

¿Contraposición o simbiosis?

Los sistemas de derechos de autor y *copyright* hoy

(Segunda y última parte)

Reynaldo Urutiaga Escobar*

*En la primera parte vimos que ambos regímenes confieren derechos exclusivos a autores o titulares de derechos de autor y *copyright*. Ahora analizaremos el contenido de dichas prerrogativas en países pertenecientes a cada sistema, a la luz de sus ordenamientos vigentes, con el propósito de facilitar su comparación.*

C. Contenido

Derechos económicos

En Francia, los derechos de explotación reconocidos se clasifican en tres amplias categorías: de adaptación, de reproducción y de representación; estos dos últimos comprenden cualquier explotación de la obra en forma material e inmaterial, respectivamente.

En México, las facultades de índole patrimonial que el titular de derechos de autor puede autorizar o prohibir son: la reproducción, la comunicación pública, la transmisión pública o radiodifusión, la distribución, la importación de copias no autorizadas, la divulgación de obras derivadas y, en general, cualquier utilización pública, salvo los casos permitidos por la ley.

El Reino Unido, por su parte, señala como *actos restringidos*: la reproducción (*copying*), la expedición de copias al público, el derecho de hacer adaptaciones a la obra, el de controlar la renta y préstamo al público, la ejecución pública por cualquier modo de presentación acústica o visual, así como la radiodifusión y transmisión por cable.

La legislación de Estados Unidos, finalmente, dispone como *derechos exclusivos para hacer y autorizar*: el de reproducción, distribución, adaptación,

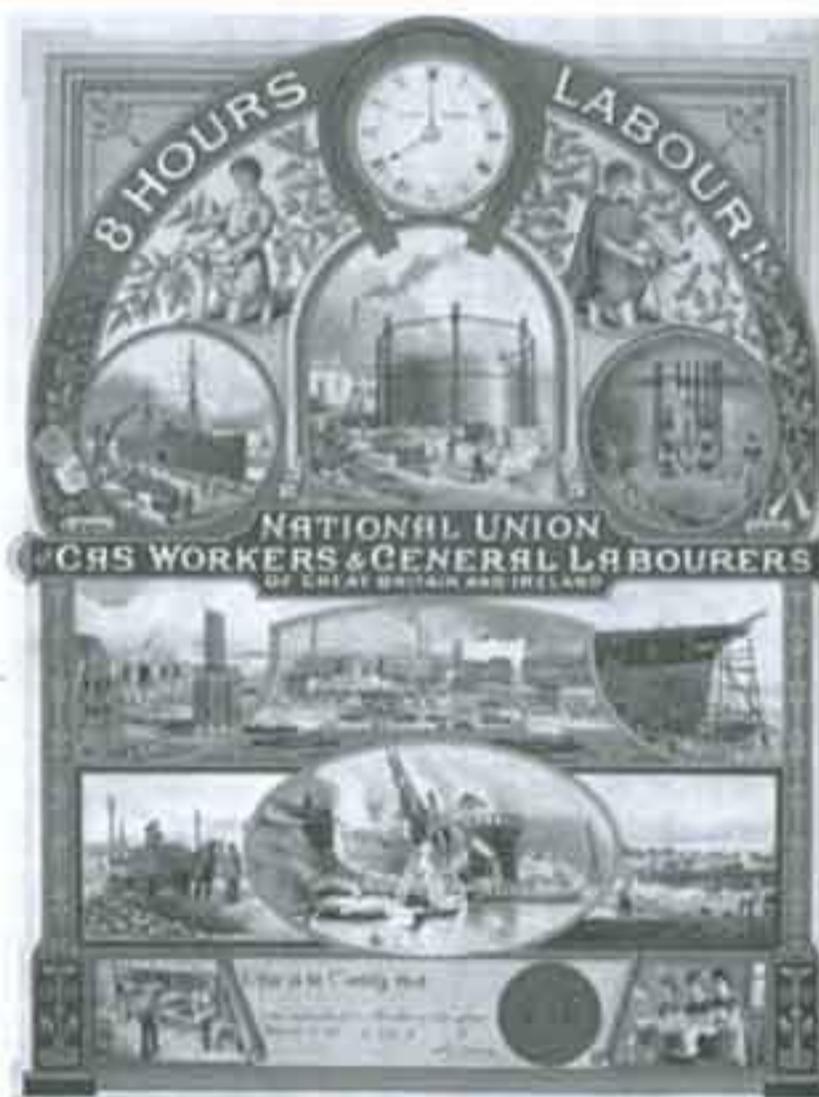
ejecución pública, así como el de exhibición pública.

Conclusión

De lo anterior puede observarse que existen varios derechos reconocidos en común por los distintos países, como el de reproducción, distribución, adaptación, y el de ejecución o comunicación pública.¹

Sin importar a qué tipo de legislación autoral pertenecen estos países, los derechos económicos son los mismos, a pesar de que en Francia el de reproducción incluía un "derecho de destinación"² —que comprende la distribución y la renta—, y que su derecho de representación sea tan amplio que abarque cualquier comunicación pública de la obra, transmisión vía satelital o digital e incluso el acceso remoto a obras protegidas. Tampoco es óbice el hecho de que México diferencie el derecho de comunicación pública del de transmisión pública, ni que el Reino Unido regule en forma separada el derecho de controlar las transmisiones radiodifundidas o por cable del de ejecución pública, de la misma forma que Estados Unidos complementa el de ejecución pública con uno de exhibición pública aplicable a obras artísticas.

La realidad es que, como quiera que les llamen, los derechos



Certificado de socio de la Unión de Trabajadores del gas y de los obreros en general de Gran Bretaña e Irlanda (1888).

* Abogado consultor, LL.M. por la London School of Economics & Political Science, R.Urutiaga@lse.ac.uk

¹ Esta concurrencia de derechos va más allá incluso que el Convenio de Berna, el cual únicamente reconoce los de reproducción, adaptación y comunicación pública. Finalmente, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) puso fin al debate de si el derecho de distribución debe ser reconocido en forma separada del de reproducción (como en el caso de Francia); reconociéndole autonomía en su artículo 6, lo mismo que al de renta en el artículo 7.

² Entendido como la facultad de determinar a quién pueden dirigirse las copias de la obra.



