

PROPIEDAD INTELECTUAL Y ACERVO COMÚN: LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO DE AUTOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN

INTELLECTUAL PROPERTY AND COMMON
PROPERTY: THE MIXED NATURE OF
COPYRIGHT FROM THE STANDPOINT OF
THE COMMON GOOD

PROPRIEDADE INTELECTUAL E ACERVO
COMUM: A NATUREZA MISTA DO DIREITO
AUTORAL SOB A PERSPECTIVA DO BEM
COMUM

JUAN F. CÓRDOBA-MARENTES*

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma universidad. Correo electrónico: juanfc@unisabana.edu.co

RECIBIDO: 14 DE JUNIO DE 2013. ENVÍO A PARES: 28 DE JUNIO DE 2013.
APROBADO POR PARES: 10 DE ENERO DE 2014. ACEPTADO: 12 DE FEBRERO DE 2014.

DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.2



Universidad de
La Sabana

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
CÓRDOBA-MARENTES JUAN, PROPIEDAD INTELECTUAL Y ACERVO COMÚN: LA NATURALEZA
MIXTA DEL DERECHO DE AUTOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN, EN *DÍKAION*, 23-2
(2014), PP. 223-250. DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.2

223

RESUMEN

En los distintos sistemas de protección —sustentados en las posturas de los pensadores que más los influyeron— se ha defendido tradicionalmente la concepción del derecho de autor como un derecho natural, en el entendido de que aquel se origina como resultado del trabajo del autor y como extensión o reflejo de su propia personalidad. El presente trabajo plantea varias precisiones a esta concepción y propone nuevas alternativas para responder *quid ius auctore*, qué es el derecho del autor, mediante la utilización de categorías aristotélico-tomistas. Para ello, ofrece una aproximación filosófica a los problemas concretos de este derecho, a partir de los conceptos de bienes humanos básicos, tendencias o inclinaciones, bien común y acervo común. El análisis se centra inicialmente en la persona del autor y en el proceso de creación de la obra, para continuar después con una revisión de las facultades —patrimoniales y morales— que especifican dicho derecho y de su caracterización como derecho humano. Finalmente, se presentan algunas anotaciones sobre la naturaleza del derecho del titular derivado, en el entendido de que ella difiere de la del autor individualmente considerado.

PALABRAS CLAVE

Derecho de autor, propiedad intelectual, acervo común, bien común, bienes humanos básicos, derechos humanos.

ABSTRACT

In the different protection systems – backed by the views of the thinkers who influenced them the most – the concept of copyright as been defended traditionally as a natural right, with the understanding that it comes as a result of the author's work and as an extension or reflection of his/her own personality. This paper suggests several clarifications on this concept and proposes new alternatives for responding *quid ius auctore*; namely, copyrights, using Aristotelian-Thomistic categories. In doing so, it offers a philosophical approach to the specific problems with this right, founded on the concepts of basic human goods, tendencies or inclinations, common good and common property. The analysis focuses initially on the author and on the process of creating a work, then goes on to review the patrimonial and moral faculties that identify that right and its characterization as a human right. Lastly, there are several remarks on the nature of the right holder, with the understanding that it differs from that of the author considered individually.

KEYWORDS

Copyright, intellectual property, common property, common good, basic human goods, human rights.

RESUMO

Nos diferentes sistemas de proteção —apoiados nas posturas dos pensadores que mais os influenciaram—, tem sido defendida tradicionalmente a concepção do direito autoral como um direito natural, no sentido de que aquele se origina como resultado do trabalho do autor e como extensão ou reflexo de sua própria personalidade. O presente trabalho propõe várias precisões a essa concepção e propõe novas alternativas para responder *quid ius auctore* o que é o direito autoral, mediante a utilização de categorias aristotélico-tomistas. Para isso, oferece uma aproximação filosófica aos problemas concretos desse direito a partir dos conceitos de bens humanos básicos, tendências ou inclinações, bem comum e acervo comum. A análise centraliza-se inicialmente na pessoa do autor e no processo de criação da obra, para continuar depois com uma revisão de sua caracterização como direito humano. Finalmente, apresentam-se algumas anotações sobre a natureza do direito do titular derivado, no sentido de que ela difere da do autoral individualmente considerado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito autoral, propriedade intelectual, acervo comum, bem comum, bens humanos básicos, direitos humanos.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. *QUID IUS AUCTORE*: LOS BIENES HUMANOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE AUTOR; 2. TÍTULO Y MEDIDA DEL DERECHO DE AUTOR; 3. LO “PROPIO” DEL AUTOR Y SU RELACIÓN CON EL ACERVO COMÚN; 4. LA PERSONALIDAD DEL CREADOR Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR; 5. EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO HUMANO; 6. LA MUTACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR: ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO DEL TITULAR DERIVADO; 7. CONCLUSIÓN; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el famoso caso *Folsom v. Marsh*, en el que se propusieron los lineamientos iniciales del *fair use* norteamericano o doctrina del uso honrado de las obras protegidas, el juez Story había advertido que la propiedad intelectual, especialmente el *copyright*, podía calificarse como la “metafísica del derecho”, aludiendo a lo complicado que resultaba categorizar esta especie de propiedad de características intangibles.¹ La afirmación del juez Story estaba justificada en los debates que, aún para aquel momento (1841), eran evidentes en relación con la naturaleza del derecho que les era atribuible a los creadores de obras literarias o artísticas. En efecto, en la misma génesis del *copyright*, se citaron las teorías de Locke para reclamar, en cabeza de los autores, un derecho exclusivo de reproducción como recompensa al tiempo y esfuerzo invertidos en la producción de las obras.² A este criterio de “justa recompensa por el trabajo” —que terminó influyendo en el Estatuto de la reina Ana y en posteriores normas sobre la materia— se le sumaron las teorías utilitaristas —difundidas principalmente por Bentham y Mill— que ayudaron a configurar el sistema de propiedad intelectual estadounidense, desde la cláusula sobre el tema en la Constitución de 1787 hasta las leyes que desarrollaron los postulados constitucionales a partir de la última parte del siglo XVIII.

