

# Cuestiones actuales sobre los derechos de autor

Juan Manuel Terán Contreras

Sumario: 1. El sistema de protección de los derechos de autor / 2. La legislación autoral en México / 3. Los tratados internacionales / 4. Iniciativas en la OMPI frente al acuerdo TRIPS / 5. La cuestión de los programas de computación / 6. La cuestión de los fonogramas / 7. La cuestión de la "importación paralela".

## 1. El sistema de protección de los derechos de autor

Existen muchas ideas erróneas en el ambiente general acerca de los derechos de autor. Por ello, aunque este artículo se dirige a tratar algunas de las cuestiones actuales sobre esta institución, es conveniente referir de manera introductoria en qué consiste a grandes rasgos este sistema de protección de **ciertos productos** de la creatividad humana. Para ello, se tratará brevemente: el concepto de "obra", o sea el objeto de protección por los llamados derechos de autor;<sup>1</sup> lo que se excluye de la protección aún cuando pueda tener las características de obra; los requisitos que se tienen que satisfacer para acceder a la protección; en qué consisten los derechos protegidos y las limitaciones que normalmente se establecen para algunos de esos derechos; cómo se atribuyen los derechos de autor a algún beneficiario, o sea, a quién se considera titular de los mismos y, por último, los derechos conexos o vecinos de los derechos de autor. Algunas de las cuestiones

actuales más importantes se refieren a algunos de estos últimos derechos denominados "conexos" o "vecinos" para distinguirlos de los derechos de autor, a saber, los relativos a los fonogramas (grabaciones de sonido, como los discos y casets de música). Estos derechos conexos o vecinos no se refieren a "obras" sino a otros productos diferentes, tales como una representación artística o la grabación auditiva o visual de una obra.

### 1. a) La "obra" protegida

La palabra "obra" en el lenguaje general evoca un producto de la creatividad humana de gran dignidad; pero los derechos de autor no protegen todo producto de la creatividad humana como muchos creen, ni las creaciones que protegen han de tener gran dignidad o valor para ser protegidas.

Por ejemplo, la teoría de la relatividad general no está protegida por derechos de autor, porque esta institución no protege **las ideas**,<sup>2</sup> sólo protege la forma de expresión. Un ensayo o un libro concretos sobre esa teoría sí constituyen una obra protegida, pero la teoría misma, en cuanto que se trata de ideas, jamás estará protegida por derechos de autor.

Por otra parte, para estar protegida, la forma de expresión en la que consiste la obra no tiene que ser de gran valor o mérito. Hasta el peor churro cinematográfico está protegido por derechos de autor.

Para resumir, el objeto de protección de los derechos de autor es la obra del dominio intelectual o

1. Véase: Ley Federal de Derechos de Autor, art. 17 ("La protección a los derechos de autor se confiere con respecto de sus obras..."), en Editorial Porrúa, S. A., *Legislación sobre Derechos de Autor* (Colección Porrúa), 13a. edición, México, 1992, p. 9 (en adelante se cita como "Colección Porrúa"), Convención Universal sobre Derecho de Autor (en adelante citada como CUIDA), Art. 1 ("Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas..."), en "Colección Porrúa", p. 68, y Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante citada como Convención de Berna), Art. 1 ("Los países a los cuales se aplica la presente convención, constituyen una Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas."), en "Colección Porrúa", p. 108.

2. Ley Federal de Derechos de Autor, art. 18, inciso a): "El derecho de autor no ampara los siguientes casos: a) El aprovechamiento industrial de las ideas contenidas en las obras;" en "Colección Porrúa", p. 12.

***En la tradición de los derechos de autor, la protección surge desde el momento en que la obra queda incorporada en un soporte tangible que la haga susceptible de reproducción o divulgación. No se requiere ninguna formalidad,***

artístico,<sup>3</sup> independientemente de su mérito o valor, y lo que se protege es la forma de expresión, no las ideas. Las únicas condiciones para la protección son que la obra:

- i) pertenezca al dominio intelectual o artístico,
- ii) sea original, y
- iii) esté incorporada a un soporte tangible que la haga susceptible de divulgarse o reproducirse por cualquier medio o procedimiento.

La "originalidad" como condición de protección de la obra reside simplemente en que sea un resultado creativo distinguible; para ello, basta con que no sea una copia, en todo o en parte, de una obra preexistente. El plagio, que excluye la originalidad, puede ser no sólo de la expresión sino también de la estructura de una obra preexistente. La originalidad requerida para la protección no implica **novedad**; con mucho, la enorme mayoría de las obras artísticas e intelectuales que protegen los derechos de autor son **originales** pero distan mucho de ser **novedosas** y tampoco pretenden gran mérito o valor moral o estético.

Precisamente porque la originalidad no implica novedad, quedan protegidas en favor de su autor las adaptaciones, arreglos y demás versiones derivadas de las obras,<sup>4</sup> sin perjuicio de que la explotación de obras derivadas requiere la autorización del autor de la obra primigenia.<sup>5</sup>

Fuera de las características generales indicadas del concepto jurídico de obra protegida por derechos de autor, el concepto está abierto a la inclusión de tipos de obras antes no conocidos, conforme evolu-

3. *Idem*, art. 17 en "Colección Porrúa", p. 9 (después de listar diversas ramas a que pueden corresponder las obras protegidas, señala en el último inciso, el k): "Todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de obras artísticas e intelectuales antes mencionadas.")
4. *Idem*, art. 9: "Los arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, compilaciones y transformaciones de obras intelectuales o artísticas que contengan por sí mismas alguna originalidad serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser publicados cuando hayan sido autorizados por el titular del derecho de autor sobre la obra original." (en "Colección Porrúa", pp. 9-10).
5. *Ibidem*.

ción la tecnología de la expresión artística e intelectual de acuerdo a la convención social sobre los ámbitos propios de esa expresión.

Las disposiciones legales típicamente listan varios tipos de obras susceptibles de protección: literarias, musicales, dramáticas, coreográficas, pictóricas, escultóricas, arquitectónicas, fotográficas, cinematográficas, enciclopédicas, pedagógicas, etc.<sup>6</sup> Son listados también típicamente ilustrativos o enunciativos y no limitativos. Reza al efecto nuestra ley en vigor, que la protección alcanza a las obras de "todas las demás (ramas) que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de obras artísticas e intelectuales antes mencionadas."<sup>7</sup>

### **1. b. Exclusiones de la protección**

El concepto de obra protegida, aunque muy amplio y abierto, implica que las ideas mismas contenidas en las obras no están protegidas por derechos de autor; tampoco el aprovechamiento práctico de esas ideas está protegido por los derechos de autor.<sup>8</sup>

Por otra parte, aunque el concepto de obra protegida los pudiera abarcar, los textos normativos en general, ya se trate de leyes, reglamentos, disposiciones administrativas o sentencias judiciales o tratados internacionales, no se protegen por derechos de autor.<sup>9</sup> Las razones son obvias; claro que las concordancias, anotaciones, comparaciones, comentarios y estudios en general relativos a esos textos normativos son obras protegidas.<sup>10</sup>

6. *Idem*, art. 7o. en "Colección Porrúa", p. 9; Convención de Berna, art. 2, inciso 1) ("Los términos "obras literarias y artísticas" comprenderán todas las producciones del campo literario, científico y artístico, sea cual fuere el modo o la forma de la expresión, tales como: libros, folletos y otros escritos; conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; obras dramáticas o dramático-musicales; obras coreográficas y pantomimas, cuya representación se fija por escrito o de otra manera; composiciones musicales, con o sin palabras; obras cinematográficas y las producidas por medio de un proceso análogo a la cinematografía; obras de dibujo, de pintura, de arquitectura, de escultura, de grabado, y de litografía; obras fotográficas y las producidas por un proceso análogo a la fotografía; obras de arte aplicadas; ilustraciones, cartas geográficas; planos, bosquejos y obras plásticas relativas a geografía, topografía, arquitectura u otras ciencias.") en "Colección Porrúa", p. 108..