Cartel francés realizado por Koloman Moser, *Frommes Kalender*, 1898.

económicos reconocidos por cada uno de dichos países comprenden los mismos actos y confieren en términos generales igual protección.⁵

De hecho, y como muestra de la irrelevancia de la clasificación *copyright-droit d'auteur* en este apartado, como puede observarse, el catálogo de derechos contenidos en la legislación mexicana se asemeja más al de las legislaciones estadounidense o inglesa que al de la propia francesa.

Derechos morales

Quizá el mito más grande en torno a la división *droit d'auteur-copyright* tiene que ver con los derechos morales;⁶ en México, incluso se ha llegado a afirmar que éstos no se reconocen o existen en los países de tradición jurídica anglosajona.

Francia es, sin duda, el país que reconoce la protección más extensa a los intereses personales de autores de obras, pues les confiere el derecho de divulgación, el de reconocimiento al nombre y estatus de autor, el de exigir respeto por la obra⁷ y el de retracto. Dichos derechos tienen, *en principio*, el carácter de perpetuos,

inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

México, siguiendo los pasos de Francia, reconoce como derechos morales: el de divulgación, el de paternidad, el de integridad y el de retracto. De igual forma, se dispone que los mismos son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.

El Reino Unido fue el primer país del sistema de derecho consuetudinario, o *common law*, en reconocer, con su legislación de 1988 (vigente), derechos morales, que son los siguientes: el de ser identificado como autor,⁸ el de objetar la falsa atribución de autoría y el de objetar el *trato que ocasione detrimento* de la obra.⁹

Aunque los derechos de divulgación y de retracto no son reconocidos en su cuerpo normativo, existe la posibilidad de hacerlos valer por vía del contrato, y el cumplimiento de dichas provisiones puede ser compelido judicialmente.

Los derechos morales reconocidos no son transferibles, aunque si en algún momento el autor otorga su consentimiento sobre determinado acto por el que posteriormente alega una violación, operará un impedimento para hacerlos valer. Contrario a lo que ocurre en Francia o en México, en el Reino Unido existe la posibilidad de renunciar por escrito al ejercicio de derechos morales, y éstos están sujetos a una temporalidad de 70 años posteriores a la muerte del autor.

Estados Unidos, contra lo que se piensa, tiene mecanismos para hacer valer derechos morales. Por lo que hace al de atribución de autoría, es posible utilizar la vía del contrato; la falsa atribución se acciona por medio de un ordenamiento contra la competencia desleal¹⁰ o incluso difamación, y en el caso de publicación sin autorización, ésta puede considerarse como una invasión a la privacidad.¹¹

Con respecto al derecho de integridad, en *Gilliam vs. American Broadcasting* (1976) la corte sancionó la supresión sin autorización de 24 minutos de los 90 con que contaba un programa de televisión sobre el que se había adquirido el *copyright*.¹² Después de serle in-

⁵Aunque desde luego existen particularidades respecto de cada país; por ejemplo, Francia comprende, como variante del derecho de reproducción, un derecho para compensar a autores de obras musicales por la disminución de copia vendida cuando el público hace un uso de ellas distinto del estrictamente personal; México discrecionalmente reconoce derechos en actos como la divulgación de obras derivadas; en el Reino Unido existe una división entre un derecho de reproducción "grueso", reservado para obras autotales (creaciones literarias y artísticas), y uno "delgado", atribuible a producciones no originales, como fonogramas, transmisiones por cable y vía satélite; Estados Unidos, por su parte, confiere un derecho de ejecución pública sobre fonogramas limitado a transmisiones de audio digitales.

⁶ Generalmente entendidos como aquellos derechos reconocidos en favor del autor de una obra para la protección de sus intereses personales (en oposición a económicos), como el respeto a la concepción, finalidad e integridad de la obra, y a su prestigio como autor.

⁷La abundante jurisprudencia francesa ha reconocido a este derecho un alcance tan amplio para cubrir no sólo alteraciones a la obra sino el uso de la misma en contextos ofensivos, que confundan sus fines o esencia, así como en otras circunstancias que demeriten o desnaturalicen la obra, como sucedió en un caso en que se sancionó el uso sin autorización de una obra musical inspirada en temas religiosos dentro de la banda sonora de una obra audiovisual con fines publicitarios.

⁸Para ser legalmente exigible, este derecho tiene que hacerse valer por medio de una declaración por parte del autor inserta en la obra o en instrumento por separado (licencia, cesión), así como por la ostentación del nombre o firma del autor en el caso de obras artísticas destinadas a exposición. Existen excepciones a este derecho: en el caso de programas de cómputo, obras hechas bajo relación laboral, publicaciones en periódicos, revistas, enciclopedias, diccionarios y otras obras colectivas de referencia, entre otras.

⁹Se refiere a una adición, supresión o alteración a la obra en forma que distorsione, inutilice o sea en otra forma perjudicial al honor o reputación del autor. El juez decide, aumentando el papel de una "persona razonable" sobre la objetividad de la reclamación. Este derecho puede utilizarse para prevenir la destrucción de una obra y presumiblemente un cambio de contexto. Excepciones al derecho: programas de cómputo, publicación en periódicos, revistas, enciclopedias, diccionarios, obras hechas bajo relación laboral, entre otras.

¹⁰Conocida como Lanham Act, en su sección 43(a).

¹¹Véase Erick J. Schwartz, *Nimmer and Geller on Copyright*, Matthew Bender, EU, 2000.

¹²La cadena de televisión demandada había recortado el programa al considerar que algunas partes de la serie cómica británica *Monty Python*, propiedad del demandante, no eran aptas o comprensibles para el público estadounidense.