Adicionalmente, cuando el juez Story manifestaba su perplejidad sobre la naturaleza del derecho en el *copyright*, ya se estaba construyendo el sistema de derecho de autor latino-germánico, principalmente por los aportes franceses, que lo definieron como una especie de propiedad (literaria y artística) compuesta por derechos de índole moral y patrimonial, y las elaboraciones de la doctrina alemana, con Kant y Hegel a la cabeza, que calificaban el derecho de autor como uno de carácter personalísimo,³ diferenciándolo de la propiedad que se ejercía sobre el ejemplar en donde estaba contenida la obra. Muchas otras teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor se han expuesto desde que el juez Story se preguntó por ello, comenzando por las que lo califican como

1 Cfr. *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901). Muchos académicos coinciden en la dificultad de caracterizar la propiedad intelectual. Por ejemplo, HETTINGER considera que si ya es difícil determinar la propiedad sobre los bienes corporales, aún más lo es definir la forma de apropiación de las creaciones intelectuales; Edwin C. HETTINGER, “Justifying Intellectual Property”, *Philosophy and Public Affairs*, 18 (1) (1989), pp. 31-52, 31.

2 Sin embargo, autores como GERVAIS y GORDON critican el hecho de que se usen las teorías de LOCKE como un modelo de *copyright* dado que, según su interpretación, LOCKE nunca abogó por un sistema particular de propiedad intelectual. Cfr. DANIEL GERVAIS, “Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together”, en P. L. C. TORREMANS, *The Hague, Kluwer Law*, 2007, pp. 3-23, 16; WENDY J. GORDON, “A property right in self-expression: equality and individualism in the natural law of intellectual property”, *Yale Law Journal*, 102 (7) (1993), pp. 1533, 1540.

3 Esto, aunque tradicionalmente se ha asociado a HEGEL con posturas más cercanas a los colectivismos.

un derecho intelectual *sui generis*, hasta aquellas que le niegan la categoría de derecho, pero no se profundizará en ellas en este artículo, cuyo propósito principal es resaltar las cuestiones dentro del actual sistema protector del derecho de autor que requieren de una respuesta desde la filosofía, con el fin de desentrañar los fundamentos de los derechos que confluyen en él y, así, estar en capacidad de responder *quid ius auctore*, qué es el derecho de autor.

1. QUID IUS AUCTORE: LOS BIENES HUMANOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE AUTOR

Un modo posible de reflexión sobre el *quid ius auctore*, es el que atiende a su sentido o finalidad, esto es, al “para qué”: ¿Qué bienes, valores o fines humanos pretende realizar el denominado “derecho de autor”?⁴ En efecto, la creación de una obra suele originarse e ir acompañada de un interés por buscar, captar y transmitir conocimiento. Esta curiosidad intelectual es intrínseca al hombre, pero su mayor o menor desarrollo depende de las circunstancias particulares de cada uno y del entorno sociohistórico en el que le ha correspondido vivir.⁵ Así, la tendencia natural a conocer y a transmitir lo conocido⁶ tendrá más posibilidades de concretarse en creaciones si la persona, o creador en potencia, ha crecido en un ambiente en el que se promueve la difusión del conocimiento mediante, por ejemplo, buenos hábitos de lectura, transmisión oral de tradiciones e historias, políticas para ampliar el acceso a la cultura, etc. Al contrario, esa inclinación natural a la búsqueda del bien básico que es el conocimiento tendrá un avance inferior en sociedades —y en miembros de estas— en las que se evidencie la carencia de políticas e iniciativas para el fomento de la cultura y la lectura, o donde se formen mayoritariamente interlocutores pasivos, como televidentes y adictos a las redes sociales.⁷

4 Se utilizan en este trabajo categorías conceptuales aristotélico-tomistas, en particular, la interpretación que han hecho de ellas John FINNIS y Javier HERVADA. De manera especial, se hace referencia al concepto de tendencias o inclinaciones desarrollado por Tomás de AQUINO y HERVADA, y al de bienes humanos básicos de FINNIS. Sobre la finalidad, véase por ejemplo: TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, Ed. Católica, trad. de T. URDANOZ, 1956, I-II, q. 1, a. 1-3; JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press, 2 ed., 2011, 59-80; JAVIER HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, Pamplona, Eunsa, 2002, pp. 176-177.

5 Como lo anota HERVADA, toda construcción cultural presupone un dato natural; JAVIER HERVADA, *Leciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 3 ed., 2000, p. 473.

6 BÉCOURT propone una relación necesaria entre creación y comunicación: “[L]a creación, cualquiera que sea su índole, se caracteriza por el deseo de comunicación; no hay autor que no desee, a través de su obra, entregar al público lo mejor de él mismo, sin que puedan disociarse los elementos de la trilogía fundamental autor-obra-público. La divulgación constituye, pues, la última manifestación de soberanía del autor: la relación de creación que lo unía a su obra queda sustituida por una relación de comunicación entre el autor y el público”: DANIEL BÉCOURT, “La Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”, *Boletín de derecho de autor - Unesco* XXIV, 4 (1990), pp. 4-13, 4.

7 FINNIS insiste en que los bienes humanos básicos son universales, pero el modo y las circunstancias de desarrollarlos son “locales”, atendiendo de la plasticidad de las inclinaciones humanas: JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 84. Más aún, la elección del modo de desarrollar bienes humanos es el plano más propio para el ejercicio de la libertad. Véase, por ejemplo: JOHN FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1998, pp. 106-107; JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 100.

Por otro lado, el acto de creación es también resultado de la inclinación natural del hombre al trabajo, que se manifiesta en el esfuerzo desplegado para construir la obra.⁸ Para un autor, las actividades desarrolladas en el proceso creativo son su *trabajo* y con él espera obtener una recompensa o remuneración, como cualquier otro trabajador. Ciertamente, el oficio del autor será mayor o menor dependiendo de la clase de obra que esté produciendo, y de las superiores o inferiores habilidades y conocimientos que posea naturalmente, pero es innegable que, cualesquiera que sean estas disposiciones, siempre habrá un componente de trabajo en su quehacer. En todo caso, el trabajo que despliega el autor posee algunas características que lo distinguen de otra clase labores. Así, por ejemplo, es usual que, a diferencia de otras actividades, la realizada por el autor no suela tener unos beneficiarios determinados desde el principio,⁹ sino que llegan a serlo a medida que usan o interactúan con la obra, algunas veces de manera inmediata y, otras muchas, con un amplio espacio de tiempo intermedio (v. g., la actual lectura o apreciación de obras clásicas). Adicionalmente, los resultados de la labor del autor no se agotan la primera vez que se disfrutan sino que, por el contrario, pueden serlo una y otra vez, traspasando las barreras de tiempo y espacio.