7. Véase nota 3 *supra*.

8. Véase nota 2 *supra*.

9. Ley Federal de Derecho de Autor, art. 21: "La publicación de leyes y reglamentos no requiere autorización especial, pero sólo podrá realizarse cuando tales leyes y reglamentos hayan sido publicados o promulgados oficialmente y con el único requisito de citarse la fuente oficial. Tratándose de circulares y demás disposiciones generales podrán publicarse cuando previamente se obtenga el acuerdo de la autoridad respectiva. En todo caso las publicaciones deberán apegarse al texto oficial y no conferirán derecho exclusivo de edición. Serán objeto de protección las compilaciones, concordancias, interpretaciones, estudios comparativos, anotaciones, comentarios y demás trabajos similares que entrañen, por parte de su autor, la creación de una obra original", en "Colección Porrúa", p. 13.

10. Véase nota 9 *supra*.

### 1. c. Requisitos de la protección

En la tradición de los derechos de autor, la protección surge desde el momento en que la obra queda incorporada en un soporte tangible que la haga susceptible de reproducción o divulgación.<sup>11</sup> No se requiere ninguna formalidad.

Claro que hay un problema de prueba como siempre. De ahí la existencia de oficinas de registro. Pero el registro no es condición de protección.<sup>12</sup>

En contraste, en la tradición del derecho de copia (**copyright**) anglosajón, la protección está condicionada a ciertas formalidades aunque sean mínimas. La formalidad puede ser un simple registro oficial o, inclusive, la mera consignación expresa, en los ejemplares de la obra, de la simbología convencional de reserva del derecho de copia, lo cual normalmente incluye el nombre del titular del derecho y el año de la primera publicación de la obra.

La diferencia entre ambas tradiciones jurídicas -la de los derechos de autor de la tradición civil y la del derecho de copia de la tradición anglosajona- en lo relativo a requisitos de la protección ha sido tan importante que fue uno de los motivos principales para que el sistema internacional de protección se dividiera durante décadas entre dos convenios multilaterales: la Convención Universal de los Derechos de Autor (CUDA), que administra la UNESCO (que permite exigir requisitos formales para la protección, al estilo del derecho de copia anglosajón)<sup>13</sup> y la Convención de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (cuyo estándar mínimo impone la obligación de protección sin ninguna formalidad, a la manera de los derechos de autor de la tradición civil).<sup>14</sup>

### 1. d Derechos protegidos

Los derechos de autor que se protegen son de dos tipos: morales y patrimoniales.

Los derechos morales se consideran unidos a la persona del autor y son perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables.<sup>15</sup> Se transmiten a los herederos legítimos o testamentarios.<sup>16</sup> Estos derechos morales normalmente son: el **derecho de paternidad** de la obra (el de ser reconocido como el autor de la obra y el de que no se le atribuya la paternidad de obras ajenas); el **derecho de integridad** (el de autorizar cualquier modificación de la obra y oponerse a cualquier acción en demérito de la obra o de la reputación del autor, sin perjuicio de la libre crítica), y el **derecho de divulgación** (el de dar o no a conocer su obra). En algunos casos las legislaciones también incluyen el **derecho de retracto**: retirar la obra de la circulación indemnizando los daños causados a terceros (**vgr.** al editor).<sup>17</sup>

A diferencia de los derechos morales que están ligados a la personalidad del autor, los derechos patrimoniales son temporales y de carácter exclusivamente económico. Se refieren a la explotación de la obra por el propio autor o por terceros, mediante su publicación, reproducción, representación, exhibición, transmisión, adaptación y cualquier utilización pública de la obra.<sup>18</sup> En cuanto son temporales, su duración típicamente abarca la vida del autor y un lapso considerable posterior a su muerte; hoy por hoy este lapso post-mortem oscila generalmente entre 50 y 80 años.<sup>19</sup> Transcurrido el plazo la obra cae en el dominio público y su explotación es libre,<sup>20</sup> pero los derechos morales del autor siguen vigentes.

En la tradición anglosajona del derecho de copia, a diferencia de los derechos de autor de tradición civil, sólo se protegen los derechos patrimoniales, o sea los de carácter económico. Esta es una diferencia crucial entre ambos sistemas de protección. A ella se debe principalmente la ya mencionada coexistencia de los dos convenios multilaterales sobre derechos de autor en el plano internacional. La Convención Universal de Derechos de Autor no exige la protección de los derechos morales, en cambio la Convención de Berna sí establece estándares mínimos obligatorios de protección de los mismos.<sup>21</sup>

11. Ley Federal de Derechos de autor, art. 7o. *in fine*: "La protección de los derechos que esta ley establece surtirá legítimos efectos cuando las obras consten por escrito, en grabaciones o en cualquiera otra forma de objetivación perdurable y que sea susceptible de reproducirse o hacerse del conocimiento público por cualquier medio.", en "Colección Porrúa", p. 9.

12. Convención de Berna, art. 4, inciso 2): "El goce y el ejercicio de dichos derechos (de autor) no estarán subordinados a ninguna formalidad;...", en "Colección Porrúa", p. 110.

13. CUDA, art III, inciso I: "Las disposiciones del párrafo I del presente artículo no impedirán a ningún Estado contratante el someter a ciertas formalidades, u otras condiciones, para asegurar el goce y ejercicio del derecho de autor a las obras publicadas por primera vez en su territorio o a las obras de sus nacionales dondequiera que sean publicadas.", en "Colección Porrúa", p. 69.

14. Véase nota 12 *supra*.

15. Ley Federal de Derechos de Autor, art 3o., en "Colección Porrúa", p. 8.

16. *Ibidem*.

17. Véase LIPSZYC, Delia, "Derechos Morales", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretaría de Educación Pública y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Seminario sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para Jueces Federales Mexicanos-Memoria*, ciudad de México, 12-14 de julio de 1993 (en adelante se cita esta publicación como "Seminario para Jaeces"), pp. 129-144.

18. Véase LIPSZYC, Delia, "Derechos Patrimoniales", en *Seminario para Jueces*, pp. 145-166.

19. Véase TERÁN CONTRERAS, Juan Manuel, "Duración y Excepciones de los Derechos de Autor", en *Seminario para Jueces*, pp. 167-174.

20. Ley Federal de Derechos de Autor, art 23, en "Colección Porrúa", p. 14.

21. Convención de Berna, art. 6Bis, en "Colección Porrúa", p. 112.

### 1. e. Limitaciones o excepciones

Aún tratándose de obras protegidas por derechos de autor, hay limitaciones o excepciones a los derechos patrimoniales del autor.<sup>22</sup> La más común de estas limitaciones o excepciones se refiere a las citas breves de partes de una obra para fines de crítica o investigación, las cuales no requieren autorización del autor. Otra excepción típica es la que se refiere a la copia de una obra para constancia en un procedimiento judicial. Se trata de limitaciones prácticamente universales a los derechos patrimoniales.

Otras excepciones comunes derivan de razones prácticas. Por ejemplo, la reproducción bidimensional de obras plásticas visibles desde lugares públicos.