Diego Rivera respecto a la destrucción de su obra comisionada para el Centro Rockefeller de Nueva York ha sido muy socorrido para ilustrar la

falta de protección de derechos morales en Estados Unidos. Cabe decir que con la introducción de la Visual Artists Rights Act, las cosas el día de hoy serían muy distintas si consideramos que dicha ley contempla el derecho de prevenir la destrucción de "obras de reconocida talla",

misma disposición que fue ya puesta a prueba en *Martin vs. City of Indianapolis* (1997).¹¹ Es importante también notar que el hecho de que la pintura hubiera sido comisionada no prevendría la aplicación de la ley a causa de alguna de sus excepciones.¹²

Finalmente, en cuanto al derecho de divulgación, aunque no está reconocido, en un caso la Suprema Corte condenó sobre la base del "derecho a la primera publicación", la divulgación en la prensa (sin autorización) de extractos de las memorias del expresidente Ford, con anterioridad a su legítima publicación por la editorial que había adquirido los derechos.¹³

Conclusión

La protección de derechos morales de autores no es ajena a los países de tradición anglosajona.¹⁴

Es pertinente señalar que el Convenio de Berna sólo obliga a los países a reconocer los derechos de paternidad e integridad. Aunque a primera vista parece que la protección conferida en países del sistema *droit d'auteur* es considerablemente mayor que la del *copyright*, el efecto en la práctica amortiza las diferencias. Así, en el caso del derecho de integridad,

por ejemplo, el hecho de que Inglaterra contenga excepciones para su aplicación por considerarla demasiado onerosa,¹⁵ no difiere en la práctica de lo que ocurre en Francia, en donde dicha circunstancia hace en ocasiones nugatorio el ejercicio del derecho, o se establecen limitaciones expresas (programas de cómputo), o bien se recurre a figuras como la obra colectiva para restringir su aplicación.¹⁷ Lo que es más, la jurisprudencia francesa se ha encargado de controlar el ejercicio abusivo, por parte de autores, de derechos como los de divulgación, paternidad e integridad.¹⁸

Otro ejemplo lo constituye el derecho de retracto, que, a pesar de estar reconocido en México o

¹¹ Erick J. Schwartz, *op. cit.*, p.115.

¹² En este caso, la corte falló contra la ciudad de Indianápolis por haber destruido, aunque no hubiera sido de mala fe, la escultura de un artista conocido, y la condenó a pagar el monto máximo fijado en la ley por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.

¹³ La Visual Artists Rights Act no abarca las llamadas *works made for hire*, que se refieren, en primer lugar, a cualquier tipo de obra que haya sido hecha bajo relación laboral y, en segundo, a una de las nueve obras que figuran en el catálogo (obra colectiva, audiovisual, traducción, compilación, obra suplementaria, manual, examen, material de examen y atlas) cuya elaboración fue comisionada y en la cual las partes accedieron por escrito a considerar la titularidad de derechos en favor del comitente.

¹⁴ *Harper & Row, Publishers, Inc. vs. Nation Enters* (1985).

¹⁵ Australia recientemente promulgó legislación que reconoce derechos morales, siguiendo el esquema británico. En Estados Unidos, hay estudios que, desde el punto económico incluso, apoyan la existencia de derechos morales. Lo que sucede simplemente es que los países de tradición anglosajona consideran que el ejercicio irrestricto de derechos como el de divulgación e integridad pueden poner en peligro o dificultar la explotación de la obra y, con ello, ocasionar la pérdida de las inversiones realizadas.

¹⁶ *Supra* 6.

¹⁷ Véase *infra* nota 27.

¹⁸ Como ocurrió en *Estado de Gabón vs. Antena 2* (1987), donde la Corte de Casación consideró que el derecho moral de un autor no preexiste a la obra y, por tanto, es posible limitar contractualmente *a priori* su creatividad artística y aceptar los imperativos de determinado tipo de industria, como la publicitaria. De igual forma, las cortes han sido reacias a aceptar la reclamación de un autor que previamente autorizó las modificaciones a su obra. Esto equivale al consentimiento (*consensus*) o renuncia por escrito del sistema anglosajón.

vocada la teoría de los derechos morales, el juez concurrió con la pretensión del actor de considerar la conducta de mutilación de la obra acompañada con la identificación del autor como una violación a la Lanham Act, que sanciona actos de falsa representación. También existe la posibilidad de utilizar el derecho económico de adaptación contra la mutilación de una obra autoral, aunque no contra su destrucción.¹¹

Adicionalmente, existe un régimen especial aplicable a autores de obras artísticas (ejemplares únicos o en edición limitada hasta 200 copias de pinturas, dibujos, fotografías, grabados o esculturas) introducido en la legislación federal, mediante la Visual Artists Rights Act de 1990. Dicha ley confiere expresamente los derechos de *atribución de autoría* e *integridad* en favor de artistas plásticos. Estos derechos son vitalicios e intransferibles, pero cabe su renuncia por escrito siempre y cuando sea específica en cuanto a la obra y el tipo de uso.

A propósito del derecho de integridad en obras artísticas, el ejemplo del pintor mexicano



Foto: Gabriela Ramírez Esquerro.

Francia, no se aplica por la dificultad que implica para el autor indemnizar al comercializador de la obra, una vez autorizada su reproducción. De igual forma, la perpetuidad de derechos morales, cuyo ejercicio por parte de herederos ha sido limitado en eficacia por las cortes francesas, en la práctica equivale a la duración de derechos morales hasta la muerte del autor (EU) o al término de los derechos económicos (Inglaterra).¹⁹

D. Áreas concurrentes y divergentes

Las siguientes son áreas de la materia autoral en las que es posible identificar posturas pertenecientes a uno u otro país que concurren o se contraponen con las de otros:

1. Originalidad

Este principio es el bastión del sistema de protección autoral, de igual forma que lo es la novedad en las patentes o la distintividad en las marcas. Sin embargo, dicho concepto ha sido definido de distintas maneras,²⁰ lo cual ha originado dos corrientes: una estricta, que sostiene que la contribución de "creatividad" o talento del autor debe ser significativa para conferirle protección a su obra, y otra menos rígida que, para el mismo fin, postula como suficiente para ser acreedor a protección

un "esfuerzo, destreza o ejercicio de juicio" por mínimo que sea, siempre que no resulte ser una copia de otro.