Asimismo, para muchos autores, la producción de la obra no significará solo esfuerzo sino que constituirá también un escenario ideal para realizar algo que se disfruta por sí mismo, resultado de esa inclinación natural al juego a la que se refiere Finnis.¹⁰ Finalmente, determinadas obras, en especial aquellas de carácter literario y artístico, tienen su origen en la tendencia natural del hombre a buscar y disfrutar de la belleza y de la experiencia estética en general.¹¹ Esa misma inclinación acompaña al autor en la producción de la obra¹² y en su

8 En la necesidad de reconocer un derecho o una recompensa al autor en razón de su trabajo coinciden todas las teorías iusnaturalistas del derecho de autor, en sus múltiples vertientes, principalmente, en los derechos inglés, francés y alemán. Por otro lado, distintos autores han intentado encontrar antecedentes del reconocimiento que hicieran pueblos primitivos de un derecho sobre las creaciones, como consecuencia del trabajo invertido en su producción. Por ejemplo, se cita el caso de tribus asiáticas y africanas en las que solo tenía derecho a usar una canción, un poema o una pintura aquel que la hubiera creado: Marie Claire Dock, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 79 (1974), p. 127, 129; Stig Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Estocolmo, t. I, 1967, p. 47 (nota 35).

9 Está, por supuesto, la excepción de la "obra por encargo", en la que estarán definidos los beneficiarios directos aunque, casi nunca, los indirectos.

10 Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 87.

11 Sin embargo, el carácter estético o la belleza de la obra no es un requisito para su protección por el derecho de autor, ni en el sistema latino germánico ni en el *copyright*. Sobre lo anterior, LALIGANT considera que la expresión "propiedad literaria y artística" que se utiliza en Francia y otras latitudes no se compadece con el verdadero objeto de protección del derecho de autor, esto es, las meras creaciones de forma, sin importar su carácter estético: Olivier LALIGANT, "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'objet de la protection", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 147 (1991), p. 67.

12 En todo caso, como establece un principio tradicional en esta materia, la obra resultante debe ser percibida por los sentidos, debe tener una dimensión externa (una *res exterior*) para ser protegida como derecho. HERVADA explica brevemente la razón de ello para los derechos en general: "como la justicia consiste en dar lo que respecta al derecho, solo si la cosa propia de alguien puede ser objeto de actividad por parte de los demás, podrá ser objeto de la justicia. Lo que permanece en el santuario de la conciencia o de los pensamientos de la persona, lo que se mantiene dentro del arcano de su intimidad,

correspondiente apreciación.¹³ Sin embargo, en el caso de la creación intelectual, a diferencia de otras clases de bienes, ella puede satisfacer tanto la inclinación al juego como la tendencia a disfrutar de la experiencia estética de manera indefinida, en la medida que su resultado no se agota en un acto y que sus beneficiarios seguramente serán también indeterminados.

Se puede observar, entonces, que en el sustrato de cualquier creación se encuentra la inclinación natural del hombre a buscar y a hacer efectivos unos bienes básicos que le son propios:¹⁴ conocimiento, comunicación, trabajo, juego y experiencia estética, entre otros. Estos bienes y valores son al mismo tiempo reflejo de la propia naturaleza humana —fundamento último de todo derecho—¹⁵ y fines hacia cuya realización plena tiende toda persona y, particularmente en este caso, el creador. Se puede afirmar, por tanto, que la naturaleza del hombre constituye fuente de la actividad creadora y, por ende, de las obras resultantes. Y así como la tendencia natural a buscar el bien básico del trabajo sustenta derechos como la obtención de un salario justo y el respeto por la dignidad del trabajador, y la inclinación a comunicarse fundamenta el derecho a informar y ser informado, en ese mismo sentido, la conjunción de los bienes y las disposiciones naturales que confluyen en la labor creativa fundamentan también unos derechos que le son debidos al autor. En otras palabras, de la puesta en práctica de las naturales inclinaciones del hombre a crear obras, fluyen y se justifican unos derechos de aquél sobre estas y frente al resto de la comunidad.¹⁶ Atendiendo a lo anterior, se puede sostener que los derechos del autor tienen su fundamento en el proceso creativo, propio de la naturaleza humana y de sus condiciones existenciales.¹⁷

no entra en las relaciones con los otros y, en consecuencia, no es objeto de la virtud de la justicia". Javier HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, op. cit., p. 65.

13 Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 87-88.

14 Dado que en este trabajo se continuará haciendo referencia a los "bienes humanos básicos" o "valores básicos", es importante aclarar lo que significa este concepto que, en la filosofía moderna, es principalmente desarrollado por FINNIS. La explicación central se puede encontrar en los capítulos III, IV y V de *Natural Law and Natural Rights*. Por ahora, para los propósitos de esta inicial aproximación, basta citar el Estudio Preliminar que hace ORREGO sobre la obra de FINNIS en su traducción al castellano: "Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen [...] FINNIS sostiene que los primeros principios de la razón práctica —también el primerísimo en que todos los demás se fundan: *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*— y los correspondientes bienes humanos básicos son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí *experiencia* pues no son innatos. Los bienes o valores básicos, a fuer de evidentes son igualmente primarios e incommensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores". Cristóbal ORREGO, "Estudio Preliminar", en John FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. de C. ORREGO, 2000, pp. 18-20.

15 Cfr. Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, op. cit., pp. 232-233.

16 Cfr. Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, París - Bogotá - Buenos Aires, Unesco - Cerlalc - Zavalía, 1993, p. 40.

17 En la "Carta del Derecho de Autor" de 1956 se afirma algo similar: "El derecho de autor se funda en el acto de la creación intelectual. Tiene su origen en la naturaleza misma de las cosas. [...] El título justificativo del derecho de autor, que reside en el acto de creación intelectual, radica únicamente en la persona física de su o sus creadores, cuando este derecho nace": Declaración adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), en su XIX Congreso celebrado en Hamburgo en septiembre de 1956. En todo caso, como se verá, aunque se pueda afir-

2. TÍTULO Y MEDIDA DEL DERECHO DE AUTOR

El que un derecho se encuentre fundamentado en la naturaleza humana o en una estructura derivada de esta, no significa que su título, esto es, aquello mediante lo cual se atribuye algo como un derecho o se origina el dominio sobre una cosa,¹⁸ se pueda calificar, *ipso facto*, como natural, tal como se ha sostenido desde la orilla del liberalismo con el fin de justificar y defender el derecho de autor. Como se observó en el recuento histórico, una de las principales fuentes para calificar como “natural” al derecho de autor —como una forma de propiedad— es la de Locke y sus consideraciones acerca de la propiedad privada. En efecto, cuando el filósofo inglés reflexionó sobre la manera como se originaba la propiedad, situó su especulación en un hipotético estado de naturaleza en el que, originalmente, todas las cosas pertenecían en común a toda la humanidad. Sin embargo, aunque comunes, dichos bienes podían ser el objeto del trabajo y, siendo ello así, esto es, en la medida que el hombre imprimiera su esfuerzo y su propia persona en tales bienes, se estaría apropiando de ellos, mediante la generación de un vínculo entre él y la cosa. La propiedad, por tanto, sería de derecho natural y lo único que correspondería al Estado, como instrumento posterior a ese estado de naturaleza, sería proteger efectivamente el disfrute de la propiedad adquirida por sus asociados.

