos. El derecho de remuneración de la copia privada para uso personal se plantea como un *ultimum remedium*, en caso de que no exista un mecanismo que permita impedir o controlar la copia.

---

<sup>110</sup> Kirchhof, Paul, *La esencia constitucional de la Propiedad Intelectual, en Festschrift for Wolfgang Zeidler*, citado por Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 5

La filosofía de este derecho de remuneración tiene su fundamento en otorgarle al autor y demás titulares de derechos, una remuneración económica por la reproducción que de sus obras se hace sin su consentimiento, dado que la misma Ley le ha imposibilitado el ejercicio normal de su derecho exclusivo. Cabe aclarar que, esta institución jurídica, no pretende legitimar lo ilegal, es decir, legitimar la piratería o la reproducción obtenida de manera ilegal, -ya que son cosas totalmente contrarias- sino paliar los daños y perjuicios de los titulares de derechos afectados.

Al proporcionar a los creadores una remuneración, las recaudaciones por copia privada generan el incentivo económico necesario para impulsar la creatividad, enriqueciendo de este modo la cultura de la sociedad para beneficio de todos. Además la experiencia ha demostrado que los costos de estas recaudaciones, no repercuten directamente sobre el consumidor, sino que son asumidos en gran parte por los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y materiales vírgenes dentro de su considerable margen de beneficios. No es sorprendente entonces que los estudios demuestren una y otra vez que los consumidores aceptan las regalías por copia privada como un modelo justo de remuneración para los titulares de derechos de autor.

Aunado a lo anterior, es importante destacar que al regularse adecuadamente un sistema de esta naturaleza, los autores y demás titulares pueden adquirir, por medio de los convenios de representación unilateral o recíproca, los ingresos por copia privada procedentes de aquellos países que la reconocen.

### **Las diversas propuestas de reformas presentadas en las legislaturas pasadas.**

Antes de hacer mención sobre los intentos de los legisladores nacionales para regular la remuneración de copia privada, brevemente resumiremos la situación actual de la copia privada en nuestro país:

Ha quedado entendido que las limitaciones al derecho de autor son un conjunto de normas jurídicas imperativas que, suspenden, disminuyen o establecen libertad de uso y reproducción de cierto género de obras literarias y artísticas, así como de derechos conexos, en beneficio de la educación y cultura de la nación, así como medios de regulación de mercado de bienes y servicios culturales. Todo ello a partir de la naturaleza jurídica de los derechos de autor, que deben considerarse como privilegios concedidos por la voluntad soberana del Estado, y que cumplen con una función social específica dentro de la vida de la comunidad.<sup>111</sup>

Asimismo, cabe aclarar que dichas limitaciones sólo responden al derecho patrimonial de los derechos de autor, y en ningún caso se aplican a los derechos morales –con las reservas, que al respecto se han aludido en los capítulos anteriores– y además, éstas se refieren tanto a los derechos patrimoniales de los autores, a los titulares de los derechos conexos o a sus causahabientes.

En el fondo las limitaciones que la Ley establece se encuentran razones de utilidad pública, al respecto la Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 147 determina la naturaleza y las características de la limitación al derecho autoral por causa de utilidad pública.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Serrano Migallón, Fernando, Op.cit., p. 161

<sup>112</sup> Serrano Migallón, Fernando, Op.cit., p. 160, sobre este artículo señala que inicia con una declaración soberana del Estado que consiste en manifestar el carácter de utilidad pública de la

Las limitaciones admiten la utilización de obras en forma libre y gratuita, o bien creando un sistema de licencias obligatorias, cuyo uso en nuestro sistema de derecho civil está más restringido que el anglosajón. Sin embargo, la licencia obligatoria, en tanto que limitación al derecho de autor, sólo es admisible en casos justificados, es decir, en los que no haya forma de mantener el derecho exclusivo de reproducción y en los que el interés público sea de tal magnitud que deba sacrificarse el particular del autor.<sup>113</sup>

En este sentido, es cuestionable el interés público que la Ley Federal del Derecho de Autor consagra y lo antepone al derecho de los autores. Como refuerzo de este criterio, es indispensable que se tenga presente una remuneración compensatoria por el derecho de copia privada a favor de los autores y demás titulares.

Como se ha discutido, la Ley Federal del Derecho de Autor establece una serie de limitaciones sobre los derechos patrimoniales, las cuales surgen con la intención de establecer un equilibrio adecuado entre los intereses de los titulares del derecho de autor, los divulgadores y usuarios de las obras. Las limitaciones establecidas en el artículo 148 de la vigente Ley, son condiciones permisivas que eliminan el requerimiento de autorización del titular respectivo y de la remuneración por su uso,

---

publicación o traducción de obras literarias o artísticas, cuando éstas sean necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación nacionales. Esta declaración recae sobre una acción positiva que corre a cargo del Estado, la publicación o traducción de la obra, y no se constriñe a la producción artística o literaria de los nacionales; y se limita al carácter objetivo de la obra, es decir, a su acceso público. El procedimiento de limitación de derechos autorales está limitado por una condición previa, el que no se pueda obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y el Estado considere que son inoperantes para el desarrollo de la cultura y la educación nacionales, y sólo en tal caso puede recurrir a su propio imperio para realizar las acciones necesarias para ello y sólo mediante el pago de una remuneración compensatoria.

<sup>113</sup> Idem.

mismas que están sujetas a un conjunto de condiciones de cumplimiento necesario para ser lícitas.

Amén de lo anterior, es importante que al aplicar estas limitaciones, se observe siempre que las mismas deben estar sujetas a la prueba de los tres pasos.

Pareciera que la Ley Federal del Derecho de Autor consagra al pie de la letra el espíritu del artículo 9.2 del Convenio de Berna, habría que determinar el verdadero alcance en cada uno de los casos especiales que establece el artículo 148, y en lo particular el de la copia privada.

La fracción IV del referido artículo 148, prevé la limitación conocida como derecho de copia privada, la cual consiste en hacer una reproducción, por una sola ocasión y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, misma que se limita al uso personal y privado del que la hace, lo que impide su realización comercial y además no puede hacerse con fines de lucro.<sup>114</sup>

Si no cumpliera con las condicionantes previstas, en todo caso, la propia Ley Federal del Derecho de Autor establece las acciones administrativas a ejercitar, así como penales, en cuyo caso, sería objeto de remisión al Libro Segundo, del Título Vigésimo Sexto del Código Penal Federal.

---

<sup>114</sup> Al respecto, Serrano Migallón, Fernando, precisa que: "Dichas condicionantes constituyen la diferencia entre la copia privada y la reproducción de ejemplares por medios editoriales o de reproducción. Obedece a esta razón el que las personas morales no puedan realizar la copia privada, pues no pueden hacer uso personal y privado de la misma ya que sus fines son fundamentalmente corporativos. Gozan de excepción a la limitación de copia privada para las personas morales, aquellas instituciones cuyo objeto sea la educación o la investigación, siempre que tales efectos los logren sin fines de lucro. La copia privada no puede constituirse en una reproducción ilícita velada"., Op.cit., p. 166

De esta forma, el legislador de 1996, pretendió bajo el artículo 40, dejar abierta la puerta para que en el futuro se reglamentara el derecho de remuneración por copia privada, toda vez que consideró que:

“Artículo 40. Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley.”