Francia es el representante de la primera corriente y el Reino Unido de la segunda. En cuanto a México, la jurisprudencia no ha definido qué postura adopta; mientras que Estados Unidos, que fue largamente identificado con la segunda postura, en una histórica decisión la Corte Suprema se decidió por la primera, al establecer que, de acuerdo con su Constitución, debe existir un mínimo de "creatividad" y no mero esfuerzo producto del "sudor de la frente" para que una obra pueda ser protegida por el *copyright*.²¹

El punto de encuentro de estas dos posturas aparentemente irreconciliables ha sido la introducción de un régimen aplicable a "producciones no originales" valiosas desde el punto de vista económico, pero en las que no exista un "mínimo de creatividad" propio de creaciones literarias o artísticas.²²

2. Formalidades

Tradicionalmente se asocia a la familia del *droit d'auteur* el principio de que la protección se concede por el simple acto de creación. Bajo esta influencia, el propio Convenio de Berna proscribió la exigencia de formalidades, como registro o depósito (de obras), u ostentación de noticia legal para el disfrute de protección, aunque, como salvaguarda, *autoriza* a los Estados miembros a sujetar el otorgamiento de protección al requisito de "fijación material" previa de la obra.

Esto ha ocasionado que la práctica en cada país haya tomado caminos distintos. Francia es el más liberal porque no condiciona el reconocimiento de protección al cumplimiento de formalidad alguna, ni exige que las obras hayan sido fijadas en algún soporte material.²³ México no exige formalidades de noticia le-

gal o depósito de la obra, pero sí su fijación material previa.

Estados Unidos ha sido blanco de ataques por violación al Convenio de Berna, ya que aunque no sujeta el cumplimiento de formalidades (registro y depósito de la obra, así como la inserción de noticia legal) a la subsistencia del *copyright* como antes lo hacía, sí las considera elementos necesarios para el ejercicio efectivo del mismo.²⁴

Inglaterra ofrece un modelo interesante al contemplar la fijación en soporte material (por escrito, grabado o en cualquier otra forma) como requisito de subsistencia del *copyright*, pero sin condicionar su ejercicio al cumplimiento de formalidad alguna. Lo inusual de su esquema radica en que, a diferencia de los de México, Francia y Estados Unidos, no cuenta con una institución para el registro público de obras.²⁵

¹⁹ Con mayor razón si consideramos la ineficacia de disposiciones en Francia o México por las cuales el Estado es el responsable del ejercicio de los derechos morales al término de la duración de los derechos económicos.

²⁰ Francia lo ha racionalizado como la "impronta de la personalidad del autor" y el Reino Unido como "el esfuerzo, habilidad y juicio" que despliega el autor para realizar su obra. Debido a estas discrepancias, la originalidad no se define en el Convenio de Berna.

²¹ *Feist Publications Inc. vs. Rural Telephone Service* (1991). Posteriormente Canadá siguió el mismo camino.

²² Aunque un instrumento internacional a este respecto fracasó, el régimen ha sido introducido en México por medio de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, y en Europa por una directiva conjunta del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea para la protección de bases de datos. Estados Unidos está próximo a introducir reformas.

²³ Esto se ilustra con el caso "Torre Eiffel", *Cass. I civ.*, 1992, en el que se sancionó la acción de fotografiar y filmar sin autorización el espectáculo de luz y sonido desplegado en torno a dicho icono de la arquitectura e ingeniería mundial.

²⁴ Esto quiere decir que en EU, en caso de no haberse cumplido dichas formalidades, al momento de hacer valer el *copyright* ante los tribunales, no será posible reclamar el pago de daños conforme a los montos mínimo y máximo fijados en la ley, ni recuperar los honorarios de los abogados, desalentando enormemente su ejercicio por vía judicial.

²⁵ Esto propicia que las partes prueben o combatan la existencia de *copyright* en una obra hasta el momento de llegar al tribunal. El resultado es un sistema que otorga gran facilidad para el ejercicio de derechos, y al mismo tiempo seguridad jurídica derivada de la publicidad de los criterios de los tribunales en cuanto a existencia y ejercicio del *copyright*.

3. Titularidad de derechos

En Francia y México, el término *autor* es reservado para las personas físicas creadoras de obras; en Estados Unidos y Gran Bretaña, se utiliza en un sentido más amplio para denotar al individuo o entidad legal responsable de la producción en cuestión. El efecto deseado, en el primer caso, es que la persona física sea la titular de derechos en primera instancia; y, en el segundo, facilitar que una persona jurídica pueda estar legitimada *ab initio* para el uso y goce de derechos.

No obstante su postura e influenciados por las leyes anglosajonas, los países del sistema del *droit d'auteur* han considerado que existen casos en que es justo o conveniente que sea la persona moral quien en forma originaria sea titular de derechos económicos e incluso morales. En estos casos, no se habla de autores, pero sí de beneficiarios iniciales de protección.

El primero es el supuesto de *obras hechas bajo relación laboral*. Aquí tampoco existe un sistema uniforme entre Francia y México, ya que en el caso de aquél, los derechos económicos pertenecen al autor-trabajador, y el empleador sólo puede asegurar su ejercicio por medio de disposición contractual expresa; mientras que en México se le otorga al empleador el 50% de los derechos económicos, así como el derecho moral de divulgación, en caso de que no exista cláusula específica en el contrato de trabajo. En el Reino Unido y Estados Unidos, los derechos recaen en el empleador, salvo disposición en contrario.

En el caso de *obras hechas por comisión*, en Francia y el Reino Unido, a reserva de disposición en contrario, los derechos pertenecen al autor que realiza la obra comisionada, mientras que en México el resultado es el opuesto.²⁶ Estados Unidos tiene reglas específicas a este respecto.²⁷ Por último, la hipótesis de la *obra colectiva*,

importantísima puesto que mediante ella se realizan obras de gran valor económico, ofrece la posibilidad de que la persona moral bajo cuyo nombre y responsabilidad se inicia y desarrolla el proyecto, detente la totalidad de facultades económicas (EU, Francia) o se limite el ejercicio de derechos morales como el de integridad (Francia²⁸).

Reflexiones finales

Nuestro análisis intenta demostrar que no existen diferencias sistémicas entre regulaciones de países representantes de la tradición del *droit d'auteur*, por un lado, y el *copyright*, por el otro. Las diferencias que se presentan en variedad de situaciones entre países catalogados como pertenecientes a una u otra familia no son atribuibles a su pertenencia a las mismas, sino a decisiones de carácter legislativo y judicial *de cada país*, fundamentadas en factores de índole histórico, social, económico, jurídico, cultural, político, tecnológico y sectorial.