Sin embargo, el raciocinio de Locke adolece de varias fallas, que afectan necesariamente sus conclusiones. Por una parte, el vínculo que se genera entre la cosa y el hombre que ha trabajado para conseguirla, moldearla o disfrutarla, no es un vínculo jurídico propiamente dicho sino, más bien, un lazo de carácter artístico o técnico. En efecto, no es posible atribuirle efectos jurídicos de propiedad a la simple decisión individual de apropiarse de una cosa mediante labores respecto de la misma. Si, efectivamente, este fuera el resultado —la atribución de propiedad sobre una cosa que se ha trabajado—, no sería consecuencia de un acto jurídico individual, sino de la ocurrencia del mismo en el marco de una decisión colectiva (política) que le ha reconocido a dicho sujeto la posibilidad de adquirir algo como consecuencia del trabajo desplegado. Una razón muy importante para que ello solo pueda ser así es el presupuesto del que parte el mismo Locke, es decir, el carácter común que tienen los bienes antes de ser apropiados. Y es que, en su afán por justificar un título natural a la propiedad privada, el padre del liberalismo otorgó a la *res in commune* los mismos efectos de la *res nullius*, esto es, que pueda ser adquirida por la simple decisión individual de apropiársela.

El concepto lockeano de propiedad tiene una clara incidencia en el de propiedad intelectual en general, y en el del derecho de autor en particular. Así, al tiempo que no se puede negar que la obra está ligada, de una u otra forma, a su autor, ello no implica, de suyo, que el solo hecho de la creación de la obra haga surgir un vínculo de naturaleza jurídica entre dicho sujeto y el producto resultante de su intelecto.

mar que el fundamento del derecho se encuentra en la naturaleza humana y en el acto de creación propio de esta, el título, sin embargo, es mixto y no exclusivamente natural.

18 Cfr. Javier HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, op. cit., pp. 71; JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 10a. ed., 2001, p. 48.

La atribución jurídica de una obra a su autor será consecuencia de una decisión colectiva, orientada al bien común, mediante la cual se determinará que, para la satisfacción de objetivos importantes para la sociedad, es conveniente otorgar a dicho autor unas prerrogativas especiales sobre su creación. Nuevamente, y con mayor claridad, se puede observar que los bienes utilizados en la producción de la obra —su materia prima (conocimientos, cultura, memoria, etc.)— son *res in commune* —o parte de un acervo común, según se verá más adelante— por lo que no podrían ser apropiados individual y arbitrariamente, sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen y sin referencia a su bien común.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir entre el fundamento del derecho de autor —respecto del cual ya se identificaron elementos para considerarlo como natural— y el título del mismo, el cual puede calificarse como mixto en la medida que, además de una atribución natural, requerirá de una definición política, de una decisión colectiva —y, por tanto, positiva— que atienda las particulares circunstancias de la sociedad en la que se pretenda estatuir un determinado sistema de salvaguarda del autor y de los productos de su intelecto. Situados en este contexto, se puede apreciar mejor el papel del trabajo como fuente del derecho sobre la obra. En efecto, en un determinado contexto social —como el que caracteriza a la sociedad actual— puede ser completamente razonable incluir al trabajo del autor como una de las fuentes principales para constituir un derecho que requiere ser protegido y respetado. Sin embargo, al lado del trabajo será posible identificar otras fuentes para ser titular del derecho, cuyos efectos también han sido definidos colectivamente, como el contrato, la donación, la herencia, etc., fuentes que, en todo caso, solo pueden referirse al componente patrimonial del derecho del autor y no al moral.

En lo que atañe al alcance de este derecho, así como se afirma que este se encuentra sustentado en un título mixto más que en uno exclusivamente natural, la manera y extensión (medida) como él puede ser ejercido también deberán ser definidas mediante decisiones colectivas, referidas al bien común, considerando las distintas circunstancias fácticas que rodeen su reconocimiento en un contexto histórico, social y económico en particular. Así, competirá a la ley —como forma de manifestación de esa decisión política— determinar la forma y categorización de los instrumentos jurídicos que se utilizarán para la protección del derecho, por ejemplo, estableciendo una especie de monopolio sobre la obra en cabeza del creador, o calificándolo y atribuyéndole las características de la propiedad, u otorgándole al autor una recompensa, remuneración o premio por la creación. También será objeto de la legislación positiva el determinar el tiempo durante el cual dicho derecho estará protegido, las formalidades requeridas para la protección, las distintas prerrogativas que detentarán los autores con el propósito de hacerlo efectivo y las acciones que podrá iniciar cuando este sea vulnerado. En fin, son múltiples y variadas las cuestiones que deben ser definidas por el legislador cuando se trata de demarcar los contornos del derecho que pueden reclamar los autores y, en ese sentido, es dable concluir que este exige una medida mixta, esto es, una medida que, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas —las obras protegidas y los bienes humanos relacionados— sea concretada positivamente por los mismos hombres.

En todo caso, esta concreción positiva, lejos de ser arbitraria, deberá ser razonable,¹⁹ tomando en cuenta la satisfacción de los mismos bienes humanos básicos y tendencias naturales que constituyen fundamento del derecho de autor, tales como el conocimiento, la expresión, el trabajo, la experiencia estética y el juego, y atendiendo a las circunstancias naturales y existenciales²⁰ que permitan juzgar la regulación particular de este derecho, en un contexto determinado, como adecuada para el fin que se propone, esto es, el desarrollo de los bienes y las tendencias antedichos.

