

COMENTARIOS A LAS REFORMAS A LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Eduardo de la PARRA TRUJILLO*

RESUMEN: El autor expone acerca de las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de julio de 2003. Sus comentarios se enfocan exclusivamente a los cambios en materia de derechos de autor, principalmente por lo que respecta a la inclusión del *droit de suite*, la clarificación del derecho de regalías por comunicación pública, la extensión de la duración del derecho de explotación, el restablecimiento de la jurisdicción concurrente, así como otros aspectos procesales relevantes.

ABSTRACT: The author expounds on the reforms to the Federal Copyright Law published in the Official Federal Gazette of July 23, 2003. The author's commentaries focus exclusively on changes in the copy-rights, principally as regard the inclusion of droit de suite, a clarification of the public communication royalties rights, the extension of the duration of exploitation rights, the re-establishment of concurrent jurisdiction, as well as other relevant procedural aspects.

* Profesor de propiedad intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

El 23 de julio de 2003 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto por el que se reforma la Ley Federal del Derecho de Autor, fruto de más de dos años de negociaciones impulsadas principalmente por las sociedades de gestión colectiva mexicanas.

Resulta interesante que dichas reformas aparezcan en una época en que las políticas públicas en materia de cultura han estado a la deriva, época en que el Ejecutivo federal ha estado a cargo de una persona que ha mostrado poco apoyo, e incluso, un cierto desprecio hacia el sector cultural del país. Esta situación nos puede explicar el por qué la iniciativa de estas reformas provino del Senado, y no del Ejecutivo, constituyendo un esfuerzo netamente parlamentario.

El resultado de estas reformas es un verdadero claroscuro que nos produce sentimientos encontrados, pues si bien algunas disposiciones son muy encomiables y atinadas, otras son en extremo deficientes y criticables. Por tal motivo, dividiremos este comentario legislativo en tres grandes apartados: aciertos, desaciertos y lo que quedó en el tintero. Por cuestiones de espacio, no haremos ningún comentario relativo a los derechos conexos, para poder enfocarnos en lo que, en nuestra opinión, son los cambios más importantes en materia de derechos de autor.

II. ACIERTOS

1. *Jurisdicción concurrente*

Nuestras legislaciones en materia autoral preveían tradicionalmente la jurisdicción concurrente, de forma que cuando se afectasen intereses particulares de orden económico, el actor podía elegir si demandaba ante tribunales federales o ante tribunales locales.¹ No obstante, con la promulgación de la actual Ley Federal del Derecho de Autor en 1996, se suprimió la jurisdicción concurrente y se estableció la jurisdicción federal obligatoria en los siguientes términos:

Artículo 213. Las acciones civiles que se ejerciten en materia de derechos de autor y derechos conexos se fundarán, tramitarán y resolverán conforme

¹ Cfr. el artículo 145 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956.

a lo establecido en esta ley, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles, ante Tribunales Federales.

Tal disposición resultaba a todas luces contraria al artículo 104, fracción I-A, de nuestra Constitución Política, que establece que los tribunales de la federación son competentes para conocer de las controversias civiles en las que se apliquen leyes federales o tratados, pudiendo el actor acudir también a los tribunales del orden común de los estados o del Distrito Federal, en caso de que esas controversias sólo afecten intereses particulares. Así, el artículo 213 de la legislación autoral privaba al demandante de su derecho constitucional de acudir a la justicia local para hacer valer sus derechos de autor o conexos.

No obstante, las reformas en comento vuelven a permitir la jurisdicción concurrente en materia de derechos de autor, modificándose el artículo 213 de la Ley Federal del Derecho de Autor para quedar como sigue:

Artículo 213. Los tribunales federales conocerán de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley, pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales de los Estados y del Distrito Federal.

Las acciones civiles que se ejerciten se fundarán, tramitarán y resolverán conforme a lo establecido en esta ley y en sus reglamentos, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles ante Tribunales Federales y la legislación común ante los tribunales del orden común.

Resulta acertada dicha reforma, ya que subsana la inconstitucionalidad de que adolecía el artículo 213, corrigiendo el Legislador su propio error que cometió en 1996 al suprimir la jurisdicción concurrente.