***La denominación misma de "derechos de autor" denota que la atribución normal de estos derechos corresponde al autor, o sea al individuo o persona física que crea la obra protegida\* Cualquier otro sólo puede ser un causahabiente derivado de los derechos patrimoniales del autor que son los únicos transferibles a terceros.***

También la copia de un ejemplar para uso personal de quien la hace es una limitación generalizada a los derechos patrimoniales del autor.<sup>23</sup> Sin embargo, con la explosión de la tecnología reproductora de obras (fotocopiadoras y audio y videograbadoras) se tiende a cuestionar esta limitación. Se argumenta que la difusión de la reproducción privada tiende a mermar la explotación normal de la obra por parte del autor.<sup>24</sup> Algunos países han confrontado esta realidad prescribiendo cargos sobre el precio de los aparatos y material de reproducción, cuya recaudación se destina a los autores a través de sus sociedades. Se pretende compensarles así las regalías no recibidas merced a la reproducción privada lícita. La disponibilidad comercial de tecnología de reproducción digital de audio y video tiende a agravar los dilemas jurídicos y prácticos que plantea la excepción de la copia privada. Esta es sin duda una de las cuestiones actuales más candentes que enfrentan los derechos de autor.

La eliminación de la excepción por el reconocimiento de que esta limitación tradicional a los

derechos de autor se originó en tiempos prerreprográficos (antes de que aparecieran las tecnologías actuales de reproducción gráfica y de audio y video) no resuelve el problema práctico de lo que devendría entonces en "piratería" privada de obras protegidas. Lo más probable es que en el santuario del hogar -y aún de la oficina estrictamente privada- se siguieran haciendo impunemente copias de las obras. Por otra parte, los cargos substitutivos sobre los aparatos y material reproductivo que se han mencionado conllevan problemas de equitativa distribución, tanto entre las diversas sociedades de autores como, ya dentro de cada sociedad, entre los distintos autores. Ninguna fórmula de distribución puede asegurar un reparto correspondiente a la incidencia efectiva de la reproducción privada.

Ante semejantes dilemas, la tendencia es hacia los cargos substitutivos sobre los aparatos y material reproductivo más que hacia la eliminación de la excepción legal que permite la copia privada.

### 1. f. Atribución de los derechos

La denominación misma de "derechos de autor" denota que la atribución normal de estos derechos corresponde al autor, o sea al individuo o persona física que crea la obra protegida. Cualquier otro sólo puede ser un causahabiente derivado de los derechos patrimoniales del autor que son los únicos transferibles a terceros. O bien, tratándose de los derechos morales, eventualmente como heredero de los derechos morales que sólo son transmisibles por vía hereditaria según ya se explicó.

Sin embargo, cuando la obra se crea por encargo remunerado de un tercero, *vgr.* merced a una relación de trabajo, los derechos patrimoniales se atribuyen de origen, al menos en parte, a quien encarga la obra.<sup>25</sup> Se trata de un efecto jurídico distinto del de la cesión; la atribución de derechos patrimoniales al que encarga la obra, en lugar del autor de la misma, en este caso es de origen: como titular y no como cesionario. Como esta atribución es a un tercero distinto del autor, no abarca los derechos morales, por lo que debe respetarse la paternidad de la obra y los demás derechos morales del autor. Para que los derechos morales del autor no frustren la expectativa normal de explotación de la obra por el tercero que la encargó pagando por ello, es frecuente que la legislación permita a tal tercero titular de los derechos patrimoniales ejercer derechos morales del autor pero sólo en la medida necesaria para dicha explotación.

22. Véase TERÁN CONTRERAS, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 175-181.

23. Ley Federal de Derechos de Autor, art. 18, inciso e), en "Colección Porrúa", p. 12.

24. Véase *vgr.* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMP), *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, 1978 (en adelante *Guía del Convenio de Berna*), pp. 62-65.

25. Ley Federal del Derecho de Autor, art. 59, en "Colección Porrúa", p.23.

En las obras tradicionales -tales como las literarias, pictóricas, escultóricas y musicales- en general la atribución de derechos bajo el principio de autoría es una cuestión simple y sólo se complica ligeramente si hay varios coautores. La regla básica es la explotación conjunta de la obra; si además son divisibles las partes atribuibles a cada autor, fuera de la explotación conjunta cada quien puede explotar su parte.<sup>26</sup>

Por contra en las obras "tecnológicas" -tales como la cartografía o la cinematografía- la atribución de derechos se torna muy compleja al complicarse los elementos estructurales de la obra y multiplicarse la autoría. Piénsese en la obra de cine, hecha de literatura, música, imagen móvil, escenarios, efectos especiales (hoy con frecuencia de cuño digital), etc. y que, a la vez, es una obra muy distinta de cada uno de sus componentes. ¿Quién es el autor de la obra cinematográfica?

En el caso de las obras "tecnológicas" hay dos extremos posibles para resolver la atribución por lo menos de los derechos patrimoniales: mantener la regla básica de la coautoría o atribuirla a quien esté en mejor posición de conducir la explotación. El defecto de la regla de coautoría es que entorpece las decisiones de explotación. Imagínese la oportunidad de decisiones que exige la distribución internacional de un obra de cine. La atribución centralizada de la autoría, en el director o productor por ejemplo, centraliza las decisiones de explotación para no entorpecer la explotación de la obra; pero el principal defecto de esa atribución centralizada de la autoría es la inequidad. Por ello abundan las soluciones intermedias entre esos extremos.

Por ejemplo, el patrón de coautoría para asignar regalías y el de centralización para la explotación. También se imponen en este caso matices centralizadores al ejercicio de los derechos morales; de otra manera, cualquier coautor queda en posición de vetar decisiones de explotación convenientes para todos. Y la realidad es que los riesgos naturales de la inversión en estas obras reclaman minimizar las incertidumbres implicadas en el sistema jurídico si se quiere fomentar su producción.

los programas de computación que ahora se consideran obras protegidas por derechos de autor<sup>27</sup> plantean problemas de atribución semejantes, aunque aquí -a diferencia del cine- la ausencia de categorías auto-rales tradicionales en su producción ha facilitado la aceptación de las soluciones centralizadoras

***Mucha gente se sorprende de que los programas de computación como el MS-DOS 6\*2 estén protegidos por derechos de autor al igual que una canción de Agustín Lara. Y hay razones para la sorpresa\****

### **1. g. Los derechos conexos o vecinos**

Cerca pero sin confundirse con los derechos de autor y subordinados a éstos, se protegen los derechos de los artistas de impedir la difusión, grabación y reproducción de sus representaciones o ejecuciones sin que medie su previo consentimiento.<sup>2</sup> La representación o ejecución puede ser de una obra protegida por derechos de autor o no. Un acróbata de circo normalmente no representa o ejecuta una obra, pero goza del derecho mencionado.

Además de los artistas, también se protegen los derechos de los productores de fonogramas (generalmente productores de discos o casets de audio) de autorizar o prohibir la reproducción de los sonidos cuya primera fijación llevaron a cabo.<sup>29</sup> Igualmente, gozan de tales derechos independientemente de que los sonidos sean de una obra protegida por derechos de autor o no. Por ejemplo, la grabación de sonidos de aviones, trenes, automóviles, aves, ríos, huracanes, etcétera.

Una tercera categoría de derechos conexos o vecinos son los de los radiodifusores sobre sus emisiones, sean o no emisiones de obras protegidas por derechos de autor. Por ejemplo, la emisión de un partido de fútbol o de una pelea de box.

Estos derechos conexos son limitados y de implicación económica exclusivamente, salvo en el caso de los artistas que pueden tener ciertos derechos morales protegidos, por cierto de gran importancia ahora que la tecnología digital permite una enorme versatilidad en la manipulación de la imagen y el sonido.