El derecho de autor tiene, entonces, una naturaleza mixta, en cuanto su título es mixto —aunque fundamentado en bienes e inclinaciones naturales hacia los que se debe orientar también— y se encuentra circunscrito por una medida definida por la naturaleza de las cosas y la decisión colectiva. De esta manera, si el autor quiere reclamar una justa compensación por su trabajo, el sustento para esa demanda, más que exclusivamente en el derecho natural, se encontrará en el ordenamiento jurídico que ha definido que el trabajo intelectual es fuente primordial para la obtención de eso que le es debido al autor, al tiempo que será el legislador quien definirá el alcance de dicha compensación, presentes las distintas circunstancias existenciales y de bien común que puedan influir en dicha determinación. De igual forma, fundamentado en bienes e inclinaciones naturales, el bien común exigirá que se proteja la manifestación de la personalidad y reputación del autor cuando se utilice una obra que ha emanado de su ingenio, y corresponderá a la misma ley definir la forma como ello se hará, por ejemplo, mediante la salvaguarda de su derecho “moral” —propio del sistema latino-germánico— o acudiendo a derechos de carácter más general, como aquel al honor y al buen nombre —a los que se acude particularmente en el *common law* a falta de derechos morales—. Al confluir trabajo e ingenio en la producción de una obra, lo debido al autor será una recompensa acorde con los bienes humanos en los que se sustenta y hacia los que tiende, materializándose dicha retribución en privilegios definidos —por las normas positivas— como derecho patrimonial y derecho moral o de la personalidad del autor.

3. LO “PROPIO” DEL AUTOR Y SU RELACIÓN CON EL ACERVO COMÚN

En relación con la gama de facultades de carácter patrimonial, es válido sostener que, en la medida que el derecho le reconoce al autor (persona) un título sobre aquello que sea consecuencia del ejercicio de su natural inclinación a buscar el desarrollo de bienes humanos básicos como el trabajo, la libre expresión, el conocimiento, el juego y la experiencia estética, la obra o creación resultante será, hasta

19 Sobre la necesidad de razonabilidad en la determinación de la medida de los derechos véase, por ejemplo, Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, pp. 141-142.

20 Véase la reflexión sobre la finalidad y sobre las condiciones existenciales que hace COTTA; véase Sergio COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, Pamplona, Eunsa, trad. de PASTOR, I. PEIDRÓ, 1987, pp. 21-24.

cierto punto, de su propiedad.²¹ Se dice que hasta cierto punto porque, después de todo, la obra no ha emanado exclusivamente de él.²² Aunque, por supuesto, es preciso reconocer su trabajo e ingenio, al mismo tiempo es menester tener en cuenta que su producción proviene, en mayor o menor medida, del acervo común de la humanidad y que, además, ayudará a acrecentarlo.²³

Es posible encontrar rastros de la idea de la propiedad como beneficiaria y tributaria del acervo común en la obra de Aristóteles cuando afirma que, por razones de mejor cuidado, es preferible que los bienes pertenezcan a particulares, pero que en el momento de su utilización se hagan comunes.²⁴ Esta concepción es igualmente desarrollada por Tomás de Aquino, quien al responder a la cuestión de si es lícito a alguien tener una cosa como propia, manifiesta que cuando se trata de bienes exteriores, al hombre le corresponde usar y disfrutar de los mismos. Sin embargo —agrega— al usar y disfrutar de estas cosas, no las debe considerar exclusivamente propias sino que, por el contrario, debe tenerlas por comunes, de modo que cuando otros las necesiten, les puedan dar fácil participación.²⁵ Adicionalmente, al tratar de la conformación y uso de ese acervo de cosas comunes, sostiene que las cosas materiales o inferiores —por contraposición a las espirituales— deben estar destinadas a satisfacer las necesidades de los hombres. De aquí se desprende, de acuerdo con el Aquinate, que la división y apropiación de las cosas, según el derecho de los hombres, no pueda impedir que con ellas se puedan satisfacer las necesidades de los hombres que lo requieran.²⁶

En tiempos modernos, Finnis también ha desarrollado el concepto de acervo común como condicionante de la propiedad privada al afirmar respecto del titular de una cosa que, aunque detenta la posibilidad de usar esta para satisfacer, de manera

21 Sobre el alcance del concepto de propiedad privada, FINNIS considera que esta consiste en otorgarle a su titular la primacía para usar y disfrutar de la cosa, en la medida que esta disponibilidad acrecienta su razonable autonomía y lo estimula a hacerla producir y a cuidarla: JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 173.

22 Con razón, HERVADA considera que el “hombre inventa (palabra que significa hallazgo, encontrar algo que ya estaba al menos en potencia) y no crea (sacar algo de la nada). El hombre es inventor, no creador”. JAVIER HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, *op. cit.*, p. 95.

23 Cfr. JANE C. GINSBURG, “Author and Users in Copyright”, *Copyright Society of U.S.A.*, 45 (1997), pp. 1-20, 5; JESSICA LITMAN, “The Public Domain”, *Emory Law Journal*, 39 (1990), pp. 965, 965 y ss.; GERVAIS anota que el mismo LOCKE reconoce la existencia de una correlación entre lo que un individuo debe a la sociedad y lo que esta debe al individuo, aunque considera que deben reconocerse los esfuerzos que ha desplegado el individuo para crear o adaptar algo que estaba en el dominio público: DANIEL GERVAIS, “Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together”, *op. cit.*, pp. 16-17.

24 A esta conclusión llega, después de sostener, entre otras cosas, que un régimen de propiedad justo debe contar con las ventajas tanto de un sistema privado como de uno común: “[E]s preciso que en cierto modo la propiedad sea común, aunque sea en general privada. Así pues, los intereses, al estar repartidos, no causarían reclamaciones de unos contra otros, y rendirán más al aplicarse cada uno a lo suyo. Pero, gracias a la virtud, se obrará para su uso conforme al dicho ‘las cosas de los amigos son comunes’. [...] Pues aunque cada uno posea su propiedad privada realiza las cosas provechosas a sus amigos y se sirve de otras que le son comunes”. ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Tecnos, trad. de C. GARCÍA GUAL y A. P. JIMÉNEZ, 2004, Libro II, Cap. V.

25 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 66, a. 2; JOHN FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 189-190.