2. Criterios de reparación del daño

Cuando alguien viola un derecho contemplado en la legislación autoral, evidentemente comete un hecho ilícito, y por tanto, debe indemnizar el daño causado. No obstante, nuestra vigente Ley Federal del Derecho de Autor era omisa en cuanto a los criterios mínimos de reparación; cosa que no era así en la anterior Ley Federal de Derechos de Autor, promulgada en 1956, la cual sí contenía una disposición al respecto, misma que a continuación se transcribe:

Artículo 156. La reparación del daño material en ningún caso será inferior al 40% (cuarenta por ciento) del precio de venta al público de cada ejemplar, multiplicado por el número de ejemplares que se hayan hecho de la reproducción ilegal. Si el número de ejemplares o reproducciones no puede saberse con exactitud, la reparación del daño será fijada por el juez con audiencia de peritos.

Para efectos de la reparación se entiende por daño moral el que ocasionen las violaciones previstas en las fracciones I y II del artículo 138.

El sistema de indemnización de por lo menos 40% del lucro obtenido con los productos piratas fue importado a la Ley de la Propiedad Industrial en sus reformas de 1994, lo cual produjo comentarios muy halagüeños en cuanto a su oportunidad y pertinencia.

Sin embargo, en forma por demás inexplicable, la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996 no contempló una disposición similar ni determinó un porcentaje mínimo para calcular la indemnización por violación de derechos de autor o derechos conexos, situación que puso en serios predicamentos a jueces y litigantes, y que redundó en perjuicio de los intereses de los autores y de las industrias culturales.

Esta situación llevó al Legislador a corregir de nueva cuenta uno de los múltiples errores cometidos con la promulgación de la ley autoral de 1996, por lo que en las reformas que aquí se comentan, se adicionó el artículo 216 bis, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 216 bis. La reparación del daño material y/o moral así como la indemnización por daños y perjuicios por violación a los derechos que confiere esta ley en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por esta ley.

El juez con audiencia de peritos fijará el importe de la reparación del daño o de la indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en que no sea posible su determinación conforme al párrafo anterior.

Para los efectos de este artículo se entiende por daño moral el que ocasione la violación a cualquiera de los derechos contemplados en las fracciones I, II, III, IV y VI del artículo 21 de esta ley.

Como se puede apreciar, el nuevo artículo 216 bis es una versión aumentada del artículo 156 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956. La inclusión de este artículo es otro de los aspectos positivos de las reformas en glosa, pues se colma un vacío legal existente desde la entrada en vigor de nuestra actual legislación autoral.

3. *Definición de daño moral autoral*

El daño moral autoral es el que resulta de la violación a alguna de las facultades del derecho moral consagradas por la legislación en la materia. Esta noción de daño moral autoral estaba contemplada en el artículo 156 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956. Inclusive, esta figura también era reconocida por nuestros tribunales.²

Empero, la definición de daño moral autoral no fue plasmada en la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, sumándose a la enorme lista de omisiones y defectos que caracterizan a este ordenamiento legal. Esa situación llevó a algunos jueces a considerar que sólo era procedente una reclamación de daño moral autoral si se acreditaba un ataque a los afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos de una persona o en la consideración que de la misma tienen los demás, en términos del artículo 1916 del Código Civil Federal; pero no consideraban daño moral la mera violación al derecho moral de autor.

Para evitar interpretaciones de este tipo, el Legislador decidió enmendar su error y definir el daño moral autoral en el último párrafo del artículo 216 bis, en los siguientes términos: “Para los efectos de este artículo se entiende por daño moral el que ocasione la violación a cualquiera de los derechos contemplados en las fracciones I, II, III, IV y VI del artículo 21 de esta ley”, es decir, existe daño moral cuando se viola alguna de las facultades que integran el derecho moral; lo cual es un acierto tanto desde el punto de vista técnico-autoral, como desde el punto de vista de claridad legislativa.

² Cfr. la tesis aislada “DAÑO MORAL. EN LA DETERMINACIÓN DE SU MONTO, TRATÁNDOSE DE DERECHOS DE AUTOR. LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE RESPETAR EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y NO PUEDE REBASAR EL LÍMITE DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES”. Amparo directo 671/93. Editorial Trillas. 2 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: XIII-marzo, p. 339.

