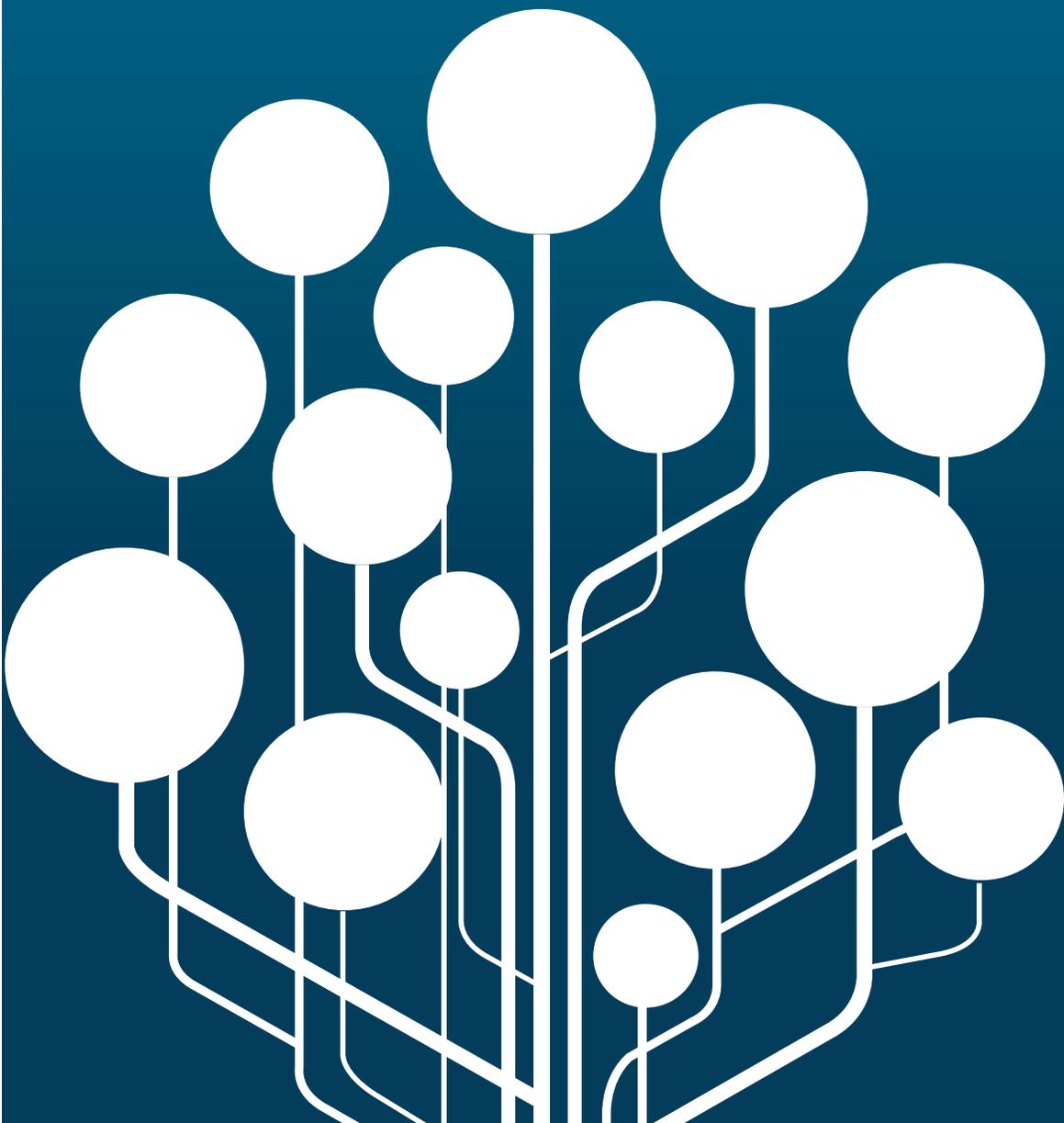


¿De la sartén al fuego?

La cuestión de la adopción del *fair use* como solución al sistema de límites al derecho de autor en México



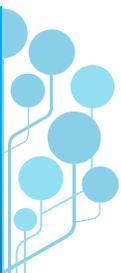
¿De la sartén al fuego?

La cuestión de la adopción del *fair use* como solución al sistema de límites al derecho de autor en México

Rodrigo Cetina Presuel¹

En la actualidad, en el campo del derecho de autor, la mayor parte de la doctrina que estudia el derecho continental considera que los límites a los derechos exclusivos no son efectivos a la hora de proteger los derechos de los usuarios y procurar un adecuado acceso a las obras por parte del público. Para algunos autores, una solución podría ser adoptar un sistema igual o similar al del *fair use* del derecho norteamericano. Como la falta de flexibilidad es vista como uno de los grandes defectos del sistema de límites en el derecho continental, la flexibilidad del *fair use*, que sin duda es una virtud, es sumamente atractiva pues permite estudiar, caso por caso, si un uso no autorizado es permisible por causas de interés general o de defensa de derechos fundamentales.

¹ * Doctor en Derecho de la Comunicación por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor en la City University of New York, Queensborough Community College.



Sin embargo, es necesario analizar si el *fair use* es una verdadera solución o, por el contrario, sus defectos desaconsejan su adopción. De esta forma se puede determinar si efectivamente a la hora de aplicar el *fair use* pesa más la garantía de derechos fundamentales o la protección del interés general, o bien, si son las cuestiones de índole meramente económica las que tienen más peso; crítica que también se hace al derecho de autor continental. Cabe valorar si aplicar un sistema que en apariencia otorga más flexibilidad realmente solucionará algo o simplemente continuará siendo parte del problema.

PALABRAS CLAVE: Derecho de autor, límites y excepciones, *fair use*.

Introducción

A medida que la utilización de Internet y la disposición online de obras se ha ido generalizando, el estudio y la crítica de las limitaciones a los derechos patrimoniales del autor ha ido en aumento. En general, se piensa que la legislación que regula dichas limitaciones no se ha adaptado bien al uso de obras en formato digital y a las cuestiones que Internet plantea. La opinión mayoritaria es que los límites son demasiado restrictivos en cuanto a los usos no autorizados que permiten y los supuestos demasiado rígidos. Esto, se argumenta, devenga en una afectación de los derechos de los ciudadanos, entre los cuales están la libertad de expresión, el acceso a la cultura, a la información y el derecho a la educación.

Académicos que estudian el derecho continental han planteado varias soluciones. Una de ellas es la adopción de la doctrina del *fair use*² (también llamada defensa del *fair use*) que proviene del derecho norteamericano, de tradición anglosajona. Se argumenta que dicha doctrina, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, y que forma la base del sistema de limitaciones a los derechos del copyright de Estados Unidos, permite una mayor flexibilidad en cuanto a la utilización de obras sin necesidad de autorización del titular de los derechos sobre la misma, en comparación con el sistema de lista cerrada de excepciones del derecho continental: "la doctrina norteamericana (es) más dinámica y menos rígida que la europea" (Loredo, 2006).

Las bondades percibidas en el *fair use* han llevado a que desde la doctrina se proponga la expansión de su utilización en el plano internacional (Okediji, 2000). Ciertos investigadores de países que siguen el sistema del derecho continental reconocen que el *fair use* tiene ciertos inconvenientes y recomiendan la adopción de un sistema mixto que permita combinar las virtudes de las listas cerradas de límites con las del *fair use* para así llegar a un sistema más flexible, pero al mismo tiempo dotado de la mayor seguridad jurídica posible (Hugenholtz y Senftleben, 2011).

Otros autores proponen que la regla de los tres pasos, también a nivel internacional, debe de ser interpretada basándose en elementos del *fair use* (Gervais, 2005). Asimismo, se ha planteado que la única forma en que dicha regla de los tres pasos puede ser realmente útil es si se transforma en una herramienta para que los juristas examinen los límites específicos propuestos en la legislación de la misma manera en que se aplica la doctrina del *fair use* en el derecho norteamericano (Carter, 2009).