26 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 66, a. 7; JOHN FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 190-196.

razonable, sus necesidades y las de sus dependientes, ese mismo propietario debe tener presente que el resto de la propiedad y de sus frutos los mantiene como parte del acervo común (*common stock*). Así, lo que inicialmente era común —las cosas en servicio de todos los hombres— ingresa a la órbita privada como consecuencia de algún acto de atribución, únicamente en la medida necesaria para satisfacer las propias necesidades pero, en virtud del bien común, continúa haciendo parte de tal acervo común. El principal efecto de esta pertenencia al acervo común es que, aunque la cosa ha sido atribuida a una persona para su administración y control —pudiendo tenerla como propia—, ella no le pertenece para su exclusivo beneficio sino para el beneficio común.²⁷

La idea de acervo común ha sido estudiada por otras líneas de filosofía política distintas del iusnaturalismo. Así, por ejemplo, en su *Teoría de la Justicia*,²⁸ al explicar el principio de diferencia, John Rawls considera que la distribución de talentos naturales (como aquellos requeridos para la creación de obras) conforma un acervo común del que pueden obtener provecho los más talentosos siempre que con ello mejoren la situación de aquellos que no han contado con su suerte.²⁹ Lo anterior se desprende del hecho, según sostiene el autor, de que los talentos recibidos —mediante una distribución arbitraria de la naturaleza— son inmerecidos, por lo que se requiere de una compensación por parte de la sociedad a los menos afortunados.³⁰ Mientras que la distribución de talentos no puede considerarse justa o injusta, la sociedad sí estaría actuando con injusticia si no interviene para asegurar una compensación razonable y un adecuado uso del acervo común.³¹ Por supuesto, no todo el abanico liberal se une a la inquietud de Rawls. Están aquellos que, como Nozick, no confían en la posibilidad de sopesar o equilibrar los valores liberales clásicos de libertad e igualdad, y optan por renunciar a lo segundo, con todo lo que ello implica para la denominada “igualdad de recursos” e “igualdad material”. De ahí que Nozick critique a Rawls porque considera que su visión del acervo común y la compensación requerida no se compadece con el principio de autonomía de la persona y reafirma que toda persona tiene derechos, de carácter inalienable, sobre los resultados de su trabajo, esfuerzo e inventiva, por lo que no es posible subvalorar los méritos y logros personales, que deben ser debidamente recompensados.³² Finalmente, Sandel, desde el comunitarismo, realiza una contundente crítica a la manera como Rawls pretende introducir la idea de acervo común, que supone que cada individuo es tan solo un depositario de

27 Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 173.

28 En el análisis de la obra de RAWLS se tuvo en cuenta tanto la versión original en inglés como la correspondiente en castellano, por lo que las citas se referirán a los números de secciones, que coinciden en una y otra versión, adicionándole la página de la correspondiente en castellano: John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1972, *passim*; John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de M. D. GONZÁLEZ, 1978, *passim*. Las citas textuales se han extraído de la versión castellana.

29 Cfr. John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, § 17, p. 124.

30 *Ibid.*, § 17, p. 123.

31 Cfr. *Ibid.* § 17, pp. 124-125.

32 Cfr. Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Oxford - Basic Books, 1974, pp. 224-227. Sobre el concepto de merecimiento y recompensa en RAWLS y NOZICK, véase además: David CUMMISKEY, “Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account”, *Analysis*, 47 (1) (1987), pp. 15-19.

méritos y no un poseedor de ellos, en contravía con el liberalismo deontológico que este intenta defender.³³ En una obra posterior (*Justice as Fairness*), Rawls contestaría varias de las críticas que se habían hecho a sus postulados sobre el acervo común y la distribución de los talentos y las habilidades.³⁴

Volviendo a la línea argumentativa de este estudio, y teniendo presentes las discusiones sobre la existencia y los límites que impondría un acervo común de la humanidad, es posible afirmar que, en el campo de la llamada propiedad intelectual, se puede constatar que en la labor de “creación” de una obra se utilizan elementos que provienen de ese activo universal (ideas, conocimientos, memoria,³⁵ habilidades transmitidas, etc.) y que sus resultados también lo acrecientan. En otras palabras, tanto autor como sociedad fungen como beneficiarios y tributarios en la dinámica de la aprehensión, transformación y divulgación de conocimiento. Sin embargo, una cosa es sostener que los bienes intelectuales se originan y hacen parte de un acervo común, y otra bien distinta, negar los méritos, esfuerzos y sacrificios de quienes utilizan sus talentos para aprehender, transformar y divulgar esos productos del pensamiento. Sin llegar al extremo en el que se ubican Nozick y los grandes exponentes del liberalismo, que califican de inalienables los resultados del trabajo y la inventiva del hombre, es de justicia reconocer los méritos y contribuciones del autor en la determinación de lo que le corresponde en la explotación de la obra resultante. De ahí que, a pesar de las patentes diferencias con aquella que recae sobre bienes tangibles, no sea irrazonable atribuirle al autor una especie de propiedad,³⁶ con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad, máxime cuando para él será más factible mirar como *propio* el objeto de su creación que hacer lo mismo con un bien material que le pertenezca. En todo caso, en la línea de pensamiento de Finnis, se sostiene que esta propiedad del autor sobre su obra, después de todo favorecida por el acervo común preexistente, tendrá una índole similar a la fiduciaria, que supondrá de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente

33 Cfr. Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 91-134, 217-227.

34 Cfr. John RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, trad. de A. DE FRANCISCO, 2002, § 21.1, pp. 110-112.

35 Sobre la influencia de la memoria y los conocimientos de la humanidad en las creaciones intelectuales, véase Merlin DONALD, *Origins of the Modern Mind*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 259-359; William M. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, pp. 66-67.

36 Esto, en la medida en que el autor puede considerar su creación como “propia”. No se trata aquí de equiparar completamente la relación autor-obra con la que puede tener una persona que ejerza el derecho real de propiedad sobre una cosa material. COLOMBET considera que la naturaleza del derecho de autor es “híbrida” en la medida que, respecto del patrimonial se puede calificar como de propiedad, y respecto del derecho moral como un derecho de la personalidad. Lo anterior supone, por supuesto, la suscripción de la teoría dualista del derecho de autor; Claude COLOMBET, *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, Paris, Dalloz, 8 ed., 1997, § 21. Asimismo, VIVANT considera que es más factible llamar propiedad al *copyright* que al derecho de autor del sistema latino germánico. En todo caso, reconoce que en el derecho de autor se pueden encontrar elementos del derecho de propiedad lo que no implica calificarlo como derecho humano: Michel VIVANT, “Le Droit d’Auteur, un Droit de l’Homme?”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur [RIDA]*, 174 (1997), pp. 60, 85.

en el ámbito de este bien, es decir, en la consecución de ese valor básico que es el conocimiento.³⁷

4. LA PERSONALIDAD DEL CREADOR Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

El trabajo e ingenio vertidos por el autor en la creación de una obra, no solo genera para este una facultad de carácter patrimonial, sino también una de naturaleza moral,³⁸ espiritual o personal,³⁹ en la medida que tradicionalmente se ha considerado que el propio ser del autor puede quedar reflejado en la obra,⁴⁰ por lo que se hace necesario prohibir la manipulación de esta sin el consentimiento de su creador, o restringir que la misma se divulgue sin respetar su autoría.⁴¹ La coexistencia de estas facultades —patrimoniales y morales— y la manera como interactúan han sido objeto de intenso debate académico, particularmente para determinar si se trata de dos derechos distintos (teoría dualista) o si se trata de un solo derecho que agrupa facultades de diversa índole (teoría monista). Los orígenes de esta discusión se encuentran entre los doctrinantes alemanes que, alentados por las ideas de Kant⁴² y Hegel sobre la relación personal del autor con su

37 Lo dicho por FINNIS se refiere, en general, a la propiedad privada. Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 173.