4. *Inclusión del droit de suite*

Otro aspecto acertado de las reformas que aquí se comentan es la inclusión en nuestra legislación del *droit de suite*, también conocido como derecho de participación, de seguimiento o de persecución. Este derecho consiste en la facultad irrenunciable que tiene el autor o sus causahabientes de obtener un porcentaje de cada reventa de los soportes materiales donde esté plasmada una obra plástica o fotográfica, así como del manuscrito original de cualquier obra.

La incorporación del *droit de suite* a nuestro derecho autoral le da un aire modernista y de vanguardia a la Ley Federal del Derecho de Autor, pues se trata de una institución con un contenido de evidente justicia social, además de que se inserta en el contexto de internacionalización del mercado del arte.

Al legislar sobre el *droit de suite*, nuestro país ejerce la facultad que le confiere el artículo 14 ter del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, pues la incorporación de este derecho de participación o seguimiento es optativa, no obligatoria para los miembros de la Unión de Berna.

En este sentido, es importante señalar que dada la importancia del *droit de suite*, la Unión Europea emitió una directiva³ con el objeto de hacer obligatoria la regulación de este derecho en todos sus Estados miembros y armonizar el contenido de cada una de esas legislaciones nacionales.

Un aspecto interesante respecto de esa directiva y de la inclusión del *droit de suite* en nuestra Ley Federal del Derecho de Autor, es que en virtud de la cláusula de reciprocidad contenida en el artículo 7o. de dicha normativa comunitaria, los autores mexicanos podrán ahora beneficiarse económicamente de las reventas de sus obras que se hagan en la Unión Europea, lugar donde se concentran muchos de los más importantes mercados de arte en el mundo. Para tales fines podrán también invocar el artículo 14 ter 2 del Convenio de Berna.

³ “Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original”. Esta directiva fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 13 de octubre de 2001.

Este derecho es una de las verdaderas innovaciones de esta reforma a nuestra ley autoral, pues la mayoría de los aciertos de la reforma se limitan a reincorporar derechos que ya existían en la ley anterior y fueron suprimidos al publicarse la ley vigente, o a clarificar algunas disposiciones de la misma. Los beneficios de la adopción del *droit de suite* en nuestro país saltan a la vista, en especial por lo que se refiere a las percepciones que se generarán a favor de los autores mexicanos en el mercado internacional del arte. No obstante, creemos que la duración que el nuevo artículo 92 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor concede al *droit de suite* es excesiva, pues estará vigente toda la vida del autor más 100 años *post mortem auctoris*. En cambio, en la Unión Europea la duración es la vida del autor y 70 años *post mortem auctoris*.

Asimismo, resulta poco afortunado que se haya conferido al Instituto Nacional del Derecho de Autor la facultad de determinar el porcentaje de participación que corresponde al autor o a sus causahabientes, pues esto viola el Convenio de Berna que señala que la participación deberá señalarse en la ley.

5. *Clarificación del derecho de regalías por comunicación pública*

La Ley Federal de Derechos de Autor de 1956 contemplaba en su artículo 79 el derecho, tanto de autores como de artistas intérpretes o ejecutantes, de percibir unas regalías cuando su obra se comunicara al público con fines de lucro directo o indirecto, es decir, recibir un porcentaje de las ganancias del usuario por la comunicación pública de la obra.

Sin embargo, el Legislador de 1996 al redactar la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, no incluyó un artículo similar al 79 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.

Ante la mala técnica legislativa con la que se reguló el derecho de regalías en la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, el propio Legislador decidió enmendar su error y redactar el derecho de regalías en forma más diáfana, como se puede observar en el texto del “Dictamen que aprueba el Decreto por el que se Reforman y Adicionan diversos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor”, formulado por la Cámara de Senadores, como se puede apreciar a continuación:

Por consiguiente, las comisiones dictaminadoras juzgaron necesario adicionar el artículo 26 bis a la Iniciativa presentada, que reconozca expresamente el derecho de los autores a percibir una regalía por la comunicación pública de su obra, directamente del usuario de dichas obras. Si bien es cierto que todos los Convenios Internacionales en la materia reconocen ese derecho, no se contempla con tal precisión en la ley vigente y, de no hacerse, podría llegarse al absurdo de pensar que únicamente los artistas intérpretes o ejecutantes tienen tal derecho y no así los autores.

