

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO EN REVISIÓN 1216/2015.

En sesión celebrada el diecisiete de agosto de dos mil dieciséis, los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos un asunto en el cual se impugnó la constitucionalidad del artículo 148, fracción VIII, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Coincido con la sentencia en relación con la constitucionalidad de la norma impugnada. No obstante, creo que ésta no responde de manera congruente el agravio relacionado con el uso del término “publicación” en la Ley. Además, no coincido ni en la forma en la cual se aplicó el test del Convenio de Berna, ni en cómo se realizó la interpretación conforme de la norma impugnada.

I. El uso del término “publicación” en la Ley Federal del Derecho de Autor.

La quejosa señaló, en su recurso que el uso del término “publicación” en lugar de “reproducción” por la norma impugnada contraviene el Convenio de Berna puesto que abarca también la “distribución” de las obras y, en consecuencia, su venta. Por su parte, la sentencia señala que el agravio es infundado. Lo anterior en vista de que, si bien es cierto que el Convenio emplea el término “reproducción”, el objetivo de la excepción prevista en el artículo 9 es que, cumpliendo con los requisitos del test de 3 pasos,¹ se pueda

¹ 1) Que la reproducción de la obra se realice en casos especiales determinados; 2) Que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra; y 3) Que la reproducción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

tener acceso a las obras. Por lo anterior el uso del término “publicación” no contraviene el Convenio y no interfiere con la explotación normal de la obra.

Al respecto, estimo que la respuesta vertida en la sentencia no responde el agravio en su totalidad. En efecto, la quejosa argumenta que, tanto en la demanda de amparo como en el recurso de revisión que la excepción prevista por el Convenio de Berna **queda circunscrita al derecho de reproducción**, mientras que la norma reclamada prevé la excepción en relación con los derechos de reproducción **y de distribución** (derecho de publicación). Así, las consideraciones del proyecto no responden efectivamente el al planteamiento de la recurrente.

No obstante lo anterior, coincido en que el planteamiento es infundado por las siguientes razones. Antes que nada, conviene recordar que, en materia de protección de derechos de autor, existe una compleja red de tratados internacionales que buscan complementarse. Lo anterior cobra relevancia para la resolución de este punto en concreto porque, el significado del término “reproducción” en el tratado delimita las prerrogativas que pueden ser limitadas por los Estados parte del Convenio.

Para determinar el significado de “reproducción” podemos acudir a la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.² Así, la palabra “reproducción”, en

² Si bien es cierto que el Convenio es anterior a la creación de la Convención de Viena, las reglas de interpretación de ésta han sido reconocidas como costumbre internacional, razón por la cual es posible utilizarlas como guía. Dicha conclusión es apoyada por la OMPI. Al respecto ver: WIPO, *Guide to the Copyright and related rights treaties administered by WIPO and Glossary of copyright and related terms*, 2003, párr. 65.

su sentido corriente, refiere a una cosa que reproduce o copia un original. De igual forma, el contexto nos lleva a una conclusión similar.

En efecto, el Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI, un Acuerdo en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna y del artículo 31. 2) (a) de la Convención de Viena, es útil para llegar a la conclusión anterior. El artículo 10 del citado instrumento distingue en el ámbito de aplicación de la “regla de tres” dentro del Convenio de Berna y dentro del propio Tratado. Lo anterior nos permite inferir, cuando menos, que el Convenio de Berna pretende adjudicar un significado específico al término “reproducción”. Por último, se puede acudir al artículo 3 de la Convención de Roma, administrada por la OMPI, **en la cual se define el término reproducción como la realización de uno o más ejemplares de una fijación.** Recordando que, la Ley Federal del Derecho de Autor entiende “reproducción” como *“la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos”* **se puede entender que la expresión “reproducción” del Convenio de Berna se equipara la de la Ley.**

De tal suerte, lo único que cubre la excepción del Convenio es la definición de “reproducción”, dada anteriormente. Por lo anterior, se podría pensar que la puesta a disposición de la obra contenida en el término “publicación” no es sujeta a la excepción del Convenio, como señaló la recurrente. No obstante, podemos acudir a otro de los tratados interrelacionados con el Convenio y vinculante para México para dar una solución sustentada en la totalidad del régimen internacional de protección de derechos de autor. En efecto, si bien el Convenio de Berna no prevé la limitación de un derecho de

“publicación” o del derecho de “distribución” como tal, no se puede decir lo mismo del Tratado sobre Derechos de Autor de la propia OMPI. En primer lugar, el Tratado sobre Derechos de Autor reconoce un derecho de **distribución** en el artículo 6.³ Dicho lo anterior, el artículo 10.2 del dicho instrumento reconoce la posibilidad de que un Estado limite los derechos contenidos en el mismo.⁴

Así, bajo la premisa de que el derecho de publicación es, en esencia, el derecho de reproducción en conjunción con el derecho de distribución,⁵ es posible concluir que se puede limitar válidamente utilizando las disposiciones del Convenio de Berna junto con las del Tratado sobre Derechos de Autor **siempre que se cumpla con la regla de tres prevista en ambos instrumentos.**

³ Artículo 6

Derecho de distribución

(1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

(2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

⁴ Artículo 10

Limitaciones y excepciones

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁵ En primer lugar, cabe reiterar que la Ley entiende publicación como: *La reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente.* Así, queda claro que el derecho de publicación comprende, cuando menos, el derecho de reproducción. A su vez, la propia quejosa señala correctamente que también incluye el derecho de distribución, definido por la Ley como la *“Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma”.* En otras palabras, atendiendo al significado que la Ley otorga al derecho de publicación, es posible concluir que éste derecho comprende los derechos de reproducción y de distribución de una obra.