38 El término "moral" para calificar esta facultad del autor ha sido criticado cuando se considera que puede transmitir la idea de que existen unos derechos morales y otros inmorales (PÉREZ SERRANO), o que esta facultad solo tiene una eficacia moral (STOLFI). Sin embargo, el término ha sido ampliamente utilizado en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación; Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 80-81.

39 En general, esta clase de derechos se reconocen y hacen parte del sistema latino-germánico de derecho de autor, nota que suele presentarse como diferenciadora respecto del copyright: Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, op. cit., pp. 45-50. Sin embargo, en el *copyright* de los países de tradición anglosajona, esta clase de derechos no se han considerado como integrantes de su sistema de protección aunque, en la práctica, sean reconocidos y protegidos mediante otras instituciones del *common law* u otras normas jurídicas. No obstante lo anterior, en países representativos de este sistema, como el mismo Reino Unido, se han venido adoptando normas que protegen el derecho moral de los creadores desde el régimen de *copyright*. Sobre el derecho moral en los países influenciados por el *common law*, véase Gerald DWORGIN, "The Moral Right of the Author: Moral Right and the Common Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & Arts*, 19 (1995), pp. 229-67, 245-258.

40 Se debe recordar que, aunque es en la doctrina alemana y francesa donde se desarrolla más ampliamente la idea de la relación entre el autor y su obra, LOCKE ya había propuesto una relación similar al tratar el concepto de propiedad, aunque referida a la persona y a la cosa que se ha apropiado. Véase John LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, § 27. Sin embargo, FINNIS, interpretando a AQUINO, comenta que las relaciones de propiedad son interpersonales, materia de justicia interpersonal. De ahí que los fundamentos modernos —y metafísicos— de la propiedad que sugieren una relación entre las personas y las cosas en las que ha invertido su trabajo o reflejado su personalidad, hayan sido extraños para el Aquinate: John FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 189.

41 Sin embargo, la transformación que ha sufrido el derecho de autor en las últimas décadas, y su utilización heterogénea han influido notablemente en su concepción jurídica. Por ejemplo, además de proteger las obras literarias y artísticas, en el sentido tradicional de estas expresiones, el derecho de autor también protege múltiples creaciones que no necesariamente evocan la personalidad del autor, como el *software* (asimilado a una obra literaria en la mayoría de las legislaciones). Cfr. Michel VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", op. cit., p. 87 y nota 86.

42 Sin embargo, como se mencionó al estudiar la evolución histórico-filosófica del derecho de autor alemán, algunos consideran que la influencia de KANT debe ser entendida en sus justas proporciones, aclarando que este filósofo no llegó a calificar este derecho como de la personalidad: Stig STRÖMHOLM,

obra, propusieron distintas interpretaciones sobre la manera como interactúan las prerrogativas que tiene el autor sobre su creación. Tanto las teorías filosóficas como las específicas del derecho de autor influyeron de manera importante en la jurisprudencia francesa y alemana de finales del siglo XIX e inicios del XX, y dieron origen a regulaciones legislativas sobre el particular y, más adelante, en 1928, en su consagración internacional en la Conferencia de Roma que modificó el Convenio de Berna.⁴³

Sobre la naturaleza de este derecho, en sistemas como el francés se le ha calificado como uno de la personalidad, en cuanto defiende un aspecto principalísimo del propio ser del autor, esto es, las creaciones de su intelecto. Lo anterior es una consecuencia necesaria de las posturas que defienden el derecho de autor como un derecho natural, es decir —según las teorías modernas de los derechos humanos— que emana de la naturaleza humana, y que, por tanto, no depende de los privilegios o reconocimientos que haga el legislador al autor, sino del carácter personal de la creación, mediante el cual el autor refleja su personalidad en la obra.⁴⁴ Sin embargo, esta postura ha sido criticada por considerarse que el objeto de protección es externo a la persona del autor, cuando todo derecho de la personalidad tutela precisamente a la propia persona. Adicionalmente, se ha afirmado que este derecho no es innato, no nace con la misma persona, por lo que mal podría afirmarse que protege su personalidad.⁴⁵

Lo cierto es que, aun cuando el derecho moral no estuviese plasmado en fuentes positivas,⁴⁶ no sería posible desconocer la existencia de los bienes humanos que

Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave, op. cit., pp. 184-195; Juana MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", *Anuario de Derecho Civil* (1994), pp. 121-208, 159-163.

- 43 Cfr. Valerio DE SANCTIS, "Le développement et la consécration internationale du droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 79 (1974), pp. 207, 253-255. Sin embargo, este reconocimiento del derecho moral estuvo limitado únicamente a dos de sus categorías: derecho de paternidad y el derecho de integridad; Alfredo ILARDI y Michael BLAKENEY, *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*, New York, Oxford University Press, 2004, § 3.45, p. 96.
- 44 Cfr. Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, op. cit., p. 96. Varios autores se muestran de acuerdo con la calificación de derecho de la personalidad. Por ejemplo, LIPSZYC parte de ese supuesto al mencionar como caracteres del derecho moral el ser "esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto", notas que la misma autora afirma que coinciden con las de los derechos de la personalidad; Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, op. cit., pp. 156-159. De igual forma, ESPÍN CANOVAS admite que el derecho moral encuadra dentro de la categoría de derechos de la personalidad, pero considera que debe diferenciarse de aquellos innatos, ya que, opina, el derecho moral del autor, aunque esencial, sería un derecho de la personalidad no innato; Diego ESPÍN CANOVAS, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 30-32. Apoyando la postura del derecho moral como un derecho de la personalidad, véase además, José CASTÁN TOBEÑAS, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1952), pp. 57-59; Alfredo LOREDO HILL, "Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor", en M. BECERRA RAMPIREZ (ed.), *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje a David Rangel Medina*, México, UNAM IJ, 1998, pp. 22-23.
- 45 Cfr. Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, op. cit., p. 97; Jean DABIN, *El derecho subjetivo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. F. J. OSSET, 1955, pp. 238-239.
- 46 Los dos derechos más ampliamente reconocidos por la legislación positiva son el de paternidad y el de integridad, dado que son los que se encuentran en la norma con mayor alcance internacional sobre el particular, esto es, el artículo 6 bis del Convenio de Berna; Adolf DIETZ, "The Moral Right of