Ello se hace evidente en un número considerable de casos analizados, en los que la solución a determinada cuestión por un país del sistema del *droit d'auteur* no corresponde con la asumida por otro de la misma familia, sino, por el contrario, frecuentemente se identifica incluso más con la adoptada por un país miembro del sistema del *copyright*, y viceversa.

Aunque la distinción *droit d'auteur-copyright* resulta útil desde un punto de vista dogmático para ilustrar los orígenes, evolución e influencia de cada corriente en la regulación de un país en específico, no debe exagerarse su aplicación para simplificar las diferencias existentes entre regímenes autorales.

Conviene hacer notar que el proceso de evolución de cada sistema ha estado siempre presente en el desarrollo del otro. En este



sentido, pueden considerarse los derechos morales como una contribución importantísima del régimen del *droit d'auteur* al sistema del *copyright*, de la misma forma que los esquemas del *copyright* para el disfrute de derechos en forma originaria por personas morales han sido adoptados por países con tradición del *droit d'auteur*.

Por ello caracterizamos el estado actual de la materia autoral como una simbiosis entre el *droit d'auteur* y el *copyright*. Hoy en día no es posible hablar de sistemas puros sino *híbridos*, en cuya categoría no hay mejor ejemplo que Alemania, país que con una tradición jurídica común a México o Francia, ha desarrollado un esquema de protección autoral muy ajeno a ellos, en el que participan elementos del *droit d'auteur*, el *copyright*, así como *sui generis*.

Por último, es innegable que el nivel de armonización internacional que guarda la materia, en el marco de competencia de la OMPI y la OMC, ha contribuido enormemente a la amortización de los efectos de regulaciones en principio opuestas, o la identificación de puntos de convergencia entre países con posturas distintas.

© Reynaldo Urriaga Escobar, México, 2002.

²⁶ Donde además se confieren al comitente (sea persona física o moral) los derechos morales de divulgación e integridad.

²⁷ Véase *supra*, nota 13, la definición y efectos del régimen de *works made for hire*.

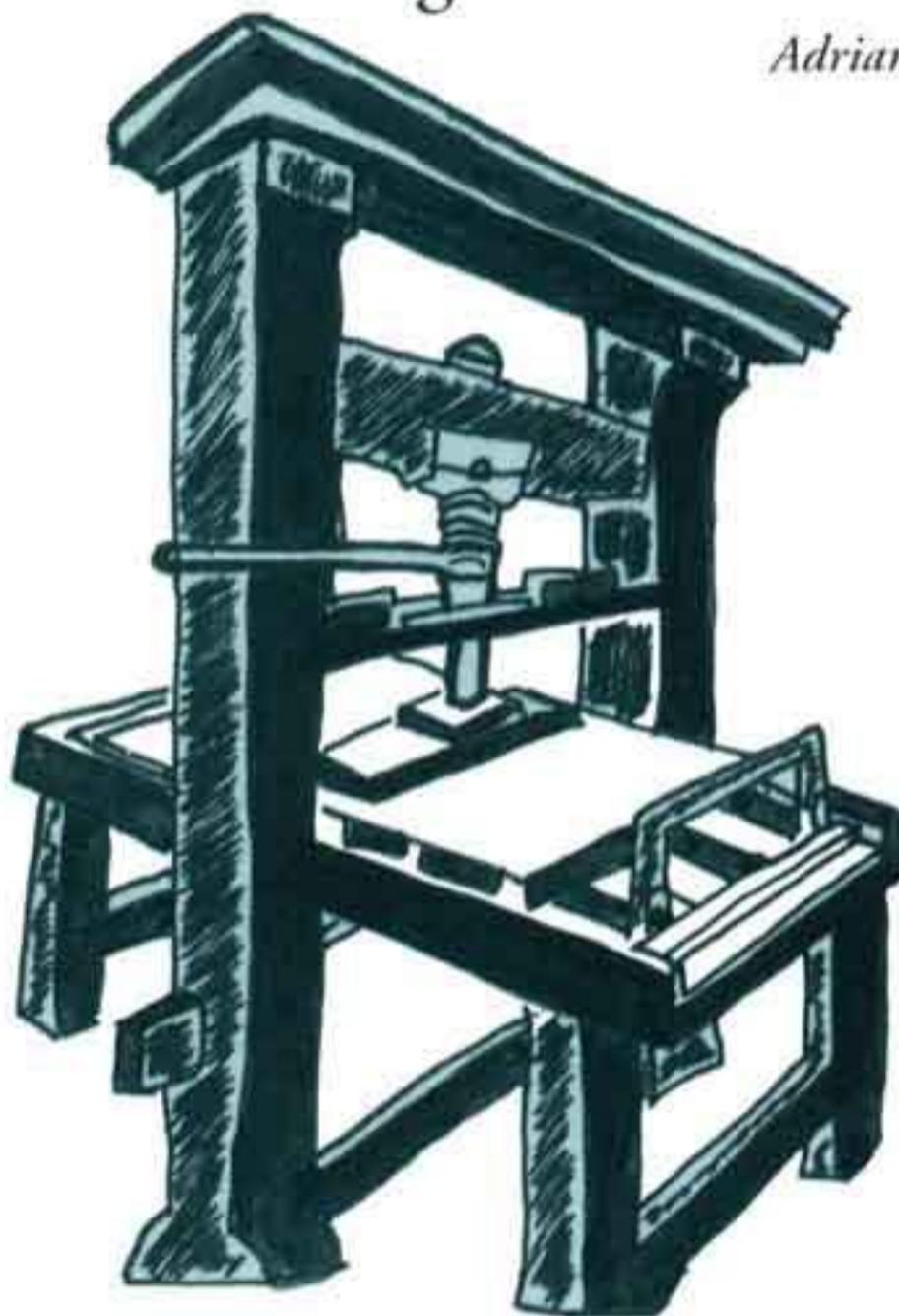
²⁸ En el caso *Chapand vs. Ela* (1986) la Corte de Casación estableció que la entidad responsable de la publicación está facultada para hacer modificaciones que estén justificadas por la necesidad de armonizar la obra en su totalidad.