Para muchos autores, la redacción de dicho numeral de ninguna manera se refiere al sustento de la remuneración compensatoria por la copia privada, que más bien parece haberse querido emplear como sinónimo de reparación de daño material, y al haberlo realizado de tal manera, generará toda clase de cuestionamientos acerca de su alcance e interpretación, entre ellos, el poder reclamar el pago simultáneo de tal remuneración compensatoria y además daños y perjuicios.<sup>115</sup>

En efecto, la ambigua redacción no puede ser considerada como el inicio de una *cuasi* regulación de la remuneración compensatoria por copia privada, a pesar de que la entidad de derechos que gestiona los derechos de reprografía en nuestro país, con base en este artículo, ha concedido licencias a empresas de reprografía y a algunas Universidades.

Empero lo anterior, el artículo es ambiguo porque si bien es cierto que la remuneración compensatoria no se basa en el derecho exclusivo de reproducción,

---

<sup>115</sup> Cabellero Leal, José Luis y Jalife Daher, Mauricio, *Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor*, Legislación de Derechos de Autor, Ed. Sista, México, 1998, p.VI

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

sino más bien se basa en la imposibilidad de ejercitar tal derecho y la necesidad de compensar los daños derivados de la realización de la copia privada, también es cierto que el mismo, puede prestarse a confusión cuando se refiere a que los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna limitación, esto quiere decir que al pretender sustentar el derecho de remuneración compensatoria por copia privada en dicho numeral, se está permitiendo la ilicitud de la reproducción.

La incongruente regulación del artículo 40, se trató de enmendar en el Reglamento de la citada Ley, como a continuación se observa:

“Artículo 19. La remuneración compensatoria por copia privada es aquella que corresponde al autor, al titular de derechos conexos o sus causahabientes por la copia o reproducción realizada en los términos del artículo 40 de la Ley.”

“Artículo 20. La remuneración compensatoria por copia privada podrá ser recaudada por los autores, titulares de derechos conexos o sus causahabientes, personalmente o por conducto de una sociedad.”

En este contexto, cabría hacerse la siguiente pregunta: si el artículo 20 del citado Reglamento, contempla la posibilidad de ejercitar un derecho de remuneración compensatoria por copia privada, ¿Basta que se promuevan las tarifas ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor, de conformidad con lo previsto por el



artículo 212<sup>116</sup> de la multicitada Ley autoral, o es requisito *sine qua non* que este derecho, se encuentre previsto en la Ley y en el Reglamento?

Así las cosas, y con base en este artículo 40, se han emitido algunas Iniciativas de Reformas para incluir la remuneración compensatoria por copia privada en la Ley Federal del Derecho de Autor.

El 12 de diciembre de 2002, fue aprobado en la Cámara de Senadores, el Dictamen presentado por las Comisiones de Educación y Cultura; la de Estudios Legislativos y la de Turismo; sobre las Reformas y Adiciones a la Ley Federal del Derecho de Autor, mismo que consagró la incorporación de la remuneración compensatoria, pero el 14 de ese mismo mes y año, se llevó a cabo una rectificación de la Presidencia de la mesa Directiva, por lo cual la minuta se turnó a la Comisión de Cultura para su estudio y dictamen, y el derecho de remuneración compensatoria por copia privada quedó fuera de discusión, por las razones siguientes:

“... Sin demérito de lo anterior, existe coincidencia por parte de los miembros de esta Comisión dictaminadora, en el aspecto de que la copia privada supone, invariablemente la realización de una copia de una obra preexistente, para uso personal y privado de quien la realiza. En virtud de lo cual, por tratarse de una copia privada, está absolutamente exenta de todo ánimo lucrativo, tanto directo

---

<sup>116</sup> Artículo 212. Las tarifas para el pago de regalías serán propuestas por el Instituto a solicitud expresa de las sociedades de gestión colectiva o los usuarios respectivos. El Instituto analizará la solicitud tomando en consideración los usos y costumbres en el ramo de que se trate y las tarifas aplicables en otros países por el mismo concepto. Si el Instituto está en principio de acuerdo con la tarifa cuya expedición se le solicita, procederá en publicarla en calidad de proyecto en el Diario Oficial de la Federación y otorgará a los interesados un plazo de 30 días para formular observaciones. Si no hay oposición, el Instituto procederá a proponer la tarifa y a su publicación como definitiva en el Diario Oficial de la Federación. Si hay oposición, el Instituto hará un segundo análisis y propondrá la tarifa que a su juicio proceda, a través de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

como indirecto, pues de ser así, se incurriría en la comisión de una conducta tipificada como infracción administrativa en ciertos casos, o como delito, en otros tantos. Por lo mismo, resulta redundante la incorporación de los supuestos de lucro directo o indirecto.

Por otra parte, la realización de una copia privada supone siempre, la comisión de un acto que atenta contra los intereses de los titulares de los derechos respectivos, pero no por ello, la realización de un acto que sea jurídicamente reprochable, dado que, para ello, se han establecido limitaciones claras y precisas a los derechos patrimoniales de autor y a los derechos de los titulares de los derechos conexos, es decir, una serie de actos permitidos por la ley, que pueden ser realizados por encima de la voluntad de los titulares correspondientes.

En congruencia con lo anterior, los miembros de esta Comisión, estiman que la supresión en los artículos 148 y 151 de las limitaciones que hoy se describen como generadoras del concepto de copia privada, podrían interpretarse como actos no amparados por limitación alguna, y por ende infractores de los derechos exclusivos de autores y legítimos titulares de los derechos respectivos, que simplemente se convalidan por el pago de la remuneración compensatoria por copia privada, dando lugar así a una errónea e inadecuada interpretación del texto y espíritu de la norma que pretende incorporarse. Es decir, al haberse suprimido la copia personal y privada del capítulo correspondiente a las limitaciones a los derechos patrimoniales de autor e incorporarse tal principio en el capítulo que regula la transmisión de los derechos patrimoniales, se está igualmente eliminando la causa principal que permite su realización, siendo ésta justamente la de la limitación misma del

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

derecho patrimonial y conexo, en su caso, de tal manera que, aun existiendo tal remuneración compensatoria, al no haberse limitado en forma alguna el derecho y llevarse a cabo sin autorización del legítimo titular, se estaría actualizando una conducta antijurídica. Por lo tanto se sugiere que se analice con detenimiento dicha figura jurídica y que se consideren las experiencias de otros países.”

El texto es por demás correcto, ya que como se observa se pretendía eliminar la copia privada.

Todo indica que esta primer propuesta, sí consideró el establecimiento de una serie de porcentajes a pagar sobre aparatos y soportes tanto analógicos como digitales, proponía también que la recaudación de las sumas se efectuara a través de las sociedades de gestión colectiva que representaran los titulares de derechos respectivos, y que de las sumas recaudadas se destinara el 20% a actividades culturales, pero dicha propuesta de reforma pretendió ir mucho más allá y estableció una excepción a favor de los productores de fonogramas y videogramas pues dejarían de pagar la remuneración compensatoria cuando introdujeran legalmente al mercado, soportes materiales que contuvieran mecanismos o sistemas que impidieran a terceros la reproducción no autorizadas de los mismos.

Pese a lo anterior, en septiembre de 2003, por iniciativa de un Senador se presentó una propuesta de reformas al referido artículo 40 de la Ley Federal del Derecho de Autor, misma que no prosperó.

Y la última que se ha promovido, también ha sido al igual que el caso anterior, por iniciativa de un Senador, ésta con fecha de 29 de abril de 2004, sin encontrar

aprobación. Cabe decir que en la misma ni siquiera se hizo el intento por regular porcentajes de cánones tanto para soportes como aparatos, porque se buscaría su implementación en el Reglamento de la Ley.