Como se puede apreciar, el propio Legislador reconoce que el derecho de regalías sí se encontraba regulado en la ley de 1996, aunque el mismo acepta que le faltó precisión, y que esta falta de precisión podría llevar a los jueces a creer absurdamente que el derecho de regalías no estaba contemplado por la legislación a favor de los autores. Esta situación llevó a que se buscara incorporar el artículo 26 bis en la Ley Federal del Derecho de Autor, en los siguientes términos:

Artículo 26 bis. El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio. El derecho del autor es irrenunciable. Esta regalía será pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras a la sociedad de gestión colectiva que los represente, con sujeción a lo previsto por los artículos 200 y 202, fracciones V y VI de la ley.

El importe de las regalías deberá convenirse directamente entre la Sociedad de Gestión Colectiva que corresponda y las personas que realicen la comunicación o transmisión pública de las obras en términos del artículo 27, fracciones II y III de esta ley. A falta de convenio el Instituto deberá establecer una tarifa conforme al procedimiento previsto en el artículo 212 de esta ley.

Este artículo fue de los que más polémica causó, generando un debate un tanto ocioso en el que se argumentaba que dicho numeral violaba la

libertad de asociación de los autores, obligándolos a incorporarse a una sociedad de gestión colectiva e impidiéndoles cobrar por sí mismos sus regalías. En realidad, dicho artículo 26 bis tal como lo acabamos de transcribir, no violaba la libertad de asociación; en primer lugar, porque en ninguna parte de su texto se decía que era obligatorio incorporarse a una sociedad de gestión colectiva, y porque no se modificaba el contenido del artículo 195 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que en lo conducente afirma tajantemente: “Las personas legitimadas para formar parte de una sociedad de gestión colectiva podrán optar libremente entre afiliarse a ella o no”.

En segundo lugar, el propio texto del artículo 26 bis indicaba que las sociedades de gestión colectiva sólo podrían recaudar regalías en los términos de las fracciones V y VI del artículo 202 de la propia ley. Dicho artículo 202 contempla las finalidades de las sociedades de gestión colectiva, y la fracción V señala como una de ellas: “Recaudar para sus miembros las regalías provenientes de los derechos de autor o derechos conexos que les correspondan, y entregárselos previa deducción de los gastos de administración de la sociedad, *siempre que exista mandato expreso*” (énfasis añadido); es decir, una sociedad de gestión colectiva únicamente podrá recaudar las regalías por comunicación pública previstas en el artículo 26 bis, cuando el autor le haya otorgado poder expreso para ello. De esta forma, el propio artículo 26 bis contenía esa salvaguarda para no violar la libertad de asociación y atar de manos a las sociedades de gestión para recaudar las regalías de los autores que no les hubieren conferido representación. Si bien esa simple remisión que hacía el artículo 26 bis al artículo 202, era suficiente para concluir que el primero no violaba la libertad de asociación, una interpretación armónica de diversos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor reforzaban esa conclusión; en particular, cabe señalar el segundo párrafo del artículo 195, mismo que reza: “Las sociedades de gestión colectiva no podrán intervenir en el cobro de regalías cuando los socios elijan ejercer sus derechos en forma individual respecto de cualquier utilización de su obra o bien hayan pactado mecanismos directos para dicho cobro”.

Sin embargo, las críticas sobre la supuesta violación que a la libertad de asociación causaba el artículo 26 bis, llevaron a que en la Cámara de Diputados se modificara el texto original de dicho artículo redactado por los senadores, para señalarse expresamente que las regalías deben

pagarse directamente al autor o, en su caso, a la sociedad de gestión colectiva que los represente, y que el monto de las mismas deberá pactarse directamente con el autor o con la sociedad de gestión en caso de que se haya otorgado poder a favor de ésta. Si bien esta adición mejora y clarifica el enunciado normativo, no altera la norma jurídica en sí, pues la interpretación de tal precepto, con o sin esta modificación, da el mismo resultado jurídico, quedando salvaguardada la libertad de asociación. En este sentido, estimamos positiva esta adición clarificadora; lo que consideramos negativo fue el demagógico debate que llevó a esa modificación del texto, controversia que estuvo a punto de impedir que se aprobaran las reformas en su totalidad. Resulta triste que el debate parlamentario (y también el debate en los medios) se haya centrado en esta nimiedad, soslayando otros aspectos más trascendentales y preocupantes de las reformas, como el aumento en la duración de los derechos de explotación, tema delicado al que nos referiremos más adelante.