Alcance del término *publicar*

y de la institución del registro autoral

en los códigos civiles de 1884 y 1928

Adriana Berrueco García



Publicación y registro en los códigos civiles de 1884 y 1928

En primer término debo precisar la gran diferencia que existe entre ambos códigos en cuanto a la naturaleza del derecho de autor. En el de 1884, los derechos autorales eran vistos como derecho de propiedad, es decir, como un atributo de la personalidad; en esta concepción se nota la influencia del derecho francés en nuestro sistema jurídico, pues en Francia se consideró como parte de los derechos de propiedad de los individuos al derecho autoral (tanto por los

Estados Generales como por las normas emitidas a partir del movimiento revolucionario de 1789), el cual requería un título de propiedad que se obtenía mediante un registro.

En tanto, en el Código Civil de 1928 los derechos de autor fueron regulados como privilegios que el Estado mexicano otorgaba a los creadores de obras originales, noción que dicho ordenamiento desarrolló, quizá, en acatamiento a la terminología utilizada por el artículo 28 de la Carta Magna promulgada en 1917. (Sería motivo de otro estudio determinar

si el término *privilegios*, que es una reminiscencia de los regímenes monárquicos absolutistas, concuerda con el espíritu de una ley que estatuye el régimen republicano y que además fue la primera constitución político-social del mundo.)

El Código Civil de 1884

Este código regulaba o comprendía el término *publicar* de acuerdo con su significado clásico, que es: "difundir por medio de la imprenta u otro procedimiento gráfico una obra literaria o artística". Infiero lo anterior por-

que el código distinguía tres tipos de obras protegibles o ramas de creación: literarias, dramáticas y artísticas, y sólo otorgaba el derecho exclusivo de publicar a los creadores de obras literarias y dramáticas, entiendo que ambas se caracterizan por expresarse a través de la escritura, de letras, signos y números (*cfr.* artículos 1132-1137, 1153-1154 y 1168).

En cuanto a los creadores de obras artísticas, el código les otorgaba el derecho exclusivo de reproducción de sus obras (artículo 1191); sin embargo, en el artículo 1201, fracción IV, se encuadraba como falsificación la publicación de obras artísticas sin consentimiento de su legítimo propietario; supongo que se refiere a que la obra sea mostrada en un medio impreso (periódico, libro, cartel, etcétera).

La afirmación de que el alcance del término publicar se refiere a la divulgación de una obra exclusivamente por medios impresos se fortalece porque el artículo 1133 determina que "En la publicación se observará lo dispuesto por la ley que arregle el ejercicio de la libertad de imprenta". Además, porque en México el uso masivo del fonógrafo, los discos y el cinematógrafo se dio varios años después de la promulgación del código de 1884.

En relación con el registro de las obras, el código estableció que para adquirir la propiedad sobre éstas, el autor, traductor o editor deberían acudir al Ministerio de Instrucción Pública a hacer constar que se reservan sus derechos, para lo cual debían entregar dos ejemplares del soporte de las obras. Dicho minis-

terio era el encargado de llevar un registro autoral, cuyo acervo debía publicarse trimestralmente en el *Diario Oficial* (artículos 1234-1242). Las certificaciones que expediera dicho registro constituían una presunción *iuris tantum* de la propiedad del autor sobre la obra (artículo 1243).

El Código Civil de 1928

En su artículo 1189 contiene una disposición a todas luces violatoria de las normas constitucionales vigentes desde 1917, al establecer que el autor que publicara una obra podría adquirir los derechos autorales sólo si la registraba dentro de los tres años siguientes a su publicación, pues de lo contrario la obra entraría al dominio público.