Es cierto que México tiene la imperiosa necesidad de conseguir el derecho de remuneración compensatoria por copia privada. De este modo, es importante atender a los siguientes considerandos:

- La recaudación debe hacerse a través de sociedades de gestión colectiva, - porque resulta ser éste el medio adecuado-. Debe quedar claro que se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria, y que no será necesario otorgar poder alguno para acreditar la representación en la recaudación, como sucede actualmente, es decir, que el derecho de remuneración compensatoria por copia privada no requerirá por parte de los titulares de derechos correspondientes conceder poder para pleitos y cobranzas. En todo caso, las entidades de gestión colectiva tendrán que recaudar la remuneración por cuenta de todos los titulares, sean o no socios de las mismas.
- Se sugiere que dicha recaudación sea a través de una ventanilla única, es decir, una sola entidad, en vez de ser varias. No es lo mismo, presentarse un solo ente y negociar cantidades con los deudores, a que concurren más de dos entidades con los mismos deudores y transen distintos porcentajes.

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

- Debe establecerse en la Ley que se trata de un derecho irrenunciable e intransmisible *inter vivos* para los autores y demás titulares de derechos conexos.
- Asimismo, es en la propia Ley, donde debe quedar regulado el sistema de cánones para soportes y aparatos tanto en el orden analógico como digital.
- Sería interesante que de las sumas recaudadas no se destinase un porcentaje para promoción de actividades culturales, ni para fines de seguridad social, ya que se violentaría la naturaleza del derecho recaudado: resarcir a los titulares de los derechos correspondientes el daño que la tecnología produce en sus respectivos patrimonios.
- Es importante que ante la posibilidad de combatir este derecho, vía juicios de amparo, por parte de los sujetos obligados a pagar, no estaría por demás que todos los sectores involucrados (autores, titulares de derechos conexos, sociedades de gestión colectiva, fabricantes, productores, importadores de soportes y aparatos) fuesen llamados a juntas y reuniones convocadas por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, -quizás bajo la dinámica del procedimiento de establecimiento de tarifas- para crear conciencia en el deber de pago por un lado, y por el otro, en la eficaz y eficiente repartición de las sumas recaudadas. Al final de todo, los mismos sujetos deudores que pagan este derecho en otros países, en gran parte serían los mismos que liquidarían a los autores y demás titulares de derechos en nuestro territorio.

A manera de ejemplo, y no obstante a que la misma es perfectible, en razón de la semejanza en la tradición jurídica que guarda nuestro país con España, expondremos

la regulación que sobre el derecho de remuneración compensatoria por copia privada se ha establecido en la Ley de la Propiedad Intelectual.

Posteriormente, señalaremos el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, elaborado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para la incorporación de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información, el cual como se ha dicho aún no se aprueba.

“Artículo 25. Derecho de remuneración por copia privada, Ley de Propiedad Intelectual (vigente)

1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador.

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 del presente artículo serán:

a) Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas en el apartado 1 de este Artículo.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente Artículo.

b) Acreedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas Intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

5. El importe de la remuneración que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) Equipos o aparatos de reproducción de libros:

1. 7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

2. 22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

3. 30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

4. 37.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas por hora de grabación o 0,50 pesetas por minuto de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas por hora de grabación o 0,833 pesetas por minuto de grabación.

6. Quedan exceptuados del pago de la remuneración:

a) Los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

7. El derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

8. Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de remuneración, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

9. Las entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieren constituido. En este último caso, presentarán además la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique el nombre y domicilio de las mismas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los Estatutos de la asociación.

10. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 159 de la Ley, y publicará, en su caso, en el Boletín Oficial del Estado una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la remuneración en la que operen y de las entidades de



gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 159 de la Ley, la entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieren constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 12 de este artículo, correspondientes al semestre natural anterior.

11. La obligación de pago de la remuneración nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes y para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en el mismo, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquellos.

b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

12. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo presentarán a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 7 a 10, ambos inclusive, del mismo, dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados en virtud de lo establecido en el apartado 6 de este Artículo.

Los deudores aludidos en el párrafo b) del apartado 11 del presente artículo harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

13. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 4.a) de este artículo deberán cumplir la obligación prevista

en el párrafo primero del apartado 12 del presente artículo respecto de los equipos, aparatos y materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración.

14. El pago de la remuneración se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 12.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 13 de este artículo, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 19 del mismo.

15. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma conforme establece el apartado 14 anterior.

16. A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 14.

17. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la remuneración a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto contemplado en el apartado 13.

18. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y materiales sometidos a la remuneración si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 6 y 17 del presente Artículo.

19. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la remuneración no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la remuneración devengada por los equipos, aparatos y materiales que comprenda, no ha sido satisfecha.

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

20. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la remuneración, la entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrán solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

21. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente Artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

22. La entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 21.

23. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y materiales exceptuados del pago de la remuneración, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; la distribución de la remuneración en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154 de la presente Ley.”

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, intento de trasposición de la citada Directiva 2001/29/ CE, borrador de fecha 23 de enero de 2003, es el siguiente:

“Artículo quinto.- Se modifica el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que queda redactado en los siguientes términos:

Derecho de remuneración por copia privada.

1. La reproducción para uso privado, realizada al amparo del apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras y prestaciones divulgadas en alguna de las siguientes modalidades, dará lugar al derecho a obtener una remuneración equitativa y única para cada una de ellas, en los términos previstos en el presente artículo y en sus normas de desarrollo:

- a) Libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente.
- b) Fonogramas.
- c) Grabaciones audiovisuales.

Dicha remuneración irá dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejasen de percibir por razón de la expresada reproducción.

2. Son titulares del derecho de remuneración en cada una de las modalidades señaladas en el apartado 1, los autores junto con, en cada caso, los editores, los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en unos u otras. El derecho de remuneración de los autores y de los artistas, intérpretes o ejecutantes, será irrenunciable e intransmisible inter vivos.

Son deudores de la remuneración los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos o aparatos y materiales contemplados en el apartado 3 de este artículo.

Los distribuidores, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos o aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración.

Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma.

3. La remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos o aparatos y materiales idóneos para realizar las reproducciones a las

que se refiere el apartado 1, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

4. Están exceptuados del pago de la remuneración:

a) Los productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión, por los equipos o aparatos y materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o grabaciones audiovisuales, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos o aparatos y materiales dentro del territorio español.

b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos o aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

5. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión de Propiedad Intelectual, y oídas las partes, establecerá y actualizará, al menos, cada dos años:

a) La relación de equipos o aparatos y materiales sujetos al pago de la remuneración atendiendo para ello a su idoneidad objetiva y a su efectiva incidencia en la realización de las reproducciones a las que se refiere el apartado 1.

b) Las cantidades aplicables a cada equipo o aparato y material atendiendo, entre otros criterios, a la modalidad o modalidades de que se trate, a la capacidad y calidad de copia o almacenamiento de los mismos, a su incidencia en la realización de copias privadas y a los efectos de éstas en el mercado de obras y prestaciones afectadas. Asimismo se tendrá en cuenta si se aplican o no a las obras y prestaciones de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 172.

6. El derecho de remuneración regulado en el presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, con sujeción a las siguientes reglas:

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

a) Las entidades de gestión que concurran en cada una de las modalidades señaladas en el apartado 1 deberán actuar conjuntamente, en juicio y fuera de él, en todo lo relacionado con el ejercicio efectivo de la remuneración, siendo de aplicación a las relaciones entre ellas el régimen de la comunidad de bienes. La actuación conjunta será asimismo obligatoria cuando afecte a equipos o aparatos y materiales polivalentes, idóneos para la copia privada de obras y prestaciones en cualquiera de las modalidades del apartado 1, siendo igualmente de aplicación el régimen de la comunidad de bienes.

b) Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión el control de las operaciones sometidas a la remuneración y del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con ella, en los términos que se determinen reglamentariamente.