La denominación de derechos **conexos o vecinos** denota el estatus limitado de estos derechos, aunque su importancia económica en la práctica con frecuencia es superior a la de los derechos de autor. Quizá es injusto, pero son más populares los artistas que los autores.

26. *Idem.*, arts. 12 y 13, en "Colección Porrúa", pp. 10-11.

27. *Idem.*, arts. 7o., inciso j), en "Colección Porrúa", p. 9.

28. *Idem.*, arts. 86 y 87, en "Colección Porrúa", p. 30.

29. *Idem.*, art. 87bis, en "Colección Porrúa", pp. 30-31.



## 2. La legislación autoral en México

Desde la Constitución de 1824, se reconoce en México la protección de los derechos de autor. En la fracción I de su artículo 50 se estableció, como una de las facultades exclusivas del Congreso General:

"Promover la ilustración, **asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras**, estableciendo colegios de marina, artillería e ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos que enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la educación pública en sus respectivos estados."<sup>30</sup>

Posteriormente el 3 de diciembre de 1846, el General José Mariano Salas expidió el Decreto del Gobierno sobre Propiedad Literaria. Este decreto se conoce como la primera legislación autoral del país.<sup>31</sup>

Más adelante, y hasta 1948 en que se expide la primera Ley Federal sobre el Derecho de Autor, la ma-

teria se reguló por la legislación civil. Así lo hicieron los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870, 1884 y 1928.<sup>32</sup>

A diferencia de la Constitución de 1824, hasta la fecha en la Constitución no hay mención de facultad federal expresa para legislar en la materia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación nunca se ha pronunciado al respecto. No obstante, a raíz de que nuestro país suscribió en 1946 la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas en Washington<sup>33</sup>, se expidió la ley federal arriba mencionada.<sup>34</sup> En 1955 otra ley federal del mismo nombre substituyó a la de 1948.<sup>35</sup>

Actualmente está en vigor la Ley Federal de Derechos de Autor expedida en 1963 como reforma total de la ley de 1956.<sup>36</sup> Fue reformada por primera vez en 1981 a iniciativa de directivos de sociedades autorales en el Congreso de la Unión, principalmente para ampliar el plazo de protección de 30 a 50 años posteriores a la muerte del autor conforme al estándar mínimo previsto por la Convención de Berna, a la cual nos adherimos en 1967, y para permitir a las sociedades de autores recaudar regalías de autores extranjeros sin necesidad de mandato, lo cual ha sido acremente criticado. La segunda reforma fue hasta 1991;<sup>37</sup> ésta fundamentalmente adicionó la protección a los programas de computación y a los fonogramas con vistas a la negociación del

30. Secretaría de Educación Pública, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, "Evolución Legislativa (1824-1963)", número especial, año II, núm. 5, enero-marzo, 1991, Lic. José María MORFÍN PATRACA, Compilador (en adelante "Evolución Legislativa"), p. 9.

31. *Idem* pp, 11-16.

32. *Idem.*, pp. 17 y ss

33. "Colección Porrúa", pp. 55-65.

34. "Evolución Legislativa", pp. 101-138.

35. *Idem.*, pp. 139-189.

36. *Idem.*, pp. 190-248.

37. Decreto por el que se reforman y audicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos de Autor, 9 de julio de 1991, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de julio de 1991, pp. 40-44.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte. En 1993 tuvo lugar la última reforma para eliminar el pago por la explotación de obras de dominio público -el llamado dominio público pagante- y, en contrapartida, ampliar aún más el plazo de protección a 75 años post-mortem.

En el mes de abril de 1994 la Secretaría de Educación Pública convocó al público a presentar propuestas para actualizar la legislación vigente<sup>38</sup> y, como resultado, a través de la Dirección General del Derecho de Autor publicó las 62 comunicaciones de propuestas recibidas de autores, sociedades de autores, usuarios de obras protegidas, instituciones educativas, industrias culturales, etc.<sup>39</sup> Se espera que en el curso de 1995 se presente la iniciativa correspondiente conforme al proyecto que elabora dicha dependencia.

### 3. Los tratados internacionales

Las obras que protegen los derechos de autor son intangibles y diferentes del *corpus mechanicum* o soporte tangible de las mismas. Son bienes intangibles que viajan fácilmente a donde quiera que haya una mente capaz de percibirlos y apreciarlos. Su protección efectiva requiere por ello de compromisos internacionales, en particular en el mundo actual de comunicación instantánea. A continuación se reseñan brevemente los principales tratados multilaterales que existen al efecto y las tendencias en curso hacia el futuro.

Es en el contexto de dichos tratados en el que se han planteado las cuestiones actuales más importantes sobre los derechos de autor.

#### 3. *cu* La Convención de Berna

El tratado más antiguo en la materia es la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>40</sup> que data de 1886, conocida simplemente como la "Convención de Berna". Hoy cuenta con más de 100 países suscriptores. Sin embargo, durante muchos años varios países muy importantes estuvieron fuera de este tratado. Los Estados Unidos de América se adhirieron apenas

en 1989. La Unión Soviética nunca se adhirió y, ahora, la Federación Rusa apenas está en proceso de hacerlo. La República Popular China se adhirió en 1991. Hasta la adhesión estadounidense, fué el tratado "europeo" en la materia, modelado conforme a los derechos de autor de tradición civil, frente a la Convención Universal sobre Derecho de Autor<sup>41</sup> que más adelante se comenta.

Como es típico de estos tratados, la Convención de Berna establece el compromiso de adoptar ciertos estándares mínimos de protección en favor de los autores y el de otorgar trato nacional a los autores oriundos de países suscriptores del tratado. Esos estándares, como ya se dijo, incluyen la protección de los derechos morales, una duración de 50 años post-mortem para los derechos patrimoniales y la ausencia de formalidades para la protección.

México se adhirió al Convenio de Berna en abril de 1967. Antes nos habíamos adherido a la Convención Universal sobre Derecho de Autor y a las convenciones interamericanas que se mencionan más adelante.

Este Convenio está administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>42</sup> que también administra otros tratados en materia de propiedad industrial y similares. Hasta la suscripción del Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, más conocido por sus siglas en inglés como TRIPS, el 15 de abril de 1994 en Marrakech, que será administrado por la nueva Organización Mundial del Comercio, la Convención de Berna fué sin duda el tratado más importante y la OMPI la principal organización multilateral en la materia. Ahora esa predominancia está en cuestión.

#### 3. *b.* La Convención Universal sobre Derecho de Autor

Esta Convención data de 1952, de la segunda posguerra. Está suscrita por 90 países aproximadamente. Los Estados Unidos de América y la Unión Soviética fueron suscriptores prácticamente desde el principio. Al adherirse Estados Unidos al Convenio de Berna en 1989 perdió relevancia la Convención Universal. Con el acuerdo TRIPS tiende a perder aún más importancia.

38. Convocatoria para presentar propuestas a efecto de actualizar la legislación en materia de derechos de autor, 15 de abril de 1994, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 25 de abril de 1994, p. 33.

39. Secretaría de Educación Pública, Dirección General del Derecho de autor, *Propuestas de Reforma a la Ley Federal de Derechos de Autor*, septiembre de 1994, 628 p.

40. "Colección Porrúa", pp. 107-128.

41. *Idem.*, pp. 67-82.