² En español suele traducirse como "uso legítimo", "uso justo" o "uso legal."



Al estar México dentro de los países latinoamericanos que siguen el sistema del derecho continental en la protección de los derechos de autor, la adopción del *fair use* también puede ser vista como una solución para los problemas en el derecho interno. Por supuesto, si lo que se propone es la modificación de la regla de los tres pasos para que la misma se parezca o se interprete como el *fair use*, cualquier país miembro del Convenio de Berna, del acuerdo ADPIC o el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor —México entre ellos— se vería afectado.

A veces parece que el *fair use* es visto como una suerte de panacea para el problema de las limitaciones al derecho de autor, pero el proponer su incorporación al derecho de autor nacional requiere de un análisis más cuidadoso. Hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el copyright norteamericano y el resto de sistemas de derecho de autor del mundo se han hecho más similares entre sí —sobre todo a raíz de varios tratados internacionales como el Convenio de Berna o el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor—, aún siguen presentando diferencias importantes, pues se trata de acercar sistemas legales que son, en principio, vastamente diferentes.

Además, es necesario analizar más de cerca la historia del desarrollo jurisprudencial del *fair use* para poder darse cuenta que, si bien existen ciertas virtudes en dicha doctrina, también hay importantes problemas, sobre todo en cuanto a la incertidumbre jurídica que le es propia. Asimismo, muchas de las propuestas para adoptar el *fair use* en el derecho interno parecen asumir que dicha doctrina contiene criterios apropiados que permiten un equilibrio entre los intereses de los tenedores de derechos y los intereses de los usuarios. Como veremos, al analizar lo más relevante de la jurisprudencia norteamericana en la materia, éste no parece ser el caso. Por lo anterior, también existen voces críticas entre los académicos norteamericanos. Dichas opiniones deben de ser tomadas en cuenta antes de plantearse si realmente es conveniente o no adoptar la doctrina del *fair use*, o algunos de sus elementos, en el derecho nacional.

Cabría preguntarse si el *fair use* no es atractivo como solución simplemente porque parece menos peor que el sistema de límites actualmente vigente en la legislación del derecho de autor mexicana y de otros países del derecho continental, y si no es un simple paliativo que nos distrae de una cuestión mayor: lo que necesita enmendarse no es sólo lo referente a las limitaciones a los derechos patrimoniales sobre las obras, sino todo el sistema del derecho de autor en general.

Concepto y orígenes de la doctrina del *fair use*

En el derecho estadounidense se suele considerar que la doctrina del *fair use* tiene su origen en la sentencia del asunto *Folsom v. Marsh* (1841), pues en dicha resolución se establecen los cuatro factores que la conforman y que más adelante se codificarían en el Copyright Act norteamericano de 1976. Se ha apuntado también que aunque en la citada sentencia se establecen los cuatro factores o criterios, en realidad, la aparición del *fair use* en la misma es producto de un desarrollo previo en el derecho inglés y que se remonta a las primeras normas que regulan el Copyright y que datan de 1710. Se ha argumentado que ignorar la "prehistoria" del *fair use* antes de *Folsom v. Marsh* es desconocer que la doctrina del *fair use* se desarrolló al mismo tiempo que la totalidad de la legislación del derecho de autor y, por lo tanto, es también dejar de lado que la concepción de que el *fair use* se ideó desde un principio como una excepción a la norma no tiene en realidad una base histórica (Sag, 2011).

Aunque se ha alabado a *Folsom v. Marsh* como uno de los hitos históricos del copyright norteamericano, existe un sector que considera que dicha sentencia ha sido, por el contrario, un capítulo negro en la historia del derecho de autor de Estados Unidos, pues el establecimiento de la doctrina del *fair use* en dicha sentencia, que algunos autores consideran incluso como deficiente (Patterson, 1997-1998), supuso una expansión radical en el ámbito de protección del copyright (Bracha, 2008). Para otros autores como Tehranian (2004-2005), la sentencia es nociva para el dominio público y supone una traición a más de 200 años de tradición del copyright.

En nuestra opinión, el mayor problema de la doctrina del *fair use* radica precisamente ahí: en el modo en que fue concebida. La aplicación del *fair use* implica asumir que en principio toda utilización no autorizada de una obra es una infracción a los derechos del autor, salvo que pueda probarse que se trata de un uso justo o legítimo. En realidad se trata de un medio de defensa frente a la acusación de que un uso en particular infringe los derechos del tenedor de los mismos. De ahí que a la doctrina del *fair use* también se le conozca como la defensa del *fair use* y que se diga que sólo se aplica a determinados casos en los que los principios de la libertad de expresión pueden verse vulnerados (Sheffner, 2009). En resumen, la regla general es que ningún uso puede realizarse sin autorización, salvo contadas excepciones que se consideren como *fair use*.

Además, debe de considerarse como una defensa afirmativa, pues el deber de probar que una utilización no autorizada es un uso legítimo recae en quien es acusado de una infracción al copyright (Goldstein, 2014). Por supuesto, la doctrina también ha resaltado los aspectos positivos del *fair use*, entre ellos la flexibilidad que le es característica y que busca fomentar la creatividad (*Steward v. Abend*, 1990). También se ha resaltado su papel como protector de la libertad de expresión (Herrington, 2010) o en la garantía del acceso a la información (Decherney, 2012).



Defectos o virtudes aparte, lo cierto es que a partir del establecimiento de los cuatro factores que componen a la doctrina o defensa del *fair use* en *Folsom v. Marsh*, el desarrollo de la misma y sus elementos ha continuado. Eventualmente, la aplicación jurisprudencial del *fair use* llevó a que se codificara en el Copyright Act de 1976. Según un reporte del Congreso de los Estados Unidos (1976), esto no supone el fin de su desarrollo en jurisprudencia y tampoco debe de ser visto como un intento de restringir o cambiar la doctrina en forma alguna, solamente como un esfuerzo por confirmar su existencia.

En la legislación vigente, el *fair use* aparece en la §107 del Copyright Act estadounidense como sigue:

Notwithstanding the provisions of section 106, the *fair use* of a copyrighted work, including such use by reproduction, in copies or phonorecords or by any other means specified by that sections, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a *fair use* the factors to be considered shall include:

The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

The nature of the copyrighted work;

The amount and substantiality of the portion use in relation to the copyrighted work as a whole; and

The effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work³.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Como podemos apreciar, se establecen los cuatro factores con claridad pero se evita definir con detalle cada uno de ellos, lo que da pie a la flexibilidad tan admirada. De esta manera se ha permitido que los factores que componen a la doctrina continúen siendo interpretados con el pasar de los años a través de las decisiones judiciales. Por ello, para tratar de entender en qué consiste cada uno de los elementos del *fair use*, es necesario remitirse a la jurisprudencia más relevante, de la que a continuación presentamos una selección.

³ Resaltado hecho por el autor.

Desarrollo de la doctrina del *fair use* en la jurisprudencia norteamericana

Entre los asuntos más importantes para el desarrollo e interpretación del *fair use*, después de *Folsom v. Marsh* por supuesto, están los que analizamos a continuación.

a) *Sony v. Universal*

En *Sony v. Universal City Studios* (1984), también conocido como el caso Sony Betamax, se estableció que la reproducción completa de programas de televisión para su posterior visionado en el hogar no constituye una infracción al copyright y, por lo tanto, debe de ser considerada como *fair use*. Son varios los puntos que hacen que esta sentencia sea importante para poder explicar la doctrina o defensa del *fair use*. El primero es que la Suprema Corte estableció que la doctrina es un criterio de equidad que debe de ser aplicado caso por caso y no como un criterio general.