Los derechos a que alude dicho artículo eran los de publi-

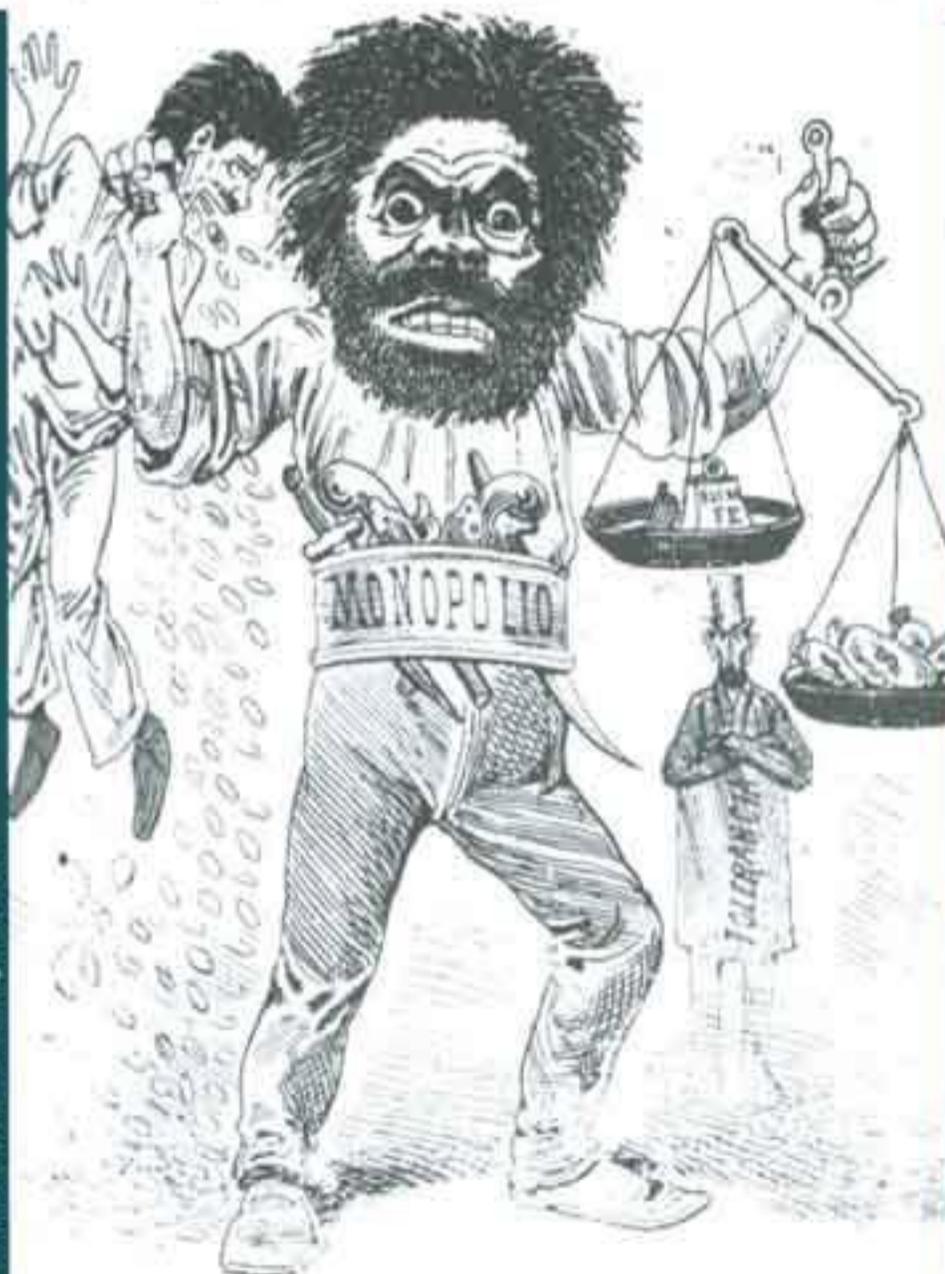


Ilustración de José Guadalupe Posada.

La risa del pueblo mexicano.



Cartel promocional de cigarros.

car y reproducir la obra, por cualquier procedimiento, de manera exclusiva y por 30 años; en el caso de los autores de obras teatrales y musicales, además tenían el de la representación o ejecución por 20 años (artículos 1183 y 1186).

Respecto a la obligatoriedad de la inscripción de la obra en el registro (a cargo de la Secretaría de Educación Pública) para gozar del derecho de explotación de ésta, me parece que es una norma violatoria del precepto consagrado en el artículo 4º constitucional (en su texto primigenio), que expresamente decía: "Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial". Considero

aquí al autor como un trabajador o un profesionalista que realiza una actividad lícita. Además, la forma en que está redactada dicha disposición parece contradecir el espíritu del artículo 28 constitucional, que desde 1917 estableció la facultad de fomentar la cultura nacional mediante el otorgamiento de "privilegios" a los autores y artistas.

Curiosamente el legislador no colocó sino hasta el último artículo (1280) del título octavo la mención de que dicho título reglamenta los artículos 4 y 28 de la Constitución, justamente los que violenta.

En las normas de este código es perceptible la falta de claridad sobre la naturaleza intrínseca y jurídica que entraña la creación de

obras del espíritu o pensamiento humano, pues la pérdida de los derechos patrimoniales implicaba la terrible pérdida de los derechos morales.

En el artículo 1239 se muestra que el legislador percibía los derechos de autor como derecho de propiedad, al permitir sobre éstos la prescripción adquisitiva de mala fe.

La postura del código es profundamente formalista, remataba a contracorriente de la tendencia mundial que en la materia había marcado el Convenio de Berna, aunque ello podría explicarse en el hecho de que México no firmó este tratado internacional hasta la década de los sesenta.

La cuestión se torna más grave porque el alcance del término *publicar* se amplió, al mencionar que la publicación podría hacerse "por cualquier procedimiento" (artículo 1183), que en esa época ya implicaba el uso de medios de difusión como la radio y la cinematografía.

Me parece que hay un avance para lograr certidumbre jurídica en la disposición del artículo 1248, que estableció la obligatoriedad de inscribir en el registro la transmisión de los derechos autorales, para que ésta surtiera efectos ante terceros.

En el ámbito de lo político creo importante destacar que, en lo tocante a los derechos de autor, el Código Civil de 1928 parece proteger a los empresarios de los medios de comunicación; y que, por otra parte, fue creado por el presidente Plutarco Elías Calles con base en facultades extraordinarias que le dio el Congreso de la Unión en 1926 y 1928. Lo cual me lleva a plantear la siguiente pregunta: ¿tiene relación el contenido de este código con la amistad entre el presidente Calles y el embajador estadounidense Morrow, personaje vinculado con la J. P. Morgan, la General Electric y la RCA Víctor? ●

© Adriana Berruero García, México, 2002.

Fuentes consultadas:

Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de Baja California. Reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto del 14 de diciembre de 1883, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

Dávalos, Federico, *Cronología de la industria cinematográfica*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1989.

Palavicini, Félix Fulgencio, *Historia de la Constitución de 1917*, t. I, México, Gobierno del Estado de Querétaro-INEHRM, 1987.

Mercadotecnia, otra forma de expresión creativa

Enrique U. Alcázar Córdova *

Una manifestación intelectual no es sólo aquella que tiene que ver con creaciones sublimes o inventos revolucionarios, sino también la que proviene del acto creativo y de la inventiva más bien cotidianos, pero igualmente relevantes.

Hemos vivido una serie de avances tecnológicos acelerados que han provocado una redefinición mundial y formado bloques políticos, sociales y económicos, lo que ha modificado nuestros escenarios culturales, científicos, tecnológicos y de comunicaciones, con lo cual se abren nuevos mercados, surgen nuevos jugadores y cambian las reglas tradicionales, situándonos en un entorno de libre competencia donde la concurrencia es cada día más numerosa y la competencia cada vez más agresiva.

Es así como los satisfactores¹ se perfeccionan y especializan permanentemente, no sólo por su contenido tecnológico, científico o cultural, sino por la manera de ser comunicados, es decir, de llegar al usuario o destinatario final.

Ante esta realidad, ha surgido un nuevo tipo de personas creativas que perfectamente pueden ser consideradas artistas, y que a través de nuevas técnicas agregan valor a satisfactores en la manera de comunicar sus atributos, ventajas, características o elementos de diferenciación; cumplen esta función desde antes de

crearse el satisfactor hasta después de que el mismo haya sido adquirido. Estas personas desempeñan un papel primordial y fundamental, no sólo en la dinámica comercial, sino en la social, cultural y política de nuestros tiempos, y ello gracias a la mercadotecnia, entendida como una nueva forma de pensamiento respecto de cómo las organizaciones y los individuos pueden fomentar intercambios benéficos que satisfagan alguna necesidad o deseo.