42. Véase OMPI-Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Información General*, Ginebra, 1992, 83 p.

Al igual que la Convención de Berna, establece el compromiso de trato nacional entre las partes. Los estándares mínimos de protección no incluyen los derechos morales y se permite requerir formalidades para la protección, conforme al modelo del derecho de copia anglosajón. El plazo mínimo para los derechos patrimoniales es de 25 años post-mortem. Esta Convención está administrada por la UNESCO.

Nuestro país ratificó este tratado en 1957<sup>43</sup> no obstante que fuimos suscriptores originales desde 1952.

### **3. c. Las convenciones interamericanas**

Desde 1910 suscribimos la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, en la Cuarta Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Buenos Aires.<sup>44</sup> Sin embargo, la ratificamos hasta 1963.

Fue más importante la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas suscrita en 1946,<sup>45</sup> en Washington. Esta la ratificamos el mismo año y dio pie a nuestra primera ley federal en la materia según se indicó arriba.

En la práctica, estas convenciones de carácter regional pasaron a segundo término al suscribirse la Convención Universal sobre Derecho de Autor en 1952. Sin embargo, buena parte de la terminología de nuestra legislación federal tiene su inspiración en la referida convención de Washington.

### **3.d El Tratado de Libre Comercio para América del Norte**

Desde 1986 al iniciarse la Ronda de Uruguay, a instancias principalmente de Estados Unidos, se planteó en el seno del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (en adelante GATT) la exploración de un acuerdo en materia de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de autor, sujeto a los mecanismos de ejecución del GATT.<sup>46</sup> Estos incluyen la legitimidad de las sanciones comerciales por los países afectados por la violación de compromisos contraídos.

Así se comenzó a gestar lo que llegaría a ser el acuerdo TRIPS<sup>47</sup> bajo la fórmula llamada "Berna plus" en el campo de los derechos de autor; es decir, compromisos que recogían los ya establecidos en la Convención de Berna, adicionados para cubrir nuevos asuntos, principalmente la protección de los programas de computación y de las bases de datos conforme a los principios de los derechos de autor. Sin embargo, el TRIPS expresamente excluyó cualquier compromiso en relación con los derechos morales que son parte de la Convención de Berna.<sup>48</sup>

En lo adjetivo, el acuerdo TRIPS introdujo compromisos relativos a la institución de procedimientos judiciales y administrativos ágiles para hacer efectiva la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Otro aspecto importante, aunque perteneciente al campo de los derechos conexos, que asumió el acuerdo TRIPS desde su gestación fue la protección de los fonogramas según se referirá más adelante.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (en adelante TLCAN) entre Canadá, Estados Unidos y México se negoció durante 1991-93, al tiempo que estaba también en curso la negociación del acuerdo TRIPS en el seno del GATT. Ello implicó que en la negociación del capítulo sobre propiedad intelectual del TLCAN se recogiera mucho del texto del TRIPS.<sup>49</sup> De hecho y paradójicamente, el TLCAN entro en vigor el lo de enero de 1994, más de tres meses antes de la suscripción del TRIPS.

En el TLCAN destaca la exclusión expresa hecha por Estados Unidos de cualquier compromiso en relación con derechos morales de los autores, según el Anexo 1701.3,<sup>50</sup> no obstante que dicho país suscribió desde 1989<sup>51</sup> la Convención de Berna que incluye compromisos sobre la protección de los derechos morales con estándares mínimos. La exclusión implica que no hay compromisos contraídos en el TLCAN con Estados Unidos, por parte de Canadá y México, en relación con derechos morales de los autores.

43. "Colección Porrúa", p. 67.

44. *Idem*, p. i3.

45. *Idem*., p. 55.

46. Véase POBLANO, José F., "El Acuerdo sobre Propiedad Intelectual del Gatt: Lecciones para el Futuro", en Secretaría de Educación Pública, Dirección General del Derecho de Autor, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año V, núm. 15, abril-junio, 1994, pp. 7-13.

47. Véase ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, "Cuadro Comparativo de las Disposiciones de Derechos de Autor, contenidas en GATT y TLC", en Secretaría de Educación Pública, Dirección General del Derecho de Autor, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año V, núm. 14, pp. 27-44.

48. TRIPS, art. 9, inciso I, en ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, p. 30.

49. *Idem*., p. 27.

50. *Idem*., p. 30.

51. OMPI, *Derecho de Autor*, revista bimestral, año V, núm. 1, enero-febrero, 1993, p. 4.

También destaca el compromiso expreso de proteger los programas de computación **como obras literarias**. Reza al respecto el artículo 1705.1 .a:

"Todos los programas de cómputo son obras literarias en el sentido que confiere al término la Convención de Berna y cada una de las partes los protegerá como tales."

Por último, destacan los compromisos de derecho adjetivo en materia de procedimientos judiciales y administrativos aplicables a la propiedad intelectual, los cuales ya han dado pauta a reformas y adiciones en nuestra legislación de propiedad industrial.<sup>52</sup>

### 3. e. El acuerdo TRIPS

El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas, más conocido por sus siglas en inglés como TRIPS, según se refirió, fue negociado a partir de 1989 en el seno del GATT. Hasta el 15 de abril de 1994 fue suscrito en Marrakech y entró en vigor al iniciarse 1995.<sup>53</sup>

Las principales características del TRIPS en el campo autoral se apuntaron arriba al mencionar el TLCAN: exclusión de compromisos sobre los derechos morales e inclusión de los programas de computación y de compromisos de derecho adjetivo.

Destaca como el TRIPS forma parte de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, suceso-ra del GATT, queda apuntalado por los procedimientos generales de dicha organización cuando se incumplen los compromisos. Ello conlleva la aplicación de sanciones comerciales por los países que se consideren afectados para hacer efectiva la protección de los derechos de propiedad intelectual. Esto fue la motivación principal de los países industrializados, y principalmente de Estados Unidos, para llevar las cuestiones autorales y de propiedad industrial al foro comercial.<sup>54</sup>

Los términos que utiliza el TRIPS para el compromiso de protección de los programas de computación difieren del lenguaje utilizado por el TLCAN, no obstante las similitudes entre ambos. Dice al respecto en su artículo 10.1:

"Los programas de computación, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud de la Convención de Berna (1971)."

Como ya se indicó, el TRIPS tiende a suplantar al Convenio de Berna como el tratado multilateral más importante en materia de derechos de autor.

### 3.f. Tratados sobre derechos conexos

Los derechos conexos o vecinos correspondientes a los artistas, fonogramadores y organismos de difusión han sido objeto de compromisos internacionales de protección a partir de 1961. Ese año se suscribió la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, mejor conocida como la convención de "Roma" que fue la ciudad en que tuvo lugar la conferencia diplomática respectiva.

México firmó ad-referéndum la Convención ,de Roma y la ratificó en 1963.<sup>55</sup> De hecho, fue a raíz de ello que se expidió la ley federal todavía vigente para incorporar los derechos conexos de los artistas. Suscribimos dicho tratado cuatro años antes que el de Berna sobre derechos de autor.

Son partes de la Convención de Roma aproximadamente 45 países. Los Estados Unidos no están incluidos entre ellos, principalmente en virtud de la protección de los artistas que otorga dicha convención.