En todo caso, los deudores mencionados en el apartado 2 deberán hacer constar separadamente en sus facturas el importe de la remuneración.

Las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en este párrafo y en sus normas de desarrollo.

7. Reglamentariamente se determinarán la distribución de la remuneración entre las categorías de titulares en cada una de las modalidades señaladas en el apartado 1 y cuantos otros elementos sean necesarios para la efectividad del derecho de remuneración equitativa por copia privada.

Artículo sexto.- Se modifica el artículo 31 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que queda redactado en los siguientes términos:

Reproducciones provisionales exentas y copia privada.

1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 de esta Ley que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) Una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o

b) Una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el titular del derecho o no restringida por la Ley.

2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte y por cualquier procedimiento técnico, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo por una persona física para uso privado, sin fines directa o indirectamente comerciales y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 de esta Ley. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 párrafo a) de esta Ley, los programas de ordenador.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior de este apartado no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas mediante equipos, aparatos y materiales puestos a disposición del público ni las obtenidas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público o sean objeto de distribución mediante precio.”

### **La experiencia en otros países.**

Con la intención de lograr un equilibrio entre el interés individual del autor que demanda una retribución económica por el uso de sus obras y el interés de la sociedad que demanda un fácil acceso a los bienes culturales, se han considerado las limitaciones y excepciones al derecho de autor, y que en el caso de los países de América Latina han seguido -al igual que frente a la reglamentación del sistema jurídico continental europeo- que a diferencia del sistema del copyright de los países anglosajones, está sujeto a *numerus clausus*, es decir, que como casos de excepción deben ser casos especiales expresamente contemplados por el legislador, de interpretación y aplicación restrictiva.

Es así como en los últimos años, los Estados de Latinoamérica han ratificado el Convenio de Berna, su Acta de París de 1971, el cual ha sido el marco para

reglamentar los casos de limitación y excepción, mismo que exige a los legisladores nacionales la observancia de la prueba de los tres pasos. La copia privada ha sido establecida como una excepción al derecho de autor en varias de las legislaciones latinoamericanas.

Esta tendencia internacional desde hace algunos años atrás se ha seguido por algunos países de América Latina, como un problema latente para los autores, editoriales, productores y otros titulares de derechos conexos. A pesar de ello, en ningún Estado latinoamericano, hasta el momento, se ha reglamentado la remuneración compensatoria por copia privada, parece ser que algunos de ellos sólo han abierto la posibilidad, vgr. Venezuela, Ecuador, Paraguay, República Dominicana, México.

La normativa de remuneración compensatoria por copia privada se aplica ya de un modo u otro en más de cuarenta países de todo el mundo. Los gobiernos de todo el mundo reconocen que la copia privada representa un problema que es necesario abordar.

En este sentido, la intención de los legisladores al considerar la copia privada como un caso de libre utilización, fue la de establecer ciertas circunstancias bajo las cuales se permitiera la libre reproducción de obras protegidas para el uso personal, a fin de posibilitar un acceso fácil a la información, principalmente en casos tales como la investigación, el aprendizaje o el esparcimiento personal. Sin embargo, es inminente que la reproducción de las obras hecha con las nuevas tecnologías rebasa el control de las mismas, y hoy en día no es posible que sea gratuita, de ahí la imperiosa necesidad de reglamentar una remuneración compensatoria a favor de autores, editores, productores, artistas y otros titulares.



El establecimiento de la figura de la remuneración por copia privada en las legislaciones autorales, se inició en el año de 1965 en Alemania, como producto de pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales alemanes que datan desde el año de 1954, los cuales consideraron que en la mayor parte de los casos, los medios reproductores se utilizaban para la fabricación de obras protegidas, sin la autorización de los autores, y esto justificaba que los fabricantes se vieran obligados a pagar una suma de compensación por el desequilibrio creado. Dicha solución fue seguida por las legislaciones de Austria en 1980, Noruega 1981, Hungría 1982, Suecia, Finlandia e Islandia 1984, Francia y Portugal 1985, España 1987 y Australia 1989. Pero es a partir del año de 1992 en que la mayoría de los países inician la incorporación de normas sobre la remuneración por copia privada en sus legislaciones autorales, entre los cuales se distinguen: Holanda, Dinamarca, Italia, Grecia, Bélgica, Suiza, Japón, Canadá.

Incluso en Estados Unidos, de alguna manera se reconoce éste derecho ya que concede a sus autores y titulares de derechos conexos obtener ingresos por copia privada en otros países, este procedimiento se realiza a través de convenios de representación unilateral que firman los gremios de autores (Guilds) con entidades de gestión colectiva de diversos países.<sup>117</sup> Es lo que en la práctica se conocen como Derechos residuales (*residual rights*).

En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, los legisladores reconocieron muy pronto que, habida cuenta del desarrollo tecnológico, el concepto jurídico de derecho a prohibir en virtud de la legislación sobre derecho de autor no

---

<sup>117</sup> Al respecto la Writers Guild of America y la Directors Guild of America, tienen firmados convenios para recaudar en otros países los derechos residuales tales como: derechos por renta o alquiler, retransmisiones por cable y la copia privada.

podía aplicarse, ya que es imposible hacer respetar una prohibición de la copia privada. Tal interdicción ignoraría la realidad social y socavaría la autoridad y la credibilidad del ordenamiento jurídico.<sup>118</sup>

La compensación equitativa, es un requisito común a varias excepciones, el objetivo de esta compensación se encuentra reflejada en el considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información:

“En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago.”

---

<sup>118</sup> Schack, Haimo, en *Festschrift for Willi Erdmann*, Idem.

Asimismo, proponen los autores Bern Hugenholtz, Lucie Guibault y Sjoerd Van Gefen, citados por Sofia Rodríguez Moreno,<sup>119</sup> tener en cuenta los siguientes parámetros basados en la Directiva Europea, para aplicar la compensación equitativa:

1. El posible daño o perjuicio que se ocasione al titular de los derechos con el acto en cuestión.
2. Que tenga lugar única y exclusivamente en los casos en los que se cumplen las condiciones para realizar una copia privada, puesto que la compensación no se genera cuando existe copia ilegal o actos de piratería.
3. Que se trate realmente de copias protegidas cuyos derechos están vigentes y no de aquellas que han entrado en dominio público.
4. Que no se aplique cuando el titular de derechos ya ha recibido algún tipo de pago, como sucede por ejemplo con las obras que se adquieren por un precio y que permiten la copia privada, vgr. publicaciones académicas en línea.
5. Que tenga en cuenta si las medidas tecnológicas verdaderamente permiten una copia privada, pues cuando esta es técnicamente imposible, la compensación equitativa resulta innecesaria.

Sin duda, la compensación equitativa prima en los países de la Unión Europea, salvo Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo.

---

<sup>119</sup> Asimismo, explican que la compensación equitativa es un concepto nuevo en el derecho de comunitario de autor. Ella se requiere únicamente en los eventos en los que los titulares de derechos sufren daño o pueden sufrirlo con ocasión de los actos de copia privada. Los doctrinarios distinguen esta compensación equitativa de la remuneración equitativa, que se presenta en situaciones en las que los titulares de derecho no sufren daño alguno como ocurre cuando se alquila una obra o prestación. Esta forma de remuneración aparece en la Directiva Europea 29/100/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo, Op.cit., p. 236.