6. *Referencias expresas a las obras fotográficas*

Se realizaron una serie de modificaciones para dejar claro la aplicabilidad de ciertas normas respecto de obras fotográficas, en especial para señalar que los autores de este tipo de obras gozan del *droit de suite*.

III. DESACIERTOS

1. *Aumento del plazo de duración del derecho pecuniario*

De acuerdo con el texto original de la Ley Federal del Derecho de Autor, la duración del derecho pecuniario de autor (mejor conocido como derecho patrimonial) era de toda la vida del autor y hasta 75 años *post mortem auctoris*. Sin embargo, las reformas que aquí se comentan aumentan a 100 el número de años *post mortem auctoris*.

Consideramos que tal modificación es negativa, pues se debilita la figura del dominio público, institución de gran importancia. En efecto, los países consideran que es beneficioso que las obras pasen al dominio público, ya que los derechos de exclusividad de la obra deben desaparecer una vez que han cumplido su función de estimular al autor para

crear y proporcionarle un sustento económico. Nuestra Constitución Política exige la existencia del dominio público, pues expresamente señala en su artículo 28 que los privilegios otorgados a los autores para la producción de sus obras deben ser temporalmente limitados.

Creemos que el término de 100 años *post mortem auctoris* es excesivo, ya que la razón por la que el derecho pecuniario se prolonga después de la muerte del autor es para asegurar ingresos económicos a sus siguientes dos generaciones de sucesores; y los 100 años, desde luego, exceden las dos generaciones, favoreciendo a una tercera generación de sucesores que probablemente nunca conoció al autor. Además, el hecho de que una tercera generación adquiera derechos de autor sobre una obra que no creó y de la que fue autor una persona a la que nunca conocieron, parece ser un contrasentido con las finalidades de la Ley Federal del Derecho de Autor: premiar a las personas que han hecho alguna creación original y fomentar la abundancia de cultura y el acceso a la misma. Los principales beneficiados con esta ampliación del plazo son, en el mejor de los casos, personas cuyo único mérito es ser descendientes de un autor respecto del que nunca tuvieron una relación afectiva.

En contraste, se perjudica a la comunidad en general, pues se encarecen las obras durante un plazo adicional de 25 años, menoscabando el derecho de acceso a la cultura sin ninguna causa que lo justifique. Asimismo, se afecta la creación de nuevas obras, pues el dominio público nutre a los nuevos autores.

En la amplia mayoría de los países del mundo la duración del derecho pecuniario es de 50 años *post mortem auctoris*, que por cierto es el mínimo exigido por el Convenio de Berna. En la Unión Europea, después de mucho estudio, se llegó a la conclusión de que un plazo justo de protección son 70 años *post mortem auctoris*,⁴ aunque dicho sea de paso, en los considerandos de la directiva en la materia se señala que es un término que otorga “un nivel de protección elevado”. Los mismos 70 años *post mortem auctoris* se aplican en los Estados Unidos de América.⁵

Como se puede apreciar, antes de las reformas, México se encontraba dentro de los países con mayor plazo de protección, con 75 años *post*

4 Cfr. “Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines”, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 24 de noviembre de 1993.

5 Otros países que comparten el término de 70 años son Brasil y Perú, mientras que Colombia y Guinea señalan 80 años. Por debajo del umbral de los 70 años, está Venezuela con 60 años.

mortem auctoris; pero ahora, de un plumazo, México se ha convertido en el país del mundo con mayor duración del derecho pecuniario, superando incluso el exagerado término de 99 años *post mortem auctoris* del pequeño país africano, Costa de Marfil.

Así, el actual término de protección en nuestro país duplica la media mundial de 50 años *post mortem auctoris*, y supera por 30 años el término de los Estados Unidos de América y de los países comunitarios de Europa. Fácilmente se puede apreciar que México queda fuera del contexto internacional en cuanto al tiempo de vigencia del derecho pecuniario.