Respecto del primer factor de la doctrina, la sentencia dice que la naturaleza comercial o sin ánimo de lucro de la utilización debe de ser tomada en cuenta a la hora de analizar si la utilización en cuestión puede ser considerada o no como *fair use*, si bien no se trata de un factor decisivo. Es decir, el que la naturaleza sea comercial, no implica que no deban valorarse los demás factores. Pese a lo anterior, la verdad es que los factores segundo y tercero son prácticamente ignorados. La sentencia apenas menciona a los dos en unas escuetas cuatro líneas.

Claramente, se da mayor peso a los aspectos comerciales de la utilización no autorizada, hecho que podemos confirmar a partir del análisis del cuarto factor. Para la Corte, incluso si la copia de una obra no tiene una finalidad comercial, el simple hecho de realizarla puede tener un impacto negativo en la capacidad del tenedor de los derechos para obtener un lucro de la explotación de su obra. Como se estima que el propósito del copyright es generar incentivos para la creación, lo realmente importante es poder demostrar si el uso no autorizado de una obra tiene o no un efecto sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.

Para el máximo tribunal norteamericano, lo anterior quiere decir que un uso no autorizado sin fines comerciales y que no tiene un efecto negativo sobre el mercado de la obra protegida, puede ser considerado como *fair use*. Pero, también significa que cualquier utilización no autorizada de un material protegido con finalidades comerciales debe presumirse como un uso injusto o no legítimo, pues afecta al monopolio sobre la explotación de la obra, que pertenece al legítimo tenedor de los derechos. De ser este el caso, se hará mucho más difícil probar que una utilización no autorizada cae dentro del supuesto del *fair use*.



b) *Harper & Row v. Nation*

La sentencia *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* (1985) resolvió sobre si la doctrina del *fair use* permitía la utilización no autorizada de fragmentos de una obra inédita escrita por una personalidad pública, con fines de información periodística. En este caso se trataba de las memorias del expresidente de Estados Unidos Richard Nixon. Los detalles del asunto se pueden leer en la sentencia en cuestión, pero por supuesto lo relevante para nuestro estudio es lo que concierne al *fair use*, que es definido en esta sentencia como un privilegio otorgado a un tercero y que le permite utilizar, de manera razonable, material protegido sin que medie consentimiento del titular de los derechos.

Respecto del propósito o naturaleza del uso, que en este caso era la información de actualidad, la Suprema Corte determinó que aunque esta finalidad es una de las enumeradas en la §107 del Copyright Act, los usos que se enlistan en dicha sección simplemente aparecen a modo de ejemplo y no debe presuponerse que cualquiera de ellos es efectivamente *fair use*. El hecho de que un uso sea con una de las finalidades mencionadas en el Copyright Act es simplemente un factor más a considerar en el análisis. Sin embargo, la Corte consideró que aunque la finalidad de la utilización sea un punto a tomar en cuenta en una obra como *fair use*, el hecho de que la naturaleza de la obra derivada sea comercial es un factor en contra para considerar dicha utilización como un uso legítimo, pues cualquier uso comercial debe considerarse como injusto.

La Corte también consideró que las obras basadas en hechos, pero que aún están inéditas, tienen pocas posibilidades de poder ser clasificadas como *fair use* puesto que un uso no autorizado de las mismas puede traer como consecuencia el suplantar el derecho a la primera publicación del legítimo tenedor de los derechos. Como puede ser que el principal valor comercial de una obra resida precisamente en controlar el derecho a su primera publicación, entonces merece la mayor protección legal posible.

Esto no quiere decir que el que una obra sea inédita elimina toda posibilidad de que una utilización no autorizada de la misma pueda ser considerada como un uso legítimo, aunque como hemos dicho, las probabilidades serán pocas ya que en estos casos el *fair use* debe de aplicarse de manera estricta. Todo lo anterior, junto con lo dicho en *Sony v. Universal*, es más evidencia del peso que se le da a las cuestiones económicas a la hora de aplicar la doctrina del *fair use*.

Respecto del tercer factor, se consideró que en ocasiones, aunque la parte reproducida de la obra original no sea muy extensa, lo tomado de la obra original puede considerarse como la parte substancial de la misma por ser la parte crucial de dicha obra original. Sobre el cuarto factor, la Suprema Corte estableció en *Harper & Row* que para desestimar



una utilización como *fair use* basta con probar que dicha utilización, si se da de manera generalizada, afectará negativamente al mercado potencial de la obra protegida. Lo anterior ratifica que el cuarto factor, meramente económico, es el que tiene más peso a la hora de analizar el *fair use*, incluso por encima de cualquier interés público.

c) *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*

En *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994) se resolvió sobre si la parodia podía ser considerada *fair use*, incluso con fines comerciales. La Corte decidió que la finalidad comercial no era un impedimento pues se trataba únicamente de un factor, de entre cuatro a considerar. A diferencia de las otras sentencias que hemos analizado, ésta establece que los cuatro factores no deben de ser analizados de manera aislada. Por el contrario, todos y cada uno deben de ser considerados y los resultados de dicho análisis deben de ser sopesados en conjunto y de acuerdo a los objetivos perseguidos por la legislación del copyright.

Respecto de la consideración del primer factor, es decir, el propósito y naturaleza de uso, la sentencia nos dice que los fines de crítica, comentario, información de actualidad, enseñanza, actividades académicas o de investigación que aparecen en el preámbulo de la §107 del Copyright Act son meros ejemplos de lo que puede ser considerado como *fair use*. Esto quiere decir que el que un uso tenga una finalidad educativa o de crítica es un factor a considerar, pero no implica necesariamente que toda utilización con fines académicos o de crítica será considerada como *fair use*.

Además, a partir de *Campbell v. Acuff-Rose* se le da un carácter único al *fair use* que le distingue claramente de cualquier otro método para establecer límites al derecho de autor: la importancia que tiene el que el uso sea transformativo para inclinar la balanza a favor de que una utilización no autorizada pueda ser considerada como no infractora. Si el uso no autorizado simplemente sirve para suplantar al original y, por lo tanto, competir con el mismo, será difícil que pueda ser considerado como *fair use*.

Por el contrario, si el uso no autorizado añade algo nuevo, un propósito o naturaleza distintos del original, dando a dicho uso un nuevo sentido o forma de expresión, esto será un fuerte indicio de que la utilización puede ser considerada como *fair use*. Mientras más transformativa sea una utilización, menos pesarán los demás factores, incluidos los de carácter comercial; si bien aún se mantiene el criterio de que una utilización que compite directamente con la obra original no es un uso legítimo o justo.

Sobre la interpretación del segundo factor, la naturaleza de la obra protegida, la sentencia dice que dicho factor requiere reconocer que ciertas obras necesitan una mayor protección que otras. Así, para la jurisprudencia norteamericana, mientras más creatividad contiene una obra, merece mayor protección; en consecuencia, se estima



que las obras basadas en hechos merecen una menor protección. Sin embargo, dice la sentencia, cuando se trata de usos transformativos, el segundo factor no resulta de mucha utilidad para el análisis.

El tercer factor, dice la sentencia, se pregunta si la cantidad y substancia de la porción utilizada respecto de la obra protegida al completo es razonable en relación con la finalidad de la utilización. En otras palabras, el tercer factor sólo puede analizarse tomando en cuenta el primer factor y el cuarto factor. Lo anterior parece establecer que el análisis del segundo y tercer factor está supeditado a los otros dos, a pesar de que el resultado de todos deba analizarse en su conjunto.