II. El test de la Convenio de Berna y la interpretación conforme.

Como bien señala la sentencia, es necesario verificar si la Ley cumple con el test de tres pasos del Convenio de Berna: **1) Que la reproducción de la obra se realice en casos especiales determinados; 2) Que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra; y 3) Que la reproducción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.** No obstante, se estima que existen consideraciones adicionales que la sentencia debió retomar.

En primer lugar, la sentencia retoma las consideraciones del reporte del Grupo Especial de la OMC en el caso Estados Unidos-artículo 110(5) de la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos del 15 de junio del 2000. Si bien es cierto que el precedente es importante por la escases de casos en los cuales se aplique el test, se considera que también se debieron tomar en cuenta las consideraciones de la *Guía para los tratados de derechos de autor y derechos relacionados de la OMPI y glosario de derechos de autor y términos relacionados, comisionada por la propia OMPI a expertos en la materia en 2003.*

Para analizar la norma a la luz de primer paso se debe determinar qué casos son “especiales” y “determinados”. Difiero con la sentencia en el sentido de que la norma por sí sola no aprueba este paso. En efecto, la Guía comisionada por la OMPI, mencionada anteriormente, ha entendido el primero de los requisitos como casos limitados en su ámbito de aplicación; es decir, las limitantes previstas

en legislación nacional no pueden tener un impacto general.⁶ A su vez, se ha dicho que son casos “especiales” aquellos que cumplen con un objetivo de política pública concreto.⁷ En ese sentido, se puede decir que la norma cumple con este primer paso. **En efecto, la fracción VIII del artículo 148 queda delimitado a las personas con discapacidad, y cuenta con un objetivo de política pública concreto: brindar acceso la cultura a personas con discapacidad.** El hecho de que no se especifique qué discapacidades no impacta en este punto del test, pues “personas con discapacidad” es lo suficientemente claro y limitado. Más aun, parecería contra-intuitivo pensar que la norma cumple el objetivo de ser clara cuando requiere de una interpretación conforme.

Con respecto del segundo término, la OMPI ha entendido que se atenta contra la “explotación normal” de una obra cuando, de permitirse, dicha explotación de la obra cobrará considerable importancia económica y práctica.⁸ Lo anterior quiere decir que la explotación de la obra no debe entrar en rivalidad económica con la obra original.⁹ Es en este punto del test en el cual se podría realizar la interpretación conforme propuesta por el proyecto. En efecto, la redacción actual de la norma, no permitiría que la publicación de una obra entrara en competencia directa con la obra misma si se entendiera por “personas con discapacidad” aquellas con una discapacidad que les impida acceder a la obra por medio convencionales.

⁶ WIPO, *Guide to the Copyright and related rights treaties administered by WIPO and Glossary of copyright and related terms*, 2003, pág. 58, BC-9.15.

⁷ Ibidem.

⁸ WIPO, *Guide to the Copyright and related rights treaties administered by WIPO and Glossary of copyright and related terms*, 2003, pág. 60, BC-9.21.

⁹ Ibidem.

Si el término “personas con discapacidad” se interpreta, para efectos de la fracción VII del artículo 148, como personas que sufren una discapacidad que les impide acceder a las obras en su formato original como, por ejemplo, personas con discapacidad visual, la publicación de las obras que se haga necesariamente se hará en formatos adaptados a sus necesidades que impidan la competencia con la obra en su formato original. Lo anterior evita el problema de enumerar las discapacidades que serán consideradas para efectos de la fracción y elimina la necesidad de invalidar la norma. Así, naturalmente, toda publicación bajo la fracción VIII del artículo 148 implicaría que dicha obra se reproducirá en un formato adecuado para brindar acceso a personas con discapacidad.

Por último, un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor se puede entender como un perjuicio razonable. La razón de utilizar “injustificado” se debe a los problemas de adecuar las traducciones del Tratado a distintos idiomas.¹⁰ El perjuicio causado a los intereses de los autores es razonable si se sigue la interpretación esbozada en el punto anterior, como también advierte el proyecto.

Las precisiones anteriores son de suma importancia. En primer lugar, nos permiten dar una respuesta completa y congruente a la quejosa. Dicha respuesta, a su vez, se encuentra sustentada en la totalidad de nuestro sistema jurídico, así como en el Derecho Internacional Público. Segundo, las precisiones relacionadas con la interpretación conforme y el test permiten dar un balance correcto entre los derechos de los autores y el mandato de protección a las personas con discapacidad.

¹⁰ WIPO, *Guide to the Copyright and related rights treaties administered by WIPO and Glossary of copyright and related terms*, 2003, pág. 61, BC- 9.27.

VOTO CONCURRENT EN EL AMPARO EN REVISIÓN 1216/2015

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

LA SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA.

LIC. MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA.

AMIO/RLA