Así las cosas, el aumento en el uso de las medidas tecnológicas reducirá la necesidad de que exista una compensación equitativa. Tal afirmación no deja de generar controversia, especialmente en sectores como las sociedades de gestión colectiva. Pero es evidente que la misma Directiva considera esta posibilidad, pues además del considerando 35, en el literal donde autoriza la copia privada, exige una compensación equitativa para los titulares de derechos que deberá tener en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate, medidas tecnológicas de protección. En consecuencia, si las medidas no se aplican se hará manifiesta la vigencia de una compensación.<sup>120</sup>

Si bien es cierto que en un país determinado de la Unión Europea el principio de trato nacional consagrado por el Convenio de Berna impedirá esencialmente la discriminación contra autores de otros países de la Unión, dicho principio no podrá evitar, empero, que los autores europeos tengan que hacer frente a una gran diversidad de situaciones jurídicas, concerniéndoseles en un país lo que se les niega en otro. Los distintos sistemas de compensación en los Estados miembros de la Unión Europea son los siguientes: en tres países no existe remuneración alguno en materia de audio y video (Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido); en sólo seis países (Alemania, Bélgica, España, Grecia; Italia y Portugal) funciona un sistema dual de remuneración (con regalías sobre equipos y los soportes vírgenes); en los demás Estados, las regalías se recaudan únicamente sobre los soportes video y audio vírgenes. Por consiguiente, a largo plazo, las diferencias en el contenido de la legislación sobre derecho de autor y el grado de protección concedido a los autores, no será aceptable debido al consiguiente desequilibrio social que provocará Europa. Independientemente del Convenio de Berna, resultará incomprensible para los titulares de derechos de Alemania, por ejemplo, el hecho de que en la actualidad un

---

<sup>120</sup> Idem.

autor de un Estado miembro de la Unión Europea, el Reino Unido por ejemplo, disfrute del sistema de remuneración alemán, mientras que un autor alemán regresará del Reino Unido con las manos vacías.<sup>121</sup>

Ante ello, con la Directiva 2001/29/CE, empero, la Comisión no propuso que se armonizara una obligación de pagar una compensación por la copia privada sino que, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 5 de la Directiva, se establecieran excepciones a la Ley relativa a la copia en relación con materiales de audio y audiovisuales para usos privados. Según esta disposición, los Estados Miembros de la Unión Europea pueden introducir o mantener excepciones con respecto a tales tipos de copia. Toda aplicación de dicha excepción, empero quedará supeditada al pago de una compensación equitativa. Sin embargo, se establece que la excepción del párrafo 2. b) del artículo 5 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de derecho (artículo 5, párrafo 5). Esto significa que los Estados miembros que han introducido la excepción relativa a la copia privada en forma de compensación reglamentaria, pueden mantener dicha excepción conjuntamente con el sistema de remuneración establecido por la legislación. En lo referente a la distinción entre la copia analógica y la copia digital, no figuran en la Directiva requisitos obligatorios. No se exige, en particular, que la copia digital quede exenta de la limitación relativa a la copia privada. Sin embargo, en el Considerando 38 de la Directiva, la Comisión señala que deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción de determinados aspectos. Y en el considerando 39, se afirma que al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener

---

<sup>121</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 6

en cuenta el desarrollo económico y tecnológicos, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Con todo, la competencia en materia de reglamentación seguirá incumbiendo a los legisladores nacionales.<sup>122</sup>

Alemania, Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Grecia, Italia y Portugal, se encuentran en el grupo de los países europeos que han traspuesto la Directiva 2001/29/CE en su legislación nacional. En términos generales, las disposiciones de la norma comunitaria son acogidas por las Leyes internas, y en todas estas legislaciones, - excepto Luxemburgo- han de una forma u otra establecido el reconocimiento de la remuneración compensatoria.

Como sea, de una forma u otra, los países que tienen implementado el derecho de remuneración compensatoria por copia privada, recaudan al año cantidades importantes que reparten entre todos los sujetos deudores (autores, artistas intérpretes, ejecutantes, productores, editores), y otro tanto lo destinan a la promoción, incentivo y difusión de sus obras y del derecho de autor en general.

#### **Una correcta y eficaz regulación acorde a la época actual.**

Como observamos, en la mayoría de los Estados Miembros de la Unión Europea, los legisladores reconocieron muy pronto que, habida cuenta del desarrollo tecnológico, el concepto jurídico de derecho a prohibir en virtud de la legislación sobre derecho de autor no podría aplicarse, ya que es imposible hacer respetar una prohibición de la copia privada. Toda imposición directa de una obligación a los usuarios estaría condenada al fracaso debido al gran número y al anonimato de éstos, y por lo demás

---

<sup>122</sup> Idem.

ni los legisladores ni los autores pretenden vulnerar la protección legal de la intimidad de los usuarios. Por consiguiente, los progresos tecnológicos deben acompañarse de una actualización de la legislación sobre derecho de autor.<sup>123</sup>

En la mayoría de los países de la Unión Europea, los legisladores ha adoptado disposiciones a esos efectos, y han tomado la decisión de autorizar la copia privada para uso privado y otros usos personales, pero han reconocido el derecho del autor a disfrutar de una compensación como sustituto de la remuneración que deja de percibir.

Uno de los principales objetivos que motiva la creación de excepciones y limitaciones en el derecho de autor, es la imposibilidad de control sobre determinados actos infractores de los derechos patrimoniales de los autores. La cimentación de este criterio se encuentra en el ya apuntado principio de política legislativa de no establecer prohibiciones que no van a poder ser coercitivamente exigidas, pues ello únicamente cuestiona la autoridad del legislador.<sup>124</sup>

Por otra parte, este criterio se justifica igualmente cuando en lugar de obedecer a razones jurídicas se fundamenta en otras de tipo económico, es decir, en aquellos supuestos en que el autor sufriría un gasto mayor en el proceso de exigir el pago que el beneficio que éste le aportaría. Por ello, es fácilmente comprensible que este tipo de excepciones frecuentemente se acompañe, del reconocimiento de un derecho de remuneración compensatoria a favor de los autores, pues frente a la esterilidad de exigir autorización, que no sería respetada, resultará más efectivo otorgar un derecho a obtener una compensación económica.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, Op.cit., p. 5

<sup>124</sup> Casas Vallés, Ramón, Op.cit., p. 1999.

<sup>125</sup> González de Alaiza Cardona, José Javier, Op.cit., p. 305

En este contexto, es interesante la opinión de González de Alaiza Cardona, toda vez que considera que en: La hipótesis de que el control devenga imposible, quiebran los cimientos de la excepción. En pocas palabras, tales excepciones, siempre que no obedezcan a alguna otra causa, pierden su imperatividad. Por ello, el advenimiento de nuevas circunstancias, en particular, la implementación de medidas tecnológicas que permiten a los autores el control de la copia, hace que deba replantarse la cuestión. La pregunta que surge es la suerte que debe correr la copia privada en este nuevo decorado, sobre lo siguiente:

1. La excepción podría desaparecer en el entorno digital, pero no en el analógico, pues en este último la imposibilidad de control continúa. Esto nos sitúa ante la necesidad de discriminar entre la copia de obras en formato digital y aquellas otras cuyo soporte es analógico. Naturalmente, la intervención legislativa para clarificar esta situación es deseable.
2. Una normativa que excluya la copia privada digital debe partir de una situación fáctica en la que existan medidas tecnológicas inquebrantables de control de la copia o, cuando menos, muy difícilmente eludibles para el usuario medio, pues de lo contrario la situación no habría variado en mucho respecto a la era analógica, en la que se justificaba la excepción de copia privada por ser un fallo de mercado. Además, este control debe ser lícito, es decir, compatible con el derecho a la intimidad de los usuarios. Aunque las medidas tecnológicas de control, careciesen de efectividad, ello no impediría la aplicación de los preceptos penales o civiles que, en su caso, prohibiesen la copia privada digital hecha contra la voluntad del autor; eso sí, su grado de incumplimiento sería más elevado del deseable, por lo que quizá el legislador



debería cerciorarse de cuál es el estado de la técnica antes de introducir la prohibición.