Respecto de la valoración del efecto que tiene un uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida, es decir el cuarto factor, se reitera que debe valorarse si la generalización de la utilización no autorizada resulta en un impacto sustancialmente adverso sobre el mercado potencial de la obra original, confirmando lo ya dicho en *Harper & Row*. Por último, en esta sentencia se reconoce que el *fair use* es una defensa afirmativa, en donde la carga de la prueba recae sobre quien la invoca. La Suprema Corte estima que debido a que probar que la utilización no autorizada no afectará el mercado o valor potencial de la obra, será necesario centrarse en probar que se cumple con los otros tres factores para que el cuarto no termine siendo el de mayor peso. Al fin y al cabo, dice la sentencia, sopesar todos los factores requiere de un delicado balance de intereses.

d) A & M Records v. Napster

El conocido como caso *Napster (A & M Records v. Napster, 2001)* tuvo un gran impacto mediático a principios del siglo XXI por su relevancia respecto de la legalidad de compartir contenidos protegidos a través de redes P2P en Internet, en concreto a través de la plataforma *Napster*. Se trata de un asunto resuelto ante un Tribunal de apelación que confirmó la sentencia dictada por un Tribunal de Distrito con sede en California. El asunto no llegó a la Suprema Corte y, por lo tanto, para el caso que estudiamos es evidencia de cómo se aplica el *fair use* en instancias inferiores.

Se rechazó que las actividades pudieran constituir un uso justo tomando en consideración los cuatro factores y combinando los criterios de algunas de las sentencias que acabamos de analizar líneas arriba, pero basándose fundamentalmente en lo dicho en *Campbell v. Acuff-Rose*. Con respecto del primer factor, se dio mayor peso a la cuestión de si la utilización era transformativa o no. En este caso en particular, se encontró que las descargas de archivos MP3 eran simples reproducciones. Así, se estableció que la obra copiada simplemente suplantaba a la original sin darle un carácter o naturaleza diferentes.



El segundo factor sigue también el razonamiento ya expuesto en *Campbell*, argumentando que las canciones copiadas merecen la máxima protección pues son de una naturaleza creativa. Respecto del tercer factor, que concierne a la extensión de lo copiado, la sentencia encontró que el uso no está amparado por el *fair use* debido a que la copia de obras completas indica lo contrario. Sin embargo, citando a *Sony v. Universal*, la sentencia recuerda que bajo ciertas circunstancias, un uso puede ser considerado como justo aun si la obra protegida es copiada en su totalidad y recuerda también que la copia indiscriminada de obras protegidas no es un impedimento para que dicha actividad pueda ser considerada como *fair use*.

Respecto del cuarto y último factor, se encontró que Napster afecta negativamente al mercado potencial y al valor de las obras protegidas al: 1) reducir la ventas de CDs entre estudiantes (a los que iba dirigido el servicio) y 2) porque Napster distribuye los MP3 gratuitamente y así destruye la oportunidad del tenedor de derechos de cobrar por las descargas de los mismos. En el caso *Napster* podemos encontrar un ejemplo del análisis a la luz de cada uno de los cuatro factores por un Tribunal de menor instancia. Aunque esta decisión se basa en el precedente de otras sentencias, en particular *Campbell v. Acuff-Rose*, conviene apuntar que, en general, la aplicación de los criterios establecidos por la Suprema Corte en los tribunales de menor instancia no siempre es consistente y lo cierto es que el *fair use* tiene un historial de ser aplicado de formas diferentes por tribunales diferentes (Gorman y Ginsburg, 2006).

La mayoría de los asuntos no llegan a la Suprema Corte que se reserva para los asuntos considerados de mayor relevancia y, por lo tanto, se puede decir que la doctrina del *fair use*, la mayoría de las veces, se aplica siguiendo criterios diferentes. Esto es evidencia de que aplicar la doctrina nunca es fácil y los criterios no son siempre consistentes, lo que resulta en una falta de seguridad jurídica para quien pretende utilizar contenidos protegidos sin autorización; aún si quien invoca la doctrina se siente amparado por causas de interés público o por derechos fundamentales como la libertad de expresión o el acceso a la información.

e) *Blake A. Field v. Google, Inc.*

Blake A. Field v. Google, Inc. (2006) también fue resuelto por un tribunal de menor instancia y no por la Suprema Corte. En este caso se trata de un Tribunal de Distrito con sede en el estado de Nevada. El asunto determinó que las actividades de *caching* realizadas por Google estaban amparadas por el *fair use*. En este asunto se afirma que son los factores primero y cuarto los que tienen mayor peso, si bien ninguno debe de ser considerado determinante.



Por ejemplo, al encontrarse que los usos no autorizados de Google eran usos transformativos, el Tribunal concluyó que el análisis del segundo factor perdía toda relevancia. De la misma forma, se determinó que el tercer factor tenía una importancia neutral a la luz de lo analizado respecto del propósito y naturaleza del uso no autorizado. La sentencia establece explícitamente que el cuarto factor también es determinante, por encima incluso del segundo y tercer factor, los cuales no son suficientes para determinar si un uso es o no *fair use* cuando el primero o el cuarto apuntan a lo contrario. Además, dice la sentencia, la buena fe debe ser considerada como un factor a favor, lo que establece *facto* un quinto factor, pero sin pronunciarse sobre cuál es el peso específico del mismo.

f) Authors Guild v. HathiTrust

Uno de los asuntos más relevantes de los últimos años en temas de *fair use* es *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust* (2014) cuya última instancia, hasta ahora, ha sido una apelación ante una Corte del Segundo Distrito, que confirmó en parte una decisión de un juzgado de primera instancia que valoró como uso legítimo las actividades del demandado. HathiTrust es un consorcio de bibliotecas universitarias y otras organizaciones norteamericanas que emprendió un proyecto de digitalización de libros. Este asunto debe estudiarse en conjunto con el archiconocido caso de *Google Books* que analizamos en el siguiente apartado.

HathiTrust es un repositorio que contiene copias digitales de más de 10 millones de obras de diferentes épocas y en diferentes idiomas y que abarca todo tipo de temas posibles. Entre las funciones que el sistema de HathiTrust ofrece a través de los libros digitalizados está la búsqueda de términos específicos dentro de las copias digitales, lo que resulta en la indicación del número de páginas y número de veces que el término aparece. También permite que personas con alguna discapacidad que dificulte la lectura de materiales impresos puedan acceder a las versiones digitales al completo. Además, permite la preservación de obras en formato digital. Si la biblioteca o institución miembro de HathiTrust pierde de alguna manera una copia en su posesión y no es capaz de obtenerla de otra fuente posible reemplazarla con la versión digital.

Es de notarse que los resultados de búsqueda que ofrece HathiTrust permiten la localización de un libro en bibliotecas locales y ofrece información sobre dónde puede obtenerse una copia. Los Tribunales de primera y segunda instancia de Nueva York han coincidido en que las actividades de digitalización son efectivamente *fair use*. Para el presente artículo, lo que más nos interesa son los criterios utilizados para llegar a dicha conclusión más que la conclusión en sí, aunque no sobra decir que sin duda la valoramos como positiva.



La sentencia de HathiTrust apunta de nuevo a que la tendencia en los últimos tiempos, que comienza en *Campbell v. Acuff-Rose*, es que se dé preponderancia al carácter transformativo del uso que se pretende sea considerado como un uso justo. En ese sentido, la sentencia de apelación destaca que hacer copias digitales de libros de tal manera que permitan la búsqueda de información es un uso altamente transformativo puesto que las copias tienen un propósito totalmente distinto al de las obras originales.

El objetivo es obtener capacidades de búsqueda superiores y no simplemente dar acceso al material protegido por el derecho de autor. Tener como propósito crear una base de datos que permite la búsqueda dentro de los libros digitalizados es un propósito tan diferente del objetivo original de las obras, que debe de ser considerado como transformativo (*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 2012). Esto fue confirmado por el juez de la instancia superior (*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 2014).

Además de lo anterior, ambas instancias coinciden, basándose en los ya estudiados *Campbell v. Acuff Rose*, *Twentieth Century Fox v. Aiken*, y *Harper v. Row*, en que para que un uso pueda ser considerado como justo, no debe de resultar en un daño excesivo al mercado de la obra original, según el cuarto factor, especialmente si la nueva obra que utiliza a la anterior puede sustituir a ésta en el mercado. En este caso, como la digitalización hecha por *HathiTrust* se consideró como un uso transformativo, puesto que el mismo ofrece una funcionalidad nueva y diferente a la de la obra original; en consecuencia, no se puede decir que hay sustitución de los libros originales en el mercado.