En 1971 y con motivo de que los Estados Unidos decidieron proteger los fonogramas como obras con derecho de copia, promovieron la suscripción del Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas. Los otros titulares de derechos conexos -los artistas y los radiodifusores- quedaron fuera de dicho tratado. Este convenio se conoce como el Convenio de Ginebra. Está suscrito por 50 países aproximadamente. Nosotros lo firmamos ad referéndum y lo ratificamos en 1973.<sup>56</sup>

En el acuerdo TRIPS y, por lo mismo en el TLCAN, también se le ha dado importancia a la protección de los productores de fonogramas según se indicó arriba. Sin embargo, sólo Estados Unidos les da a los fonogramas el tratamiento de obra protegida por el derecho de copia. El régimen de protección generalmente aceptado para los fonogramas es el de derecho conexo o vecino, por lo que ni el TRIPS

52. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, 29 de julio de 1994, Diario Oficial de la Federación de 2 de agosto de 1994, Tercera Sección, pp. 1-24. "

53. POBLANO, José F., *loe. cit.*

54. Véase United States General Accounting Office, *Repon lo Selected Congressional Subcommittees, International Trade, Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, August 1986 and April 1987.

55. Colección Porrúa", p. 91.

56. *Op. cit.*, p. 129.

ni el TLCAN requieren mayor protección que la de derechos conexos.

Con motivo de que los Estados Unidos no son parte de la Convención de Roma, los compromisos de dicho tratado quedaron excluidos del TLCAN, por lo que con dicho país ni Canadá ni México tienen compromisos de protección de los derechos conexos de los artistas (ni de los radiodifusores)." Por contra, los compromisos del Convenio de Ginebra relativos a la protección de los productores de fonogramas quedaron expresamente incorporados en el TLCAN.

#### 4. Iniciativas en la OMPI frente al acuerdo TRIPS

Al plantearse con la Ronda de Uruguay del GATT la gestación del acuerdo TRIPS, la OMPI, que administra la Convención de Berna y el Convenio de Ginebra, contempló la posibilidad de reforzar estos convenios y evitar ser eventualmente suplantada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el campo de la propiedad intelectual. Para los países en desarrollo esta alternativa puede parecer atractiva en cuanto los mecanismos de la OMPI no contemplan la aplicación de sanciones comerciales como sucedía en el GATT y, ahora en la OMC. Por contra, para los países industrializados lo interesante de llevar la materia de propiedad intelectual al foro comercial es la presión implicada en la amenaza de sanciones comerciales.

El problema principal para la Convención de Berna es el estatus de los programas de computación. Se pretendió a principios de los 80's que quedaban contemplados por dicho convenio. Sin embargo, al buscarse un reforzamiento del tratado que lo dejara claro, siempre quedaría el planteamiento de la interpretación **a contrario**: si tuvo que aclararse es precisamente porque no estaban contemplados dichos programas por el convenio.

Eso explica los términos utilizados en el TLCAN y el TRIPS al referirse a los programas de computación según se consignaron arriba. En ambos casos se remiten al Convenio de Berna como el apuntalamiento de la protección autoral para los programas de computación.

57. ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, p. 33.

58. *Op. cit.*, p. 28 (TLCAN, art. 1701.2.a).

No obstante la cuestión de la interpretación **a contrario**, en el seno de la OMPI se ha estado trabajando desde 1991<sup>59</sup> en un "Posible Protocolo al Convenio de Berna" que aclararía la inclusión de los programas de computación como obras amparadas por los compromisos de la Convención de Berna.<sup>60</sup>

La primera versión del "Posible Protocolo" también pretendió que los fonogramas quedaran protegidos autoralmente como obras, a la manera de los Estados Unidos, pero esto no fue aceptado por la gran mayoría de los países parte de la Convención de Berna,<sup>61</sup> por lo que más adelante se generó la discusión, aparte, de un "Posible Instrumento para la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas",<sup>62</sup> conforme al régimen tradicional de los derechos conexos. Los organismos de difusión han solicitado su inclusión en este "Posible Instrumento", para que comprenda a los tres beneficiarios de derechos vecinos o conexos a la manera de la Convención de Roma.<sup>63</sup>

Sin embargo, hasta la fecha no se han concretado esas iniciativas en instrumentos vinculatorios.

En los aspectos de derecho adjetivo, en el seno de la OMPI desde 1990 se iniciaron trabajos sobre un proyecto de Tratado para la solución de controversias entre Estados en materia de propiedad.<sup>64</sup> Este instrumento permitiría procedimientos ágiles para resolver los conflictos surgidos por el incumplimiento de los compromisos entre países en materia de derechos de autor y de propiedad intelectual en general. Sin embargo, aún no se desemboca en un instrumento vinculatorio, principalmente porque los países industrializados esperan mayor efectividad en la aplicación del acuerdo TRIPS por la nueva OMC.

59. OMPI, *Derecho de Autor*, revista bimestral, año IV, núm. 6, 1992, pp. 117-122.

60. Informe del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo relativo al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Primera Sesión, Ginebra, 4 a 8 de noviembre de 1994, en OMPI, *Derecho de Autor*, revista bimestral, año 4, núm. 3, 1992, pp. 41-55.

61. *Op.c.*, pp. 53-54.

62. Informe del Comité de Expertos sobre un posible instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, Primera Sesión, Ginebra, 28 de junio a 2 de julio de 1993, en OMPI, *Derecho de Autor*, revista bimestral, año V, núm. 6, noviembre-diciembre, 1993, pp. 135-163.

63. *Op.cit.*, p. 150.

64. Véase Comité de Expertos sobre solución de controversias entre Estados en materia de propiedad intelectual, Sexta Sesión, Ginebra, 21 a 25 de febrero de 1994, en OMPI, *Derecho de Autor*, revista bimestral, año VI, núm. 4, julio-agosto, 1994, pp. 60-71.

## 5. La cuestión de los programas de computación

Mucha gente se sorprende de que los programas de computación como el MS-DOS 6.2 estén protegidos por derechos de autor al igual que una canción de Agustín Lara. Y hay razones para la sorpresa. Esta idea es muy reciente y muy forzada. De hecho, aunque se trata **formalmente** de derechos de autor, la protección de los programas de computación tiene peculiaridades que la distinguen de la protección autoral tradicional. Es una protección distinta conocida técnicamente como **sui generis**. Pero esto no se quiere reconocer, sobre todo por los países industrializados que dominan la industria de los programas de computación, para evitar la conclusión jurídica que de ahí resulta, a saber: la inaplicabilidad de los compromisos internacionales tradicionales a los programas de computación y, por lo tanto, la necesidad de nuevos convenios para su protección internacional. Esto es anatema.

Para entender lo anterior, se reseña brevemente la historia de la genealogía de la protección de programas de computación.

### 5. a. Etapa previa al software de distribución masiva

Durante las décadas anteriores a la aparición de los programas de computación de distribución masiva al menudeo que se inicia a mediados o fines de los sesentas, a nadie con dos dedos de frente se le hubiera ocurrido que semejantes productos tecnológicos pudieran ser materia idónea para la aplicación de las leyes de los derechos de autor en la tradición civil, o de derecho de copia en la anglosajona.

Prueba de ello es que cuando en la OMPI se comenzó a explorar la forma de proteger los programas de computación, de inmediato se pensó en el diseño de un tratado **sui generis** y, más aún, el trabajo no fue encomendado a la división de derechos de autor de la organización, sino que se le encomendó deliberadamente a la división de propiedad industrial encargada de las patentes, las marcas y similares.

Prueba de ello es también que la literatura oficial de la OMPI y de la UNESCO relativa a derechos de autor y derechos de copia nunca sugirió que los programas de computación pudieran ser objeto propio de la Convención de Berna o de la Convención Universal sobre Derecho de Autor (en adelante la CUDDA), ni de cualquier otro tratado sobre la materia autoral.<sup>65</sup>

65. Véase notoriamente la *Guía del Convenio de Berna* publicada por la OMPI en 1978.

Tampoco los académicos estudiosos de los convenios mencionados sugirieron nunca su aplicabilidad a los programas de computación.<sup>66</sup>

El giro de ciento ochenta grados en la OMPI ocurrió a principios de los 80's, después de que se había establecido en el mercado la nueva forma de distribución de computadoras y de las instrucciones necesarias para su operación. Antes, estos bienes se distribuían mediante contratos de suministro y servicios a grandes clientes institucionales y empresariales; ahora, se distribuían masivamente al menudeo a productores y consumidores por igual.