3. Hemos afirmado que, la posibilidad de control deslegitima la excepción que se base en ella; ahora bien, ello no pasaría si dicha excepción obedeciese además a alguno de los mencionados criterios que convierten las excepciones en imperativas, muy particular la existencia de un interés superior. ¿Es este el caso de la copia privada? Hasta la fecha hemos visto cómo nuestra doctrina justificaba masivamente la excepción de la copia privada por su imposibilidad de control, por lo que no ha sido preciso plantear un debate en profundidad sobre el sustentamiento de tal excepción sobre motivos de interés general. No obstante, la presencia de un interés general no implica necesariamente que el mismo sea superior al de los autores, y es ésta la pregunta que debería responderse. En otros países como Alemania, la excepción de copia privada se justificaba tanto por la vocación social y cultural –como el progreso de la ciencia, la utilidad del arte- del derecho de autor, como por la imposibilidad de control. Sin embargo, el surgimiento de las medidas tecnológicas que hacen posible este control ha traído consigo la proliferación de opiniones que acusan a la excepción de copia privada de empobrecer la cultura, lo que justificaría su erradicación del ámbito digital.
4. Por ello, afirma el citado autor, ante la tarea legislativa de dar una nueva regulación a la copia privada deben tenerse presentes los factores que acabamos de utilizar en la interpretación de la excepción –a saber, control, intereses superiores y perjuicio para los autores-. A partir de la toma en consideración de estas variables pueden sostenerse las tres reglas siguientes: en primer lugar, si no hay control eficaz de la copia, ya sea por imposibilidad

técnica o porque los autores no lo adoptan, la excepción debe mantenerse; en segundo lugar, si existen intereses culturales o sociales que justifiquen la excepción, ésta debe continuar, incluso cuando exista la posibilidad de impedirla técnicamente; por último, si la copia privada provoca un perjuicio injustificado a los intereses del autor, la excepción debe desaparecer. En el supuesto de que el control no fuese posible y la vigencia de la excepción causase dicho perjuicio, la única respuesta legislativa sería prever una remuneración compensatoria que lo reparase. No siendo ésta suficiente, la legislación agota las soluciones y debe confiar en el avance de la técnica.

5. No obstante, continúa diciendo, en la práctica la decisión sobre el mantenimiento o no de la excepción de la copia privada es compleja. El principal problema es que los tres factores arriba enumerados son muy difíciles de concretar o definir. Es decir, no se sabe con certeza si el control es posible, ni los efectos culturales que provoca la excepción, ni la magnitud de los perjuicios que soportan los autores. Además las presiones de los lobbies interfieren en la labor de despejar estas incógnitas.
6. En todo caso, la toma de una resolución probablemente debería tener en cuenta las dos reflexiones siguientes: en primer lugar, el fundamento de una excepción no es inalterable, sino que excepciones como la copia privada que hasta la fecha se justificaban por su imposibilidad de control pueden en el futuro encontrar su fundamento en razones de interés general y viceversa; y, en segundo lugar, quizá la respuesta al dilema está en delimitar legislativamente de forma más precisa los contornos de la copia privada; por ejemplo, quizá no exista una solución global respecto a todas las copias privadas digitales, sino que convendría mantener algunas de ellas (p.ej., las

realizadas en el marco de una investigación científica), mientras respecto de otras es mejor la eliminación (p.ej., las que efectúan los free riders por motivos de ocio)”.<sup>126</sup>

Como se aprecia, la remuneración compensatoria debe aplicarse, pese a la existencia o no de medidas tecnológicas de protección, aunque algunos estudiosos afirman que es incompatible la implementación de medidas tecnológicas con el derecho a obtener la remuneración compensatoria por copia privada.<sup>127</sup>

Para otros, esta postura puede compartirse en forma parcial y condicionada. Por una parte, la copia privada de aquel que elude la medida anti-copia no debe generar un derecho a la remuneración, pues la forma de reacción del titular de los derechos es la persecución de tal ilícito. Sin embargo, cuando el que realiza la copia privada es un tercero que saca partido de la elusión de otro (p.ej., porque la obra se ha puesto a disposición del público en una red peer to peer), y siempre que se considere lícita la copia privada efectuada a partir de actos ilícitos, sí surge el derecho a remuneración a favor de los autores pirateados.<sup>128</sup>

En todo caso, la justificación de la copia privada en el entorno analógico radica en la imposibilidad de control, y ante ello, al legislador no le ha quedado otra opción más que privar a los autores del derecho exclusivo a la reproducción de la obra para uso privado del copista y sustituirlo por el pago de una remuneración compensatoria.

---

<sup>126</sup> Op.cit., p.p. 307-310

<sup>127</sup> Carbajo, Cascón, F., *Reproducción y copia privada en el entorno digital*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2003, citado por González de Alaiza Cardona, José Javier, Op.cit., p. 384

<sup>128</sup> González de Alaiza Cardona, José Javier, Op.cit., p. 384

Para el entorno digital, por el momento, este es el mismo criterio que han seguido las actuales legislaciones, pese a la existencia de medidas tecnológicas de control de la obra, ya que siempre existirán medios eludibles que permitirán la copia privada, en todo caso, no habrá que perder de vista la revisión frecuente de las leyes y tarifas aplicables, y en su momento ajustar –a la alza o a la baja- las mismas.

Aunado a lo anterior, los autores y demás titulares que opten por emplear medidas tecnológicas de protección será tan válidas como aquellos que no las consideren oportunas, o no puedan dotar a sus creaciones con dichas medidas, aunque en este supuesto, debe seguir considerándose el pago de una remuneración compensatoria por copia privada.

En el supuesto de que desapareciera el ejercicio de la copia privada por la imposición de los autores y demás titulares de medidas tecnológicas de protección, este hecho sería violatorio de algunos otros derechos fundamentales, tales como el acceso a la cultura, la información, y a la enseñanza. Por lo tanto, en la hipotética eliminación de la excepción de la copia privada, está debería venir complementada por disposiciones especiales para dichos derechos. Sin embargo, para que se llegue al establecimiento del mismo, pasarán algunos años, mientras tanto, el único medio legal viable es, sin lugar a dudas, el pago de una remuneración compensatoria.

Si bien es cierto que, el perjuicio a los autores es difícil de concretar, sólo el establecimiento de una remuneración compensatoria podrá paliarlo en la mayoría de los casos. Esta remuneración será menor o inexistente cuando las obras incorporen sistemas anti-copia. En todo caso, si una generalización de la copia, vgr. a través de sistemas *peer to peer*, hace peligrar la explotación normal de la obra, la copia pierde licitud. Esto es así aunque perdure la imposibilidad de control. Ante las dificultades

que tendrán los jueces para apreciar dicha circunstancia, es deseable que el legislador prevea de forma expresa los casos en los cuales el perjuicio es insostenible, como ya lo ha hecho el legislador europeo respecto a programas de ordenador y bases de datos electrónicas.

El tema de la copia privada es sin duda la piedra angular en el futuro –y en el presente- del derecho de autor en la llamada “sociedad de la información”. Como hemos visto los sectores defensores del derecho de autor y la industria responsable de la informática, digitalización, telecomunicaciones, equipos y materiales de grabación digital convergen en una batalla que tendrán que asumir tan pronto como sea posible.