Cabe destacar que el juez de primera instancia había dicho no sólo que el uso era transformativo, sino que además destacó que éste constituía una contribución "invaluable" para el avance del conocimiento (*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 2012). Pues bien, en la apelación se dice que éste no debe de ser un factor a tomar en cuenta a la hora de valorar si un uso es transformativo. En cambio, lo que debe de comprobarse es que la obra resultante cumpla con una función nueva y diferente y que no sustituya a la original (*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 2014).

Ahora bien, con base en el cuarto factor también debe analizarse si la utilización que invoca la defensa del *fair use* afecta al mercado existente o potencial de la obra original utilizada. El Tribunal de mayor instancia entendió que en este caso particular no era así. Lo que es destacable es que, en contra a lo que venía sucediendo, se rechazó el argumento de que el tenedor de los derechos podía argumentar que se dañaba su capacidad de hacer negocio con cualquier uso futuro de una obra. Para Picker (2014) esto es positivo, pues de otra manera el criterio daría lugar a que cualquier uso subsecuente sólo sea considerado como *fair use* por un corto periodo de tiempo. Esto es porque una vez que quien hace el uso derivado identifica su valor económico, entonces el tenedor original podría reclamar la obtención de una licencia para realizar dicho uso.





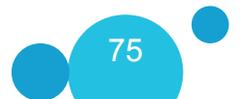
De nuevo, el enfoque parece virar hacia criterios económicos, aunque también parece claro que en las valoraciones sobre el *fair use* de los últimos tiempos, si un uso es transformativo o no, es una parte muy importante del mismo criterio y cuyo resultado tiene incidencia incluso sobre el cuarto factor que, como ya se dijo, también es considerado de importancia primordial. Respecto de los otros dos factores, tanto apelación como primera instancia, dejan entrever el poco peso que en realidad tiene el segundo factor, ya que el mismo apenas se menciona en un párrafo. Lo mismo sucede con el tercer factor; se menciona el precedente existente pero no se añade nada más sobre su peso específico respecto de los demás factores.

g) Authors Guild v. Google, Inc.

Sin duda el asunto *Authors Guild v. Google, Inc.* (2013) ha recibido mucha más atención que el de HathiTrust, a pesar de que sólo ha sido visto en primera instancia y la apelación se encuentra en curso. El asunto se remonta al año 2005 y su desarrollo ha sido seguido atentamente tanto por la prensa como por expertos. Entre 2008 y 2009 las partes intentaron llegar a un arreglo que finalmente fue rechazado por la Corte de Distrito con sede en Manhattan (*Authors Guild v. Google, Inc.*, 2011). Sobre todo el último intento de acuerdo, de 2009, ofrecía soluciones interesantes respecto del tema de las obras huérfanas. Sin embargo, si el mismo se hubiera mantenido, hubiera sido una oportunidad perdida para analizar la aplicación del *fair use* a la iniciativa de Google, si bien la aplicación de la doctrina a sólo un asunto, por su propia naturaleza, no permite sacar demasiadas conclusiones más allá de las tendencias marcadas.

Como ya dijimos, es conveniente analizar ambos asuntos en conjunto pues son de naturaleza similar, si bien la iniciativa de digitalización de Google es mucho más grande que la de HathiTrust y, además, existe una diferencia sustancial entre ambos asuntos: Google es una empresa con ánimo de lucro, según la misma sentencia apunta, obtuvo 36.5 mil millones de dólares en ingresos en 2011. El año pasado, la empresa de California ingresó 66 mil millones de dólares (Google, Inc., 2014). HathiTrust no tiene fines de lucro.

Otra diferencia es que tanto Google como HathiTrust han digitalizado libros con el objetivo de crear una base de datos que permita buscar dentro de dichos libros; sin embargo, los resultados de las búsquedas de Google tienen una función adicional: no sólo revelan las páginas de los libros en que los términos aparecen y el número de veces que lo hacen, también muestran porciones de las páginas de los libros en donde el término buscado aparece. Es decir, Google muestra parte de los libros digitalizados cosa que HathiTrust no hace. En el caso de obras en el dominio público o si así se le ha autorizado, Google también muestra el contenido íntegro de los libros o por lo menos algunas páginas completas.





La iniciativa de Google Books, incluye dos programas: el Programa de Socios (*Partner Program*) que permite a los tenedores de derechos que así lo autoricen decidir qué libros y cuánto de ellos puede ser visualizado después de realizada una búsqueda. El otro proyecto, la Biblioteca (*Library Project*) consiste en la digitalización de más de 20 millones de volúmenes de las colecciones de distintas bibliotecas como la Biblioteca Pública de Nueva York, la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos y las bibliotecas de varias universidades. Algunas de estas bibliotecas sólo permitieron el escaneo de obras en el dominio público y otras permitieron también el escaneo de obras protegidas.

Las bibliotecas participantes pueden descargar una copia digital de cada libro que se encuentra en su acervo. Google no obtuvo la autorización de los tenedores de derechos ni adquirió licencia alguna para realizar la digitalización de las obras. Pese a las diferencias entre ambos proyectos, sobre todo al hecho de que Google persigue el lucro y de que sus resultados muestran partes de los libros protegidos, el juez determinó que haber escaneado 20 millones de libros también constituía *fair use* y, de nuevo, analizar el razonamiento de la Corte, más que valorar el resultado, es lo más interesante para el presente estudio.

De hecho, la citada sentencia de 2014 reconoce los beneficios del proyecto de biblioteca digital e incluso los enumera: señala que su base de datos permite una manera nueva y eficiente de buscar libros y que sin duda se ha convertido en una herramienta de investigación esencial que se ha integrado ya en el sistema educativo; también que la iniciativa promueve un tipo de investigación conocida como *data mining* o *text mining* (minería de datos o de texto) que permite a investigadores de humanidades analizar el contenido de millones de libros; se valora que Google incrementa la posibilidad de tener acceso a libros a distintos tipos de personas, particularmente grupos desatendidos o que tienen dificultades para acceder al contenido, como los individuos con alguna discapacidad; y, que Google permite preservar libros e incluso darles vida nueva cuando se trata de ediciones agotadas.

Los libros pueden, por lo menos dice la sentencia, ser encontrados con el motor de búsqueda y los lectores en potencia pueden saber de su existencia. Además, continúa la Corte, el programa beneficia tanto a autores como a editores pues se ofrece información y enlaces sobre en dónde se puede adquirir o consultar el libro buscado. Como veremos, todos estos méritos influyen en el resultado del análisis de la defensa del *fair use* y, sin duda, que el juez los tome en cuenta es algo positivo.

La sentencia de *Authors Guild v. Google, Inc.* indica, refiriéndose al primer factor, que no es absolutamente necesario que el uso en cuestión tenga el carácter de transformativo pero que la finalidad del copyright, promover la ciencia y las artes, generalmente avanza como resultado de la creación de obras transformativas. Se reconoce así la importancia





del *fair use* para perseguir la finalidad del derecho de autor norteamericano. Hemos dicho que los asuntos de Google y HathiTrust deben estudiarse en conjunto (con razón, pues están relacionados) y es normal que las conclusiones en cuanto al análisis de los factores contenidas en las sentencias sean similares.

Respecto del primer factor se decidió que efectivamente el uso hecho por Google es altamente transformativo pues digitaliza los libros para convertirlos en una base de datos que sirve a lectores, académicos, investigadores, entre otros, para encontrar libros. El uso de texto también es distinto al que normalmente se le da a los libros, pues las porciones mostradas en las búsquedas permiten a los usuarios encontrar obras de manera más eficiente. Además, el texto digitalizado se transforma en datos que permiten las actividades de minería antes mencionadas, lo cual permite la creación y el avance de nuevos campos de investigación. En resumen, dice la Corte, los libros se usan en formas en que no habían sido utilizados antes.