Para entender ese giro radical, es conveniente tener presente lo que ocurrió en los Estados Unidos en relación con la aplicación del derecho de copia a los programas de computación. A pesar de su ausencia de la Convención de Berna hasta casi concluida la década de los ochentas, por su magnitud económica dicho país ya ejercía gran influencia internacional en los foros autorales en general.

### 5. b. La cuestión en los Estados Unidos

Aunque desde 1964 se admitieron a registro de derecho de copia programas de computación, no había ideas claras al respecto. Por ejemplo, los tribunales instintivamente negaban la protección porque los programas no podían entenderse a simple vista cuando venían incorporados en microcircuitos.

Ante la proliferación de programas de computación de distribución masiva, se establece en 1974 una comisión congresional para estudiar el tema. Su denominación ya delata por cierto prejuicio: Comisión Nacional sobre Nuevos Usos Tecnológicos de Obras Protegidas por el Derecho de Copia. Esta comisión concluye en 1976 que los programas de computación están protegidos por la legislación estadounidense del derecho de copia como obras literarias sin que para ello sea necesario reformar la ley.<sup>67</sup>

En 1980 se reforma la legislación federal del derecho de copia para incluir expresamente los programas de computación como obras protegidas.<sup>68</sup>

66. Véase notoriamente el trabajo enciclopédico de RICKETSON, Sam, *The Rome Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987 (particularmente pp. 236 y 895-900 en que se trata directamente el tema).

67. Véase MUXER, Arthur R., "Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New since CONTU?", en *Harvard Law Review*, vol. 106, núm. 5, March 1993, pp. 977-1073.

68. Computer Software Copyright Act, Public Law No. 96-517, (1980); 17 U.S.C. Section 117 (1988); véase MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p.

### 5. c. *El giro de ciento ochenta grados*

Justo a principios de los ochentas, sorpresivamente en el foro de la OMPI se "cae en la cuenta" de que los programas de computación están ya comprendidos entre las obras protegidas por los tratados de Berna y la CUD. Al mismo tiempo, se descontinúan los trabajos de varios años de la división de propiedad industrial de preparación de un proyecto de tratado *sui géneris* para protegerlos.

El giro es problemático porque la interpretación de los tratados corresponde a las legislaturas y tribunales de los países parte y no a los órganos intergubernamentales de administración de dichos tratados.

De cualquier manera, se comienza a trabajar en la OMPI en lineamientos guía y proyecto de leyes tipo que incluyan la protección de los programas de computación bajo derechos de autor o derecho de copia según la tradición jurídica del país.

Después, a partir de 1986 vienen los procesos ya comentados del acuerdo TRIPS en el GATT (con el respaldo de la amenaza de sanciones comerciales), y del TLCAN inspirado en él propio TRIPS, que ya incorporan expresamente el compromiso de proteger los programas de computación como obras literarias, así como la iniciativa OMPI sobre el Posible Protocolo al Convenio de Berna que también añadiría dicha protección aunque con la espada de Damocles de la implícita interpretación **a contrario** del propio convenio.

En paralelo, y en consecuencia de esos procesos en los foros internacionales de la materia, así como de la negociación de tratados comerciales regionales modelados siguiendo el acuerdo TRIPS, se han ido modificando las leyes nacionales respectivas para incluir la protección de los programas de computación, aunque con variantes que denotan diferencias radicales con los derechos de autor y el derecho de copia tal como se conocen hasta ahora.

En México la reforma legal correspondiente tuvo lugar en 1991 según se mencionó antes.

### 5. d. *Características sui géneris de la protección*

La protección de los programas de computación que tiende a hacerse formalmente en la legislación autoral, difiere del régimen general de los derechos de autor o del derecho de copia en dos aspectos importantes por lo menos:

I. Más que la excepción o limitación de la copia privada respecto de los programas de computación, aunque ésta también tiende a quedar incluida implícitamente, interesa incorporar en la legislación una excepción muy especial para la copia de dichos

programas llamada "de respaldo"<sup>69</sup> que por seguridad es recomendable para resguardarse de la pérdida accidental de la información almacenada en el equipo de computación.

II. En contraste más radical con el sistema de protección autoral, se dispone que no deben revelarse al público los programas registrados<sup>70</sup> contra la regla general de los registros "públicos" y la de los registros autorales en particular que nunca han sido reservados. Esto contradice inclusive el sistema paralelo de patentes que exige la publicidad de la invención a cambio del monopolio temporal de explotación. O sea que el registro secreto es algo inusitado no sólo en el campo autoral sino en el de la propiedad intelectual en general.

Por ello se trata propiamente de una protección *sui géneris*, o sea diferente de la protección autoral, cuyo tratamiento formal como derechos de autor o derecho de copia sólo corresponde al interés de cubrir muy forzosamente los programas de computación bajo la sombrilla de los convenios internacionales pre-existentes en la materia.

En la medida en que los nuevos tratados como el TLCAN, pero de manera más importante el TRIPS que tiene muchos más adherentes, incluyen el compromiso expreso de proteger los programas de computación, aquella forzada pretensión de que "están cubiertos ya" por los tratados anteriores, como el del Berna en particular, pierde relevancia práctica. Pero la nube representada por esa pretensión en los foros internacionales sí tuvo el efecto de cerrar el paso a ponderaciones más profundas durante los años de negociación de los nuevos tratados sobre la pertinencia y características de los compromisos internacionales apropiados para la protección de los programas de computación. La cuestión llegaba a la mesa de negociación como *fait accompli* y no como punto a debate y negociación. Claro que además del argumento legal pretendido de la cobertura por los tratados anteriores; estaba presente con mayor fuerza persuasiva la amenaza muy concreta de las sanciones comerciales por los países industrializados y Estados Unidos en particular. De cualquier manera era menos inelegante que esa amenaza a los intereses comerciales de los países tuviera la envoltura legitimadora de aquella pretensión.

69. Ley Federal de Derechos de Autor, art. 18, inciso f).

70. *Op. át.*, vt. 132.

## 6 La cuestión de los fonogramas

Aunque no es propiamente una cuestión de "derechos de autor" sino de derechos conexos, la protección de los fonogramas ha ido ocupando un lugar cada vez más privilegiado en las negociaciones internacionales sobre propiedad intelectual debido a la magnitud económica de la industria productora.

Se comentaron los Convenios de Roma y de Ginebra que protegen a los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada y otros actos. El debate reciente se ha centrado sobre todo en si deben protegerse con derechos de autor o de copia, en lugar de derechos conexos, a la manera de los Estados Unidos y, a falta de ello, en que su protección no sea subordinada a la de los autores.

Se comentó arriba el rechazo general a la idea de tratar los fonogramas como obras protegidas por derechos de autor o de copia, evidenciado cuando se presentó la primera versión del Posible Protocolo al Convenio de Berna. Pero debe esperarse la recurrencia de este tema.

Para apreciar la tendencia en la protección de los fonogramas, conviene ver la evolución del tema en los diversos tratados internacionales que lo tocan, así como en México.