Lo anterior genera consecuencias muy negativas. En primer lugar, aunque las obras mexicanas tengan 100 años *post mortem auctoris*, quedarán desprotegidas en el resto del mundo donde se contemplan plazos substancialmente menores, así que no se puede concluir que la extensión del término en nuestro país beneficia los intereses de los creadores de cultura mexicanos. En segundo lugar, las obras extranjeras, aunque en el resto del mundo estén en el dominio público, seguirán protegidas en México por muchos años más, lo cual se traduce en un encarecimiento de los bienes y servicios culturales en nuestro país, pues la continuación del monopolio de explotación de las obras implica que los usuarios deberán seguir pagando derechos de autor al respectivo titular. Esto es un golpe bajo al acceso a la cultura, pues disfrutar de las mismas obras será más caro en México que en el resto de los países del mundo, cosa que se agrava tomando en cuenta la situación económica de los mexicanos y la necesidad de mejorar la cultura de los habitantes de nuestro país.

Cuando en los Estados Unidos de América se aumentó el término de protección de 50 a 70 años *post mortem auctoris*,⁶ se causó un gran revuelo y se suscitó un intenso debate. Pero la extensión del término en nuestro país no fue objeto del menor debate entre legisladores ni en los medios de comunicación, parece ser que nadie se percató del alcance de esta reforma; en cambio, la crítica a las reformas se centró en cuestiones baladíes, como la inclusión del artículo 26 bis.

⁶ Esto se realizó a través de la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 7 octubre de 1998. El principal interesado en la ampliación del plazo era la *Walt Disney Co.*, pues los derechos de autor sobre el personaje *Mickey Mouse* hubieran caído al dominio público en 2004, pero con la extensión de 20 años, será hasta el 2024 cuando este ratón pueda ser libremente usado por cualquier persona.

La única razón que esgrimieron los legisladores, fue que “el llamado ‘Catálogo de Oro’ de la música mexicana está a punto de pasar al dominio público”, y que el plazo de 75 años *post mortem auctoris* resultaba “insuficiente por el gran volumen de obras que podrían quedar desprotegidas”.⁷ Es decir, se buscó evitar que el “Catálogo de Oro” musical cayera en el dominio público, ese fue el motivo de la reforma, la cual desde luego no beneficia a los autores de las canciones de ese catálogo, ni a sus sucesores más cercanos, ni mucho menos al público general y su interés de acceso a la cultura, sino más bien parece beneficiar a la Sociedad de Autores y Compositores de Música.

Por otra parte, ningún artículo transitorio señala qué sucederá con las obras que a la fecha de entrada en vigor de las reformas ya estaban en el dominio público, pero que ahora quedan dentro del término de 100 años *post mortem auctoris*. ¿Habrá restablecimiento del derecho pecuniario? ¿Las obras seguirían en dominio público debido a la prohibición de irretroactividad de las leyes? ¿Cada gobernado tiene ya un derecho adquirido de explotar las obras que entraron al dominio público, de forma que regresar esa obra al dominio privado sería violatorio de garantías?

2. *Confusión entre la facultad de integridad y la de transformación*

Quizá este sea el rubro en donde más se evidencia que en las reformas no intervinieron juristas versados en derecho autoral, pues se confunde y mezcla el derecho moral con el derecho pecuniario, como se aprecia en la nueva redacción del artículo 78, el cual se transcribe a continuación:

Artículo 78. Las obras 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.

El texto original de este artículo regulaba el ejercicio de la facultad de transformación, que es una de las facultades del derecho pecuniario,

7 Cfr. el ya citado Dictamen de la Cámara de Senadores.

por virtud de la cual una obra derivada (aquella obra basada en otra obra 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.

Sin embargo, ahora se exige, además, la autorización del titular del derecho moral para explotar una obra derivada. Parece ser que los senadores se confundieron al ser legos en derecho autoral, y pensaron que la creación de una obra derivada violaba la facultad de integridad, propia del derecho moral.⁸ Sin embargo las cosas no son así.

La violación a la facultad de integridad se presenta cuando se modifica, mutila o destruye una obra, en este caso la obra primigenia u originaria, atentándose así contra los intereses morales de los autores. Sin embargo, la transformación de obras en términos del artículo 78 no implica la modificación de la obra primigenia, sino la creación de una obra nueva que se llama obra derivada, pero queda intocada la obra primigenia. No se modifica la obra originaria, sino que con base en ésta se crea una nueva obra.