Como el uso es transformativo, también se entiende que la iniciativa de Google no sirve para sustituir a las obras originales, pues no se trata de un lector de libros digitales, se trata de una herramienta que permite la búsqueda de libros y la investigación en base a los mismos. La Corte dice que generalmente, el que una empresa como Google busque el lucro debe de pesar en contra de la consideración de un uso como un uso legítimo, pero eso no tiene por qué ser definitivo. Lo que es más, se considera, Google no se encarga de la venta directa de los libros, a pesar de que indirectamente se beneficia comercialmente de su iniciativa. Aunque la motivación de Google es el lucro, esta iniciativa en concreto sirve a varios propósitos educativos importantes y por eso el análisis del primer factor indica que se trata de *fair use*.

Sobre el segundo factor, la sentencia simplemente apunta a que la mayoría de los libros digitalizados por Google no son obras de ficción (93% contra 7% que sí lo son) que ya han sido previamente publicadas y están disponibles al público, por lo que el segundo factor también indica un uso legítimo. Cabe mencionar que el breve análisis que se hace de este factor, como suele ser, demuestra la poca importancia que el mismo tiene para los jueces. De la misma breve manera se analiza el tercer factor y se determina que el escaneado de obras completas se justifica, incluso si se trata de copias al pie de la letra, debido a que el escaneado al completo es vital para que la función de búsqueda de Google pueda funcionar. Además, salvo ciertos casos, nunca se muestra al público la obra completa.

Respecto del cuarto factor, ya hemos dicho que la Corte de Distrito no ha entendido que los libros escaneados sustituyan en el mercado a las obras originales, pues cumplen otra función. Además, Google da información que permite adquirir los libros, que la empresa misma no vende. Pero, respecto de la afectación del mercado de la obra, la



sentencia dice que Google de hecho contribuye a la venta de los libros en beneficio de los tenedores de derechos, pues permite encontrarlos con facilidad y también sirve para que la audiencia potencial de cada libro crezca, ya que los lectores pueden saber de su existencia y, por ello, el cuarto factor también indica *fair use*.

Para la Corte, haciendo el balance de los cuatro factores en su conjunto, el programa de Google es *fair use* porque ofrece un beneficio público significativo: por los motivos que ya hemos expuesto, contribuye al progreso de las artes y las ciencias al mismo tiempo que intenta respetar los derechos de los autores y creativos sin perjudicar desmedidamente a los tenedores de derechos. Sin duda, este asunto ofrece una interpretación del *fair use* que no puede sino entusiasmar a quienes creen que los límites al derecho de autor tienen un papel fundamental en la consecución de las finalidades del derecho de autor respecto del avance de las artes y las ciencias y en la protección del interés público. Sin embargo, el optimismo solamente puede ser cauto dado que el asunto aún no ha terminado; la sentencia proviene de una instancia inferior y habrá que ver cuál es el resultado final que, desde abril de 2014, se encuentra en apelación.

Tendremos que esperar a la decisión de la última instancia en que se ventile el caso, quizás la Suprema Corte (si seguimos siendo optimistas), para saber realmente si deja un fuerte precedente que revalorice el *fair use*. Tanto este asunto como *HathiTrust* son casos muy particulares y las sentencias les benefician directamente pero no benefician a nadie más. De momento, sentencias no permiten sacar verdaderas conclusiones sobre la doctrina del *fair use* en general (Goldman, 2013). Hemos de recordar que la doctrina se aplica caso por caso y, por supuesto, no todos los asuntos futuros serán tan similares entre sí. En mi opinión, ambas sentencias todavía son un precedente en fase de gestación. Hay que esperar.

Resultado del análisis de las sentencias

Al analizar todas las sentencias anteriores, es posible darse cuenta que definir con claridad el significado de cada factor del *fair use* y sus criterios de aplicación no es tarea fácil, ya que no existe un verdadero consenso. Por ejemplo, *Harper & Row* parece establecer inequívocamente que el cuarto factor es el más importante de todos. Sin embargo, *Campbell v. Acuff-Rose* parece establecer lo contrario, dando más importancia al cuarto factor, para luego afirmar que ningún factor es más importante que otro.



Al mismo tiempo, en Tribunales de menor instancia también se ha decidido que los factores primero y cuarto son los más importantes, lo que no es del todo consistente con el precedente establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Además, a partir de la mencionada *Campbell v. Acuff-Rose* comienza a darse una importancia fundamental a la valoración de si la utilización de obras protegidas resulta en obras nuevas de alto carácter transformativo, tendencia que se mantiene en los dos asuntos más recientes sobre digitalización de libros, Google y HathiTrust que son, sin embargo, asuntos de menor instancia y que se encuentran en curso.

A pesar de las contradicciones, según la doctrina, la tendencia nos dice que el cuarto factor es el que suele considerarse el más determinante de todos (Gorman & Ginsburg, 2006). Según Pallas Loren (2000), la aplicación de los cuatro factores del *fair use* pone un énfasis desequilibrado en los aspectos monetarios y dado que los jueces y tribunales también pueden tener un concepto erróneo de lo que persigue el copyright (pueden creer que sólo existe para proteger intereses económicos), se genera una situación en la que apoyarse en el *fair use* para realizar un uso no autorizado puede no ser deseable.

Si esto es así, entonces se puede acusar al *fair use* de poner demasiado énfasis en aspectos económicos, por encima de otros motivos como el interés público o los derechos fundamentales, a la hora de interpretar si un uso no autorizado constituye o no una infracción a los derechos del autor o tenedor de los mismos —a pesar de sentencias como la de Google, que no es de la Suprema Corte—. Dicha acusación suele hacerse también sobre la interpretación de los límites establecidos en listas cerradas, que son comunes en el derecho continental. A nivel internacional, el analizar los límites a la luz de factores meramente económicos, sin tomar en cuenta otros, se suele citar como uno de los problemas más graves de la regla de los tres pasos. Parece ser, que en este aspecto, el *fair use* no ofrece mayores ventajas, ni es ajeno al problema.

Otra parte de la doctrina opina, resalta que la tendencia actual es que el primer factor vaya cobrando cada vez mayor peso, sobre todo en cuanto a la necesidad de probar que el uso de una obra protegida es transformativo. Esto no es necesariamente positivo, puesto que los jueces tienen una gran discrecionalidad a la hora de determinar si un uso es transformativo o no y esto deja abierta la posibilidad a que se cree aún más incertidumbre respecto de la doctrina del *fair use* (Netanel, 2009). Un ejemplo de esto lo vemos en *Authors Guild v. HathiTrust* en donde la primera instancia intenta valorar la utilidad pública del uso transformativo y la segunda instancia dice que eso no es algo que necesariamente deba ser tenido en cuenta.

Resulta difícil afirmar que haya un verdadero consenso respecto a cuál es la tendencia preponderante en cuanto a la interpretación del *fair use*. Leval (1990) sostiene que asumir que dicho consenso existe es un error, pues las decisiones precedentes no

parecen servir de base para las que vienen después y las opiniones revelan nociones muy diferentes del significado de la doctrina. Más recientemente, Weinreb (1999) ha dicho que la única conclusión que puede sacarse después de analizar la mayoría de las sentencias referentes al *fair use* es que el texto legislativo no debe de tomarse demasiado en serio. Lo ya citado de Pallas o Netanel nos muestra que la situación no ha cambiado mucho en los últimos años.