### 6. a. De la Convención de Roma al TLCAN

Los derechos conexos que prevé para los productores de fonogramas la Convención de Roma, que data de 1961, son los de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas y la **posibilidad** de recibir una remuneración equitativa por la comunicación al público de sus fonogramas, por ejemplo por su radiodifusión; esto último es lo que se conoce como derechos por ejecución pública.<sup>71</sup> La duración mínima contemplada los derechos previstos es de veinte años.<sup>72</sup>

Por otra parte la Convención de Roma desde su primer artículo advierte que la protección que prevé (referida a derechos conexos) no puede afectar los derechos de autor.<sup>73</sup>

El Convenio de Ginebra, que data de 1971, o sea una década posterior a la Convención de Roma, no

incluye la posibilidad de recibir derechos por ejecución pública para los productores de fonogramas y mantiene el mínimo de veinte años para la duración de la protección, pero la amplia considerablemente. Además del compromiso de protegerlos contra la producción de copias de sus fonogramas sin su consentimiento, agrega la protección contra la importación de copias ilícitas con miras a su distribución al público y contra dicha distribución.<sup>74</sup>

Además, a diferencia de la Convención de Roma, la salvedad que contiene este convenio respecto de la protección de los derechos de autor aparece en el artículo 7o. y se mezcla con la relativa a los derechos conexos, de manera que está ausente la precedencia por lo menos formal que para los derechos de autor implica la mencionada convención.<sup>75</sup> Recuérdese que el Convenio de Ginebra surge con motivo de que los Estados Unidos deciden dar a los fonogramas el tratamiento de obras protegidas por el derecho de autor.

El acuerdo TRIPS recoge en esencia los compromisos de la Convención de Roma respecto de los productores de fonogramas y, además, agrega el de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial de sus fonogramas y copias de los mismos al público, conocido como el derecho de alquiler.<sup>76</sup> Aunque no menciona el Convenio de Ginebra, implícitamente recoge las protecciones adicionales previstas en dicho convenio respecto de la importación y distribución de copias ilícitas, al prever procedimientos para asegurar la observancia de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo la suspensión del despacho de aduana y medidas judiciales precautorias.<sup>77</sup>

El **TLCAN**, aunque modelado conforme al acuerdo **TRIPS**, va un poco más lejos al menos en la forma y es más explícito respecto de los derechos protegidos en relación con los fonogramas. A diferencia del acuerdo **TRIPS**, no recoge los compromisos de la Convención de Roma -la cual queda totalmente fuera del **TLCAN**- pero recoge en primer término los del Convenio de Ginebra, mismo que inclusive se menciona antes de la Convención de Berna.<sup>78</sup> Se pormenorizan los derechos respecto de la reproduc-

71. Convención de Roma, arts. 10 y 12, en "Colección Porrúa", p. 96.

72. *Op. cit.*, art. 14, en "Colección Porrúa", p. 97.

73. Reza dicho precepto: "La protección prevista en la presente convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente convención podrán interpretarse en menoscabo de esa protección.", en "Colección Porrúa", p. 92.

74. Convenio de Ginebra, art. 2o., en "Colección Porrúa", p. 131.

75. Reza el inciso I del art. 7o: "No se podrá interpretar en ningún caso el presente convenio de modo que limite o menoscabe la protección concedida a los autores, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión en virtud de las leyes nacionales o de los convenios internacionales", en "Colección Porrúa", p. 133.

76. Art. 14, incisos 2 y 4, en ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, p. 33.

77. Arts. 50 y ss., en ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

78. Art. 1701, inciso 2, subinciso a), en ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, p. 28.

ción, la importación de copias ilícitas y la renta comercial salvo estipulación en contrario entre los autores y el productor del fonograma. Y, además, ahora se adiciona el derecho de autorizar o prohibir **la primera distribución pública** del fonograma y sus copias, el cual no estaba incluido antes en otro tratado internacional.<sup>79</sup>

Ni el TRIPS ni el TLCAN incluyen ninguna salvedad expresa en relación con los derechos de los autores como la que aparece en el primer artículo de la Convención de Roma.

Se observa claramente como en los tratados internacionales mencionados se ha ido ampliando la protección de los fonogramas y se ha ido diluyendo la subordinación de dicha protección a la de los derechos de autor de las obras fijadas en los fonogramas.

### 6. b. Evolución de la protección en México

Desde 1963 México ratificó la Convención de Roma y con tal motivo se expidió la Ley Federal de Derechos de Autor que todavía está en vigor. Sin embargo, de los beneficiarios de la referida convención, dicha ley sólo incorporó los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes y omitió los de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

Sin embargo, al estar vigente para México la Convención de Roma, la interpretación jurídica plausible es que los fonogramas estaban protegidos conforme a la misma.<sup>80</sup>

Igualmente, la ratificación por México del Convenio de Ginebra en 1973 no motivó ninguna incorporación en la legislación nacional de los correspondientes derechos de los productores de fonogramas. En este caso también la interpretación jurídica plausible es que quedaban protegidos de acuerdo al referido convenio.<sup>81</sup>

Fue hasta la reforma de la ley autoral publicada el 17 de julio de 1991 cuando se incorporaron a la legislación nacional los derechos de los productores de fonogramas para autorizar u oponerse a la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, así como a su arrendamiento o cualquier otra forma de explotación, **salvo que se lo hubieran reservado los autores o sus causahabientes**; y, el derecho de oponerse a la distribución o venta de copias ilícitas. La

duración de tales derechos se estableció en cincuenta años desde el final del año de la primera fijación de los sonidos incorporados al fonograma.<sup>82</sup>

Lo que aún dicha reforma no estableció fue el cobro de derechos de ejecución pública por los productores de fonogramas contemplado como posibilidad desde la Convención de Roma en su artículo 12. Pero sí estableció la preferencia de los derechos de autor respecto de los de los productores de fonogramas.<sup>83</sup>

Se recuerda que la reforma se llevó a cabo ya dentro del ambiente de la negociación del TLCAN, ante las fuertes demandas de los Estados Unidos de una protección adecuada contra la piratería de fonogramas.

### 7. La cuestión de la "importación paralela"

Una cuestión de reciente planteamiento en relación con los derechos de autor y los derechos conexos en general se refiere a si los titulares deben tener el derecho de autorizar o prohibir la importación en cualquier país de ejemplares de sus obras o fonogramas protegidos no obstante que dichos ejemplares sean lícitos, es decir, ejemplares producidos con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual respectivos. Se argumenta al efecto que los derechos protegidos tienen naturaleza territorial. También se argumenta que sólo así se puede garantizar a los licenciarios de los derechos la exclusividad de explotación en un territorio.

Esa pretensión ha sido enérgicamente combatida por los partidarios del libre comercio y, también, por los partidarios de la potestad estatal de regular y normar el comercio internacional. Sería un derecho para que los particulares regulen y normen el comercio internacional de bienes.

México no ha aceptado la pretensión y, hasta ahora, ha tenido éxito en mantenerla fuera del TLCAN. Por lo controvertido de la cuestión, el TRIPS tampoco incorporó ese derecho.

La cuestión sigue abierta en el proyecto de Posible Protocolo al Convenio de Berna y en el posible instrumento paralelo sobre derechos conexos.

79. Art. 1706, en ROQUE DÍAZ, José Rodrigo, *op. cit.*, p. 33.

80. Esta es la interpretación en boga con base en el art. 133 constitucional; sin embargo, no hay precedente judicial al respecto.

81. *Idem.*

82. Ley Federal de Derechos de Autor, art. 87bis, en "Colección Porrúa", pp. 30-31.

83. *Op. cit.*, art. 6, en "Colección Porrúa", p. 9.