Protección intelectual

Al hablar de mercadotecnia no debemos limitarnos a los conceptos de venta y publicidad, cuyo principal objetivo es generar o encontrar un mayor número de clientes para productos o servicios de empresas de naturaleza más bien comercial. El campo de la mercadotecnia va mucho más allá, pues busca ofrecer tanto valor como sea posible, ayudar a todo tipo de organizaciones a decidir qué hacer, a elegir los mercados donde se va a operar, a

* Socio director de la firma Alcázar, Aranday, Tormo & Asociados.
Tel. 5511 5504. E-mail: enrique@alcazar.com.mx
URL: www.alcazar.com.mx

¹ Con *satisfactores* no nos referimos sólo a bienes y servicios, sino también a productos culturales, intelectuales e incluso espirituales.





definir qué satisfactores conviene ofrecer y, en su caso, a qué precios.

Si bien la mercadotecnia se originó en empresas comerciales que operan en economías altamente industrializadas, en la actualidad es o debería ser usada por cualquier organización o persona, incluyendo por supuesto empresas comerciales grandes y pequeñas, firmas de profesionales, instituciones no lucrativas, organismos y dependencias gubernamentales, empresarios y profesionistas independientes y, por qué no, artistas, autores y hasta políticos.

El campo de la propiedad intelectual no se encuentra ajeno a esta realidad, sino por el contrario; establece el marco jurídico adecuado para que estos artistas o autores de la mercadotecnia puedan proteger sus creaciones, y con ello se estimula y fomenta la producción en este género; aunque el fin principal de estas obras es comercial o de comunicación, deben ser valoradas como verdaderas expresiones de la facultad creativa e inventiva del ser humano, sin considerar tanto su mérito o destino.

Es así como la propiedad industrial siempre ha reconocido y otorgado protección a signos distintivos, originalmente a marcas de fábrica; para ir incorporando poco a poco otras figuras, como nombres comerciales, marcas de servicios y avisos comerciales o eslóganes, que son elementos fundamentales en la mercadotecnia y que tradicionalmente se vinculan de manera comercial a productos y servicios. En estos casos, sin dejar de proteger una manifestación intelectual, el bien tutelado se encuentra referido, más que al aspecto creativo, a la distintividad que en virtud de tales signos se logra respecto de otros que amparan productos, servicios o establecimientos de similar clase o especie.

Por su parte, la propiedad intelectual en sentido estricto, o derecho de autor se ha ido ajustando a esta realidad y hoy día ofrece una protección adecuada a estos mercadólogos respecto de sus obras en cuanto a sus aspectos creativos y originales.

Encontramos entonces que soluciones y recursos tecnológicos, como el software, son prote-

gidos por el derecho de autor, incluyendo programas, fundamentales cuando se habla de mercadotecnia, como lo es cualquier desarrollo punto de venta (POP: *Point of Purchase*) o sistemas de gestión de relaciones con el cliente (CRM, *Customer Relationship Management*).

Protección acumulada

En estos días que tan en boga está el tema de la imagen y el concepto, encontramos que tanto artistas como comerciantes y empresarios buscan crear atmósferas propicias para la difusión de su obra o el consumo de sus productos o servicios. El derecho de autor participa al proteger obras plásticas, pictóricas, de dibujo, escultóricas, fotográficas e incluso arquitectónicas, en lo individual o en su conjunto, como el vestido comercial del establecimiento, o *trade dress*, tutelado éste indirectamente por la propiedad industrial al combatir la competencia desleal.

Y qué decir de los comerciales o promocionales televisivos y radiados que, además de cumplir



con su objetivo primario, pueden ser considerados verdaderas obras de arte, que concursan y ganan certámenes; sin dejar de mencionar a los programas de radio y televisión que desempeñan un papel primordial cuando hablamos de mercadotecnia; basta ver el tan comentado *Big Brother*, el cual, independientemente de su mérito o calidad, se ha convertido en un fenómeno de la mercadotecnia en nuestro país.

De igual forma, muchos de nosotros no hemos pasado por alto esos espectaculares a lo largo del Periférico que casi nos hacen chocar y que, definitivamente, son obras fotográficas; y así podemos seguir mencionando *jingles*, textos publicitarios o promocionales y otro tipo de obras que forman parte de toda esta cultura mercadológica que ahora vivimos y que son protegidas por el derecho de autor.

Lo anterior sin contar la figura de la reserva de derechos al uso exclusivo que, englobada den-

tro del derecho de autor, tutela derechos que tienen un amplio contenido mercadológico; tan sólo pensemos en el osito del pan o cualquier personaje de caricatura llevado al cine o viceversa, y en el papel que desempeñan los medios, las publicaciones y difusiones periódicas e incluso los portales de internet, que se consideran ya un poder en sí mismos y cuya filosofía actual se basa prácticamente en la mercadotecnia; y no podemos olvidar las promociones publicitarias, figura tan poco difundida y explotada, pero ¿quién no estuvo alguna vez "buscando a rojo"?

Existen diversas figuras e instituciones jurídicas que tutelan y protegen los derechos de los creativos de la mercadotecnia, por lo que resulta conveniente comentar la *doctrina de la protección acumulada*, en virtud de la cual una misma obra puede ser materia de distintas formas de protección; pensemos, por ejemplo, en el famoso tigre del cereal azuca-

rado: puede ser registrado como marca, pero también es un personaje ficticio y no por esto deja de ser una obra pictórica o de dibujo, además de una obra de caricatura e historieta, que muchos acostumbrábamos leer durante el desayuno. "Por su rico sabor casero", ¿aviso comercial u obra musical (*jingle*)? ¿Cómo proteger la "M" que vemos afuera de todas las hamburgueserías de la franquicia más importante y renombrada del mundo? Es una marca, pero también una obra de carácter plástico, un modelo industrial y una obra de arte aplicado.

Aquellos que participan en el quehacer cotidiano de la mercadotecnia saben el tiempo, dinero y esfuerzo que implica cada uno de sus trabajos, de sus desarrollos, de sus creaciones; si hemos llegado hasta allí, nada mejor que protegerse y hacerlo de la manera más completa posible. Es un esfuerzo adicional, pero que nos puede evitar muchos dolores de cabeza. ●