Aunque lo de Weinreb es una hipérbole, sirve para evidenciar dos defectos del *fair use*: su incapacidad para brindar seguridad jurídica y el peso que se le dan a los criterios económicos; por encima de criterios como la defensa del interés público o los derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho a la educación. Una cosa más que todos los asuntos analizados evidencianes que en la mayoría de los casos se trata de litigios en los que las partes son dos grandes empresas, en donde una invoca la defensa del *fair use* frente a la acusación de otra; dos de las tres sentencias más recientes incumben a Google, por ejemplo. Ésta es una observación relevante, pues parece que los grandes beneficiados del desarrollo del *fair use* son empresas que cuentan con importantes medios económicos para poder costear largos litigios y asumir sus riesgos; y no el público en general, que debería ser el destinatario principal de los límites al derecho de autor.

Doctrina crítica con el *fair use*. ¿El derecho a contratar un abogado?

En la doctrina existen voces críticas con el *fair use* que atacan no sólo a la manera en que se ha desarrollado en los tribunales, sino a su misma concepción. Ya antes hemos apuntado que la concepción misma del *fair use* no parece la más óptima en cuanto a limitaciones al derecho de autor se refiere: con el *fair use*, el concepto es que todo uso no autorizado es una infracción a los derechos del autor, salvo que pueda ser probado que es *fair use*. Así, toda la inseguridad jurídica de la que hablamos recae sobre quien pretende utilizar la obra: un ciudadano de a pie que busca expresarse libremente, un profesor universitario que pretende citar una obra o utilizarla para ilustrar sus actividades académicas, un periodista que quiere acceder a cierta información, o una empresa que pretende desarrollar algo innovador.

Para Boyle (2008, p. 66), en la actualidad el *fair use* equivale a la siguiente metáfora: "he invadido tu propiedad porque moría de hambre, por favor no me castigues". En realidad, la concepción del *fair use* debería ser equivalente a "no he invadido tu propiedad, simplemente he pasado por la vía pública que la atraviesa, un camino que jamás ha



sido de tu propiedad". Desde la perspectiva de Boyle, el problema es que el *fair use* en realidad no sirve para limitar en dónde acaba el derecho del tenedor de los derechos de copyright y en dónde comienza el dominio público. En realidad no es un límite a los derechos de autor, es simplemente un medio de defensa. Lo anterior es lo que ha llevado a Lessig (2005) a decir que el *fair use* es el *derecho a contratar un abogado* para defender el derecho a crear. El autor lo considera un medio demasiado costoso, lento y poco justo para defender dicho derecho.

Hemos de tomar en cuenta que el *fair use* se decide caso por caso, pues no se trata de una lista cerrada de supuestos en los que una obra puede ser utilizada sin autorización. Se trata de un test que toda utilización no autorizada debe de pasar y la única forma de realizar dicho test es un litigio que, por supuesto, conlleva unos costos, generalmente muy altos. Decherney (2012) ofrece un estimado de cuánto podría costar ser encontrado culpable de infringir los derechos de copyright en Estados Unidos y ser condenado a pagar daños y perjuicios por ello; es decir, a lo que una persona podría exponerse si, en un juicio, la utilización no autorizada de una obra para fines de, digamos, crítica o ilustración de la enseñanza, por algún motivo no es considerada como *fair use* por el Tribunal de turno.

Según las estimaciones del autor, con base en que la legislación norteamericana establece que los daños y perjuicios ascienden a entre 200 y 30 mil dólares americanos por obra cuyos derechos han sido vulnerados, cantidad que puede llegar a los 150 mil dólares por obra si se considera que la infracción ha sido hecha con dolo, estaríamos hablando de indemnizaciones potencialmente millonarias. Es decir, pretender defender que una utilización no autorizada es *fair use* puede tener consecuencias económicas muy importantes si el juez o tribunal no le dan la razón a quien invoca la defensa. A esto habría que añadir los costos legales y, por supuesto, el tiempo que llevará llegar a la resolución total del juicio, que generalmente se cuenta en años, con lo que parece que invocar el *fair use* en realidad es un lujo al alcance de unos cuantos.

En el caso particular de México, el artículo 216º bis de la Ley Federal del Derecho de Autor establece que la reparación del daño material y/o moral, así como la indemnización por daños y perjuicios por violación de los derechos del autor u otros tenedores de derechos, es de por lo menos el 40% 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 la Ley. Sobre todo cuando se da un uso innovador de obras en Internet, es fácil ver cómo las indemnizaciones pueden llegar a ser considerables. Además, habrá que esperar que se logre una sentencia firme con todos los costos que esto implica.





Según un análisis hecho por Voegtil (1997), el riesgo de litigio es alto, los costos pueden ser enormes y los riesgos de ser condenado como infractor no son insignificantes por lo que *de facto*, el tenedor de los derechos tiene un poder de censura, en la opinión de Pallas Loren (2000). Como el *fair use* es aplicado a través del litigio y el resultado de un juicio es incierto, la consecuencia puede ser que gente creativa, tanto en la tecnología como en las artes, no se atreva a emprender proyectos que involucran obras protegidas de terceros al no poder asumir el riesgo económico asociado (Decherney, 2012).

Según John Tehranian (2004-2005), un examen de la historia del *fair use* revela que la doctrina no existe para defender el acceso del público a las obras creativas, sino que desempeña un papel fundamental en la expansión del monopolio procurado por el Copyright, lo que tiene un alto costo para el progreso de las artes y las ciencias. En realidad, parece que el *fair use* ha generado una situación en donde el Copyright tiene una gran capacidad para proteger al tenedor de las obras protegidas pero al mismo tiempo tiene el efecto indeseado de contribuir a desincentivar la utilización de contenidos protegidos a partir de los cuales se puedan crear obras nuevas o de desalentar la utilización de obras protegidas para fines como la cita o la crítica, que están íntimamente ligados con la libertad de expresión. Parece que el *fair use* no es capaz de ofrecer soluciones a los mismos problemas que las listas cerradas de límites generan.

Conclusiones

En el plano internacional, un sector de la doctrina sugiere que una forma de arreglar el dilema de la regla de los tres pasos es interpretarla de un modo más parecido al *fair use*. Dentro del ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea, se ha llegado a sugerir por los Tribunales que el *fair use* debe implementarse como un límite más además de la lista cerrada ya existente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 749/2007, de 17 de septiembre de 2008).

Lo cierto es que en la actualidad no es inminente que el *fair use*, o un sistema similar, vaya a ser implantado en la legislación del derecho de autor mexicana, o en cualquier otra del derecho continental; tampoco que se vaya a sustituir la lista actual de límites a los derechos exclusivos contenidos en la ley o se vaya crear un sistema mixto en donde convivan ambos sistemas. Sin embargo, si se quiere considerar adoptar algo como el *fair use* en el derecho interno, es necesario tomar en cuenta todo lo dicho a lo largo de este artículo.

Debe de considerarse que la doctrina del *fair use* es una defensa afirmativa, es decir, la carga de la prueba corresponde a quien la invoca. Así, es quien pretende hacer un uso no autorizado, justificándose en una limitación al derecho de autor, el que debe de



probar que su actividad es un uso legítimo. Esto quiere decir que desde su concepción, el *fair use* establece un sistema en que toda utilización no autorizada es una infracción a los derechos otorgados por la ley, salvo que pueda probarse lo contrario.

El análisis del desarrollo jurisprudencial del *fair use*, que sin duda es más extenso del que hemos podido presentar en este trabajo, evidencia que uno de los defectos de dicha doctrina es su falta de seguridad jurídica. Si bien es cierto que, a la hora de aplicarlo, el *fair use* parece otorgar más flexibilidades que una lista de límites cerrada como la que existe en la legislación actual de México y otros países del derecho continental, el resultado de fijarla doctrina parece ser siempre incierto.