Hasta donde tenemos conocimiento, en ningún país del mundo se condiciona el ejercicio de la facultad de transformación a una autorización del titular del derecho moral, pues son cuestiones diferentes.⁹

Sin embargo, la autorización del titular del derecho moral sólo será necesaria cuando se mutile o modifique la obra primigenia, y toda vez que la creación de las obras derivadas contempladas en el artículo 78 no implica un ataque a la integridad de la obra primigenia, sino una nueva creación; en la vida práctica nunca se requerirá la autorización del autor para la creación de obras derivadas por parte de otras personas.

⁸ El multicitado dictamen señala: "Acertadamente las sociedades de gestión colectiva opinaron que el texto vigente del artículo 78 de la ley, es contrario al citado Convenio de Berna, en virtud de que viola los derechos morales de los autores, pues confiere a un tercero la posibilidad de autorizar modificaciones a una obra, cuando este derecho corresponde exclusivamente al autor".

⁹ Sobre este particular señala magistralmente la doctora Lipszyc: "El derecho moral al respeto de la integridad de la obra es diferente al derecho de transformación-adaptación, compendio, etcétera, que forma parte del derecho patrimonial y constituye uno de los modos normales de explotar una obra", y luego añade: "Las transformaciones dejan la obra original inalterada en su individualidad primigenia y coexisten con ésta y entre sí, pues el derecho al respeto protege la integridad de la obra en su expresión originaria que sólo el autor puede modificar". Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO-CERLALC-ZAVALÍA, 1993, p. 159.

Así, este nuevo enunciado normativo no modificará la situación jurídica existente, siempre y cuando se interprete correctamente.

Empero, existe el riesgo de que el nuevo texto sea interpretado en forma incorrecta por los jueces, y se llegue a exigir la autorización del titular del derecho moral cada vez que se genere una obra derivada, lo cual traería severas consecuencias en la creación de nuevas obras y entorpecería mucho la comercialización de las mismas. Ese es el grave riesgo de esta desafortunada reforma.

IV. LO QUE QUEDÓ EN EL TINTERO

1. *Dominio público pagante*

No conforme con aumentar excesivamente el tiempo de duración del derecho pecuniario, la iniciativa de reformas contemplaba la reinstauración en México del dominio público pagante, por virtud del cual la utilización de obras generaría una obligación de pago en dinero aunque las mismas hubieran caído en el dominio público. No obstante, durante el debate parlamentario del 29 de abril de 2003, la Cámara de Diputados decidió votar en contra de la inclusión del dominio público pagante.

Esto fue un acierto, pues el dominio público pagante dificulta el acceso a la cultura por ser una carga económica adicional, misma que no se justifica, pues sólo favorece los bolsillos de personas que no crearon las obras explotadas.

2. *Remuneración por copia privada*

Si bien fue un acierto no aprobar el dominio público pagante, no se puede decir lo mismo de la no aprobación de la remuneración por copia privada. Esta figura, de gran importancia en países como Francia, Alemania y España, consiste en gravar los mecanismos y soportes materiales necesarios para hacer copias sin fines de lucro para uso privado.

La copia privada es un límite legítimo al derecho pecuniario, y está permitida por nuestra ley; empero, estas copias aunque son lícitas causan una importante pérdida económica a los titulares de derechos de autor, por lo que se propuso este canon conocido como remuneración por copia privada que ha tenido resultados muy positivos en otros lares, pues es

un instrumento que ha servido para paliar los efectos que trae la facilidad con la que actualmente se puede realizar copias de obras protegidas.

Además, en virtud de su limitado alcance a copias para uso individual y privado (uso lícito), no puede pensarse que legitima la piratería, pues las copias piratas se hacen en cantidades industriales y con fines de lucro (uso ilícito). Y es que no debe confundirse la copia privada (la cual está permitida y es un límite al derecho pecuniario), con la copia pirata (la cual está prohibida y es una violación al derecho pecuniario). La remuneración por copia privada no se extiende a las copias piratas ni las legaliza, pues estas copias no son para uso personal y privado del copista, ni son realizadas sin fines de lucro.

Esperemos que en un futuro nuestros legisladores recapaciten e incorporen esta institución a nuestra legislación autoral.