A este panorama poco alentador, se le ha sumado un grupo más, el de los consumidores y usuarios finales que defienden la existencia de un derecho de los consumidores, consistente en copiar para uso privado obras protegidas, quienes además denuncian la injusticia del canon o remuneración compensatoria sobre soportes y aparatos.

Aunado a lo anterior, no hay que olvidar a los grupos de presión que abogan por la libre circulación de contenidos e información, en especial por la Internet, cuyo principal estandarte de éste grupo es el acceso a la cultura, la libertad de expresión y la libertad de información.

Por su parte, los puntos polémicos en torno a la copia privada se resumen en los siguientes: la creciente utilización de medidas anticopia; el crecimiento desmedido de máquinas de copia automática de CDs puestos en lugares públicos (máquinas Copyplay); pero sin duda el que más produce neuralgias al sector autoral y cultural

es el uso masivo de programas y redes de intercambio libre de archivos entre usuarios particulares (sistemas peer to peer).

Parece una pequeña lista, pero la realidad revela que el legislador se ha quedado corto ante la inminente era digital.

Estos hechos, no son un resultado inesperado; es lógico cuando se piensa que estamos ante un proceso de contestación social desordenado, en contra de la industria de contenidos, de los propios autores y de las entidades de gestión que los agrupan, y que de alguna forma pretenden denunciar los excesivos beneficios obtenidos por unos y otros en perjuicio de los usuarios finales (del público) quienes deben asumir con elevados costes el producto final, en contraste con el bajo costo de la producción. Hechos que no han logrado más que contravenir el espíritu del derecho de autor.

Parece ser que esta corriente es común a todos los países, y a manera de paliativo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual promovió bajo el nombre de “agenda digital” la regulación de Tratados tendientes a proteger las utilizaciones autorales en el actual mundo de la sociedad de la información.

En efecto, como consecuencia del sistema remuneratorio por la copia privada se han acumulado una serie de planteamientos para socavarla, sobre todo en el entorno digital. De hecho, se aboga por una desaparición de las normas protectoras y reguladoras del derecho de autor en general so pretexto de eliminar cualquier obstáculo en la utilización de las obras intelectuales en la Internet, que más que alegar un derecho a la información, cultura y libertad de expresión, sólo se observa

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

la falta de conocimiento y conciencia del significado último del derecho de autor y de sus límites, como el de la copia privada.

En cualquier sociedad democrática, la protección de los derechos de propiedad constituyen un valor único y esencial, amén de ello, el derecho de autor, concebido como un derecho de propiedad, no puede ni debe permitir abusos disfrazados de principios y valores fundamentales.

Como se ha observado en los últimos años, las normas de derecho de autor se han visto amenazadas por los avances tecnológicos que facilitan de forma masiva la reproducción y la difusión no autorizada de creaciones artísticas y culturales.

La probable solución a este creciente problema que día a día vulnera el derecho de autor, no sólo reside en la Ley, pues ésta sirvió como fuente de equilibrio entre las partes, pero hoy ha sido superada y violentada en el ejercicio de las limitaciones y excepciones impuestas a los derechos exclusivos. La solución, sin ir más allá, se encuentra en la propia tecnología, en cuya situación es la única que pondrá los medios para facilitar la protección de las obras artísticas y culturales. Por lo tanto, se tendrá que revisar detenidamente el marco jurídico, toda vez que el sistema no puede reconstruirse al margen de la propia Ley.

Las corrientes que afirman que la remuneración compensatoria por copia privada sobre soportes digitales, es un abuso a los derechos de los consumidores; que los mecanismos o medidas tecnológicas de protección sobre las obras intelectuales, constituyen un producto defectuoso, y en el peor de los casos que su eliminación por parte de los particulares es lícita y su incriminación supone convertir el derecho de copia privada en un delito, son expresiones erróneas para aquel que conozca el

origen de dicha figura jurídica y contraste las extraordinarias posibilidades de calidad y cantidad de copia que se permiten realizar, lo que altera visible y objetivamente la explotación normal de la obra y los legítimos intereses de los diversos titulares de derechos.

Ante todo ello, y por razones obvias no habrá que perder de vista la regla de los tres pasos, cuya aplicación deberá establecerse como requisito *sine qua non* en el entorno digital

Debe quedar claro que, el establecimiento de límites y excepciones a los derechos exclusivos, no significa que se otorguen derechos subjetivos absolutos a sus beneficiarios, es decir, a los gobernados. Son limitaciones y excepciones que deben leerse con extremo cuidado y cumplirse cabalmente en todos sus supuestos.

De hecho, la idea de estas limitaciones y excepciones no se encuentra discutida con que esos actos tengan que ser gratuitos, pudiéndose fijar por el legislador nacional una remuneración compensatoria. Esto es lo que sucede con el límite de copia privada, compensado por un canon sobre aparatos y soportes de reproducción y que, en último término será soportado por los usuarios que los adquieran, quienes al saberlo estarán asumiendo un perfecto rol de convivencia social.

Ahora bien, tal y como lo afirma Lawrence Lessig, hoy que la tecnología permite el control de todo tipo de utilización debemos plantearnos si deben respetarse a toda costa las excepciones legales o si éstas (o algunas como la copia privada) eran meramente contingentes y el cambio del contexto justifica una ampliación de los derechos de propiedad hasta el punto de permitir a los titulares derogar contractual y materialmente (tecnológicamente) cualquier uso no autorizado.



Pensamos que la postura anteriormente señalada no puede ser única, la cual requiere de solución intermedia sobre todo en aquellas limitaciones y excepciones que pesan por un interés social prominente.

Por otro lado, es necesario la reconsideración del pago compensatorio por copia privada, máxime cuando se trata en la era digital. Como ha quedado expuesto en el presente estudio, la imposibilidad *de facto* y *de iure* de control de la copia privada se admitió legalmente para uso privado del copista como una limitación al derecho de reproducción, y que en muchos países se ha arbitrado como mal menor un sistema de remuneración compensatoria económica a favor de los titulares de derechos respectivos, el cual ha tenido como objetivo establecer legalmente una compensación por los ingresos perdidos como consecuencia de la desproporcionada copia de sus obras intelectuales, en cuyo caso México tendrá que adoptar tarde que temprano para estar acorde al contexto internacional.

A pesar del establecimiento de medidas tecnológicas de protección, las cuales son y serán perfectibles, la copia privada se orienta más hacia la imposición de remuneraciones compensatorias a nuevos equipos y soportes digitales de grabación.

Así las cosas, para evitar dificultades entre los diversos sectores involucrados, será necesario revisar las disposiciones reglamentarias sobre la remuneración compensatoria, precisar y delimitar –en la medida de lo posible– los soportes y aparatos objeto de reproducción; asimismo, será menester la actualización de las tarifas y sobre todo la inserción y/o en su caso eliminación de soportes y aparatos, ello con la ayuda de estudios y cifras proporcionadas por los sujetos deudores que a fin de cuentas son los que conocen el mercado de dichos bienes.

Como quiera que sean las cosas, una vez que se encuentre regulada la remuneración compensatoria por copia privada, con el objeto de evitar largos y costosos litigios, los entes acreedores no tienen más remedio que acordar con las empresas deudoras y pactar –aunque muchas de las veces pequeñas cantidades- los pagos de remuneración.

Lo cierto es que, las sociedades de gestión colectiva o el ente que funja como recaudador, debe establecer pagos y porcentajes justos, sin pretender enriquecimiento alguno, ya que se atentaría contra la naturaleza misma de dicha compensación. Para ello, debe tenerse presente que no todos los soportes están destinados a la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor, incluso la media no siempre sabe utilizar y explotar al máximo las tecnologías habidas.