La forma en que se analizan los factores contenidos dentro de la doctrina del *fair use* hacen que la inseguridad jurídica sea sufrida en su mayoría por quien pretende realizar el uso no autorizado y no por el tenedor de los derechos, lo que contribuye a la sobreprotección de este último por parte de la Ley, con las consecuencias importantes que esto puede tener para la protección del interés general de los usuarios de contenidos. El análisis de la jurisprudencia evidencia también que en la valoración que se hace de los factores del *fair use* predominan los criterios exclusivamente económicos por encima de criterios de otra índole y que afectan a derechos considerados como superiores como los derechos fundamentales a la libertad de expresión o el derecho a la educación. En este aspecto, parece que el *fair use* presenta el mismo problema que otros sistemas de limitación al derecho de autor.

La inseguridad jurídica propia del *fair use* y el que su aplicación sea caso por caso y, a través del litigio, hace que el riesgo de las consecuencias económicas dé un resultado desfavorable, desincentive la creación de obras a partir de, o que contienen obras creadas por terceros, en lugar de incentivar la creación de obras nuevas, que debería de ser uno de los objetivos del derecho de autor. Además, el *fair use* puede degenerar en un desequilibrio en la protección de los tenedores de los derechos que sea tal, que termine no sólo por desincentivar la creación, sino que también dificulte el acceso del público a las obras. También puede crear situaciones en las que el tenedor de los derechos tiene un poder de censura *de facto*.

Por todo lo anterior, parece recomendable analizar muy cuidadosamente si realmente el *fair use* es la solución adecuada para los problemas que se presentan respecto de los límites a los derechos del autor y el equilibrio de intereses entre todas las partes involucradas, que estos deben de contribuir a alcanzar. El *fair use* no es la solución a todos los problemas y si es más flexible que otros sistemas, quizás ésta sea su única virtud, pues sus defectos no parecen ser menos que los del sistema actual de lista cerrada de límites, establecido por la legislación del derecho de autor vigente en México.



No debemos distraernos de la verdadera cuestión: todo el sistema del derecho de autor a nivel nacional e internacional requiere de reformas profundas que le permitan adaptarse de verdad a la realidad en la que vivimos. Cuestiones de la llamada piratería aparte, las tecnologías digitales permiten más que nunca la reproducción y distribución de los contenidos de manera más eficiente, lo que debería de mejorar el acceso del público a las obras. Pero, irónicamente, tanto la tecnología, como lo dispuesto en la legislación, permiten a los autores y tenedores de derechos poseer un control más férreo que nunca sobre el acceso a sus obras. La legislación se basa en criterios mayormente económicos y deja en un segundo plano fines que pueden ser considerados como de una categoría superior, por ejemplo, el interés público o la defensa de derechos fundamentales a través del derecho de autor, como pueden ser el acceso a la cultura e información, el derecho a la educación o la libertad de expresión.

Bibliografía

-  A & M Records v. Napster, 239 F. 3d 1004 (2001).
-  AuthorsGuild v. Google, Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (2011) (UnitedStatesDistrictCourt, S.D. New York March de 22 de 2011).
-  AuthorsGuild v. Google, Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (UnitedStatesDistrictCourt, S.D. New York 14 de November de 2013).
-  AuthorsGuild, Inc. v. HathiTrust, 755 F. 3d 87 (UnitedStatesCourt of Appeals, SecondCircuit 2014).
-  AuthorsGuild, Inc. v. HathiTrust, 902 F. Supp. 2d 445 (Dist. Court, SD New York 2012).
-  Blake A. Field v. Google, Inc. , 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).
-  Boyle, J. (2008). *ThePublicDomain: EnclosingtheCommons of theMind*. New Haven: Yale UniversityPress.
-  Bracha, O. (2008). *TheIdeology of Authorshiprevisited: Authors, markets and liberal values in early American Copyright*. Yale LawJournal, 118, 186.
-  Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

- 
- 
 Carter, E. L. (2009). Harmonization of Copyright Law in response to technological change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression. *University of Laverne Law Review*, 30(2), 313.
 - 
 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 28 de septiembre de 1979.
 - 
 Decherney, P. (2012). *Hollywood's Copyright Wars: From Edison to the Internet*. Nueva York: Columbia University Press.
 - 
 Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (1841).
 - 
 Gervais, D. J. (2005). Towards a new core international Copyright norm: The reverse Three-step Test. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 9(1), 1-35.
 - 
 Goldman, E. (2013, 11 de noviembre). *Why Google's Fair Use Victory In Google Books Suit Is A Big Deal—and Why It Isn't*. Recuperado de: <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/11/14/why-googles-fair-use-victory-in-google-books-suit-is-a-big-deal-and-why-it-isnt/>
 - 
 Goldstein, P. (2014). *Goldstein on Copyright*. Nueva York: Aspen.
 - 
 Google, Inc. (2014, 29 de enero). Google Inc. Announces Fourth Quarter and Fiscal Year 2014 Results. Recuperado de: investor.google.com: https://investor.google.com/pdf/2014Q4_google_earnings_release.pdf
 - 
 Gorman, R. A. y Ginsburg, J. C. (2006). *Copyright: cases and materials*. Estados Unidos: Foundation Press.
 - 
 Harper y Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).
 - 
 Herrington, T. (2010). International Fair Use? *Technical Communication*(7), 319-329.
 - 
 Hugenholtz, P. y Senftleben, M. (2011, 14 de noviembre). Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities. Recuperado de *Social Science Research Network*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554
 - 
 Lessig, L. (2005). *Free Culture: the nature and future of creativity*. Estados Unidos: Penguin Books.

-  Leval, P. N. (1990). Toward a Fair Use Standard. *Harvard LawReview*(103), 1105.
-  Ley Federal del Derecho de Autor, *Diario Oficial de la Federación*, México, 14 de julio de 2014. Copyright Act de 1976
-  Loredó, A. (2006, febrero). *Derecho comparado: Derecho de autor y copyright. Dos caminos que se encuentran*. Recuperado de alfa-redi. Derecho y Nuevas Tecnologías.: <http://alfa-redi.org/node/9065>
-  Netanel, N. W. (2009). Making sense of Fair Use. *Lewis & Clark LawReview*(15), 715.
-  Okediji, R. (2000). Towards an International Fair Use Doctrine. *Columbia Journal of Transnational Law*, 39(1), XI-76.
-  OMC. (1994). Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.
-  Pallas Loren, L. (2000). The purpose of Copyright. *Open Spaces Quarterly*, 2(1): 1.
-  Patterson, R. L. (1997-1998). Folsom v. Marsh and its Legacy. *Journal of Intellectual Property Law*(5), 431.
-  Picker, R. C. (2014, 6 de agosto). Authors Guild v. HathiTrust: Fair Use comes to Digital Book repositories. Recuperado de the Media Institute: <http://www.mediainstitute.org/IPI/2014/080614.php>
-  Reporte del Congreso de los Estados Unidos, H.R. Rep. N° 94-1976, 94th Cong. 2d Sess. 65-66 (1976).
-  Sag, M. (2011). The Pre-History of Fair Use. *Brooklyn LawReview*, 76: 1371.
-  Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, del 17 de septiembre de 2008, REC 749/2007.
-  Sheffner, B. (2009, 9 de octubre). Sony v. Tenenbaum: There are limits to fair use defense in copyright infringement cases. *Legal Opinion Letter of the Washington Legal Foundation*, 18(25): 1-2. Recuperado de Legal Opinion Letter of the Washington Legal Foundation: http://wlf.org/Upload/legalstudies/legalopinionletter/100909Sheffner_LOL.pdf
-  Sony v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).



Steward v. Abend, 495 U.S. 207 (1990).



Tehrani, J. (2004-2005). Et Tu Fair Use: The triumph of natural law copyright. *University of California Davis LawReview*(38), 465.



Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 20 de diciembre de 1996.



Voegtl, N. A. (1997). Rethinking Derivative Rights. *Brooklyn LawReview*(63), 1213.



Weinreb, L. L. (1999). Fair Use. *FordhamLawReview*(67), 1291.