Es verdad que no es un parámetro de medición, y que aunque no se sepan utilizar, en muchos de los casos, ésta media se aprovecha de las reproducciones realizadas por terceros que sí tienen el conocimiento necesario para efectuar copias o reproducciones.

Cabe decir que si bien es cierto que el sistema de remuneración compensatoria no es perfecto –léase condiciones “equitativas” de reparto, la imperfección del canon sobre aquellas obras no protegidas por el derecho de autor, etcétera- siempre habrá sujetos que tengan que pagar las consecuencias de otros, no se ha encontrado por el momento otro remedio que palie –incluso la posibilidad de copiar- los daños a la explotación normal de las obras y a los intereses económicos de sus titulares.

*Capítulo 4. La necesidad de reglamentar el Derecho de copia privada como un derecho de remuneración compensatoria en la Ley Federal del Derecho de Autor.*

Aún y con la imposición de medidas tecnológicas de protección, el derecho de remuneración compensatoria no debe desaparecer, tal vez sí influya en su reducción de tasas y porcentajes, porque a pesar que las medidas anticopia sean “eficaces”, siempre correrán el riesgo de ser eludidas.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La copia privada y su remuneración compensatoria, son los temas actuales en la llamada “sociedad de la información”. Los sectores involucrados tienen un complejo problema que enfrentar: la adopción de medidas anticopia vs. la posible eliminación de cánones.

SEGUNDA.- Mientras las medidas de protección tecnológicas sean eludidas, so pretexto de reproducción privada al amparo de una limitación, no existirá mayor remedio que la compensación económica a favor de los autores y demás titulares.

TERCERA.- No es posible desaparecer los límites a los derechos de autor, ante lo cual es necesario que exista una reforma que precise la regla de los tres pasos (sus alcances y su interpretación). La regla de los tres pasos debe seguir al pie de la letra la redacción del artículo 9.2 del Convenio de Berna.

CUARTA.- Erróneamente se ha pretendido regular la remuneración compensatoria por copia privada en el artículo 40 de la Ley Federal del Derecho de Autor, de ser así, el legislador deberá adicionar un texto completamente diferente, mismo que precise su intención y objetivo.

QUINTA.- Es pertinente reiterar que el derecho de remuneración compensatoria no exime de la obligación de solicitar la autorización a los titulares respectivos para efectuar las reproducciones que no estén cubiertas por el límite de la copia privada, ni tampoco se pretende con la misma consentir el fenómeno de la piratería, como equivocadamente se ha querido interpretar. Se trata simplemente de un mecanismo que mitiga las reproducciones al amparo del límite de la copia privada, en cuyo caso

consideramos que la explotación normal de la obra es uno de los elementos de la regla de los tres pasos que se vulnera considerablemente.

SEXTA.- A pesar de los vicios en el manejo de las sociedades de gestión colectiva, el derecho de la remuneración compensatoria debe y tiene que ser recaudado por dichos entes. Desde nuestra perspectiva, las sociedades de gestión colectiva son en muchos de los casos: un mal necesario en el desarrollo de la gestión autoral.

SÉPTIMA.- Para lograr el verdadero cometido de la remuneración compensatoria, ésta debe destinarse directa e inmediatamente a los autores y titulares de derechos conexos, y no permitir que las entidades de gestión retengan algún porcentaje so pretexto de la difusión y promoción cultural.

OCTAVA.- A pesar de lo anterior, para el ejercicio de la recaudación del derecho de remuneración, es impensable tanto práctica como técnicamente otorgar un poder para pleitos y cobranzas, tal y como lo exige la vigente Ley, éste derecho deberá ser por lo menos, uno de los que se gestionen colectiva y obligatoriamente a través de dichas entidades de gestión colectiva y sin la necesidad de que los sujetos acreedores se adhieran a la misma.

NOVENA.- En la regulación de esta figura autoral, no se debe escapar el establecimiento del canon sobre aparatos y soportes digitales, ya que en el caso de México, la reproducción de las obras literarias y artísticas se materializa en gran escala por y en dichos medios.

DÉCIMA.- Aún y cuando el canon por copia privada no tiene una naturaleza jurídica fiscal, sería interesante que los sujetos deudores pudieran deducir fiscalmente las cantidades.

## BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

Cabellero Leal, José Luis y Jalife Daher, Mauricio, *Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor*, Legislación de Derechos de Autor, Ed. Sista, México, 1998.

Carbajo Cascón, Fernando, *El pulso en torno a la copia privada*, Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual, Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, No. 16, enero-abril de 2004, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2004.

Casas Vallés, Ramón, *La fotocopia y su régimen jurídico*, Aranzadi Civil, Directores Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Enrique Rubio Torrano, Vol. I, Navarra, 1993.

De la Parra Trujillo, Eduardo, *Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*, Revista de Derecho Privado, UNAM, Nueva Época, Año III, Número 8, mayo-agosto de 2004.

De la Parra Trujillo, Eduardo, Escrito de alegatos presentado en su carácter de representante legal de la Sociedad Mexicana de Directores Realizadores de Obras Audiovisuales, Sociedad de Gestión Colectiva de Interés Público (tercero perjudicado), en el juicio de amparo indirecto 1373/2003, "Cinopolis del País, S.A. de C.V., vs. Congreso de la Unión y otras", Juzgado Segundo de Distrito "A" en materia administrativa en el Distrito Federal, México, D.F., Octubre de 2003, p. 13 y ss., *por tal obra*.

Ficsor, Mihály, *How much of what? The three-step test and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, *Révue Internationale du Droit d' Auteur* RIDA, N.192, abril de 2002.

Ficsor, Mihály, *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation*, Oxford, University Press, U.K., 2002.

Ficsor, Mihály, *Guide to the Copyright and Related rights Treaties administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights terms*, World International Property Organization, Geneva, 2003.

Gómez Pomar, Fernando, *La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXIX, Enero-Febrero, No. 614, Madrid, 1993.

Gutiérrez Vicén, Javier, *Manual Legal del Arte, La Propiedad Intelectual explicada a los artistas plásticos*, Colección Análisis y documentos, No. 4, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

González de Alaiza Cardona, José Javier, *La copia privada en el entorno digital*, Tesis Doctoral, Universidad de les Illes Balears, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, Julio 2003.

Guibault, L, *Copyright and electronic commerce*, Coord. P.B. Hugenholtz, The Hague, London, Boston, 2000.

Kreile, Reinhold y Becker, Jürgen, *La Legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada*, Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania, Boletín del Derecho de Autor, Unesco, Abril de 2003.

Lepage, Anne, *Overview of exceptions and limitations to copyright in the digital environment*, Copyright Bulletin, march 2003.

Lipszyc, Delia, *Derechos de Autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco-Cerlalc, Zavalía, 1993.

Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos conexos*, Unesco, Cerlalc-Zavalía, Argentina, 2004.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Glosario de Derechos de Autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980.

Rangel Medina, David, *Derecho Intelectual*, Ed. Mc Graw Hill, UNAM, México, 1998.

Reinbothe, Jörg y Von Lewinski, Silke, *The WIPO Treaties 1996, The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Programs Treaty, Commentary and Legal Analysis*, Butterworths, Lexis Nexis, U.K., Great Britain, 2002.

Rodríguez Moreno, Sofia, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.



Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1998.

Sirinelli, Pierre, *Workshop on implementation issues of the WIPO Copyright (WCT) and the WIPO performances and Phonograms treaty (WPPT), Exceptions and limits to copyright and neighboring rights*, WIPO, Genève, 1999.