se aspiran proteger con este derecho. En todo caso, igual que sucede con la propiedad o los derechos de carácter patrimonial que el autor puede ejercer sobre su obra, aquellos de naturaleza moral no constituyen un bien humano o un valor básico en sí, siendo más bien secundarios.⁴⁷ En el caso particular de la reputación como bien que se busca proteger cuando se reclama la autoría de una obra o cuando se prohíbe la deformación de la misma, se ha sostenido que un genuino interés por la propia reputación es consecuencia de una real disposición hacia la búsqueda de la verdad (conocimiento) y de la preocupación por encontrarse en armonía con el resto de la comunidad (sociabilidad). En este sentido, la reputación es meritoria en la medida que ella simboliza para los demás las conquistas de una persona, en cuanto referidas a unos valores básicos,⁴⁸ pero no se trata de un bien humano básico en sí. En lo que atañe a los derechos que tiene el autor de afirmar la paternidad sobre su obra, de oponerse a su deformación o de retractarse del contenido de la misma, todas esas facultades (derechos subjetivos) responden en última instancia a la necesidad de proteger su reputación, en la medida que su salvaguarda significa también la tutela de unos bienes humanos básicos como la búsqueda de la verdad y la sociabilidad.⁴⁹

Con todo, aunque el derecho moral no se trate de un valor básico, como vehículo para la protección de la reputación del autor, sí es de importancia para el bienestar de la persona en general y del creador en particular.⁵⁰ Si bien no es una exigencia natural, sí se trata de una exigencia existencial, esto es, que nace del modo en que podemos desarrollar nuestra naturaleza en nuestras condiciones existenciales. Y como este modo es el que es, y no otro, podría decirse que esta exigencia —la del derecho moral que supone unas condiciones existenciales— tiene tanta obligatoriedad como una exigencia directamente asentada en un bien humano básico.⁵¹

5. EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO HUMANO

La alegada sacralidad del derecho de autor y la estrecha relación con la personalidad del creador, tuvieron una consecuencia acorde con los postulados liberales dentro de los cuales se inscribieron los sistemas de protección latino-germánico y de *copyright*: se elevaron a la categoría de derecho humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) consagró que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas

the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 19 (1995), pp. 199-227, 200-201.

47 Sobre los “bienes secundarios”, véase John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 98-99, 105.

48 Cfr. Henry VEATCH, *Rational Man*, Bloomington, Indiana University Press, 1962, pp. 60-62 (disponible en Google Books).

49 De todas maneras, se debe tener en cuenta que HERVADA califica la reputación (que denomina buena fama) como un derecho natural que debe ser respetado, y cuya violación origina el deber de restitución o compensación, según sea el caso. Cfr. JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, *op. cit.*, pp. 83.

50 Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 220, al tratar de la reputación en general.

51 Debo esta idea a la profesora Pilar ZAMBRANO.

de que sea autora” (art. 27(2)), disposición que se encuentra plasmada —en similares términos— en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵² la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁵³ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”.⁵⁴

El texto mencionado fue el resultado de múltiples discusiones que se dieron al interior del comité correspondiente en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) después de que el delegado francés, René Cassin, hiciera una propuesta que suponía el reconocimiento de los derechos patrimoniales y propendía por la especial protección de los morales. Aunque la propuesta inicial no fue acogida, se terminó adoptando una que contenía términos muy similares a los de la Declaración Americana, con el visible apoyo y liderazgo de los países del sistema latino germánico, especialmente los latinoamericanos.⁵⁵ Esto a pesar de los países con tradición de *common law* y *copyright*,⁵⁶ y las voces en contra que consideraban que este era un tema que debía ser objeto de otros instrumentos internacionales especializados,⁵⁷ o que ya estaba cubierto por otras disposiciones del mismo documento como el derecho a la propiedad, o que no se debía incluir en una declaración que versaba sobre derechos de una naturaleza más general, sobre “derechos humanos básicos”.⁵⁸

Con la inclusión de la disposición protectora del autor en la DUDH, triunfó la visión del sistema latino-germánico que considera el del autor respecto de su obra como un derecho que emana de la personalidad y que puede calificarse como natural. Cassin —emulando los discursos de sus coterráneos Le Chapelier y Lakanal un

52 Véase el artículo 15.

53 Llamada también Declaración de Bogotá, en referencia a la ciudad donde se suscribió. El artículo XIII, sobre el derecho a los beneficios de la cultura, prevé: “Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”. Como se observa, a diferencia de la DUDH, la protección se otorga a los intereses de la persona por razón de sus inventos, y no solo por sus obras. Esta Declaración es anterior a la DUDH y, al parecer, influyó en la redacción de la norma correspondiente al derecho de autor en esta última: Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *University of California, Davis*, 40 (2007), pp. 1039, 1055.

54 El artículo 14, también referido al derecho a los beneficios de la cultura, establece: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: [...] c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

55 Cfr. Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *op. cit.*, pp. 1057-1058.

56 Cfr. François DESSEMONTET, “Copyright and Human Rights”, en J. J. C. KABEL and G. J. H. M. MOM (eds.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague, Kluwer Law, 1998, pp. 113-20, 117; Paul L. C. TORREMANS, “Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right”, en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law, 2008, pp. 195-215, 200-201.

57 Curiosamente, mientras que se discutía el contenido de la DUDH, se llevaba a cabo la Conferencia de Bruselas que a su vez revisaba el Convenio de Berna.

58 Cfr. Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *op. cit.*, pp. 1055-1057. El autor también refiere las oposiciones del delegado británico y la delegada de la India que consideraban elitista la propuesta de protección y cuestionaban el hecho de que un grupo especial —los autores— mereciera esta atención.

par de años después de la Revolución francesa— manifestó con apasionamiento que con esta norma se producía “la integración en los derechos humanos fundamentales de los derechos de los creadores de las obras del intelecto [...] gracias a los cuales la llama de la inteligencia creadora seguirá estando viva, como el fuego que Prometeo robó al Cielo, para aportar luz y calor a los humanos”.⁵⁹ La consagración del derecho humano de autor supuso entonces una justificación adicional a su protección, junto a los argumentos de derecho natural y utilitaristas que han predominado en los distintos regímenes de propiedad intelectual.⁶⁰

Sin embargo, la caracterización del derecho de autor como derecho humano continúa siendo objeto de debate académico y jurídico. Por un lado, se ha considerado positiva porque se protegen los intereses morales del autor, íntimamente relacionados con su personalidad y con los demás derechos que de ella se desprenden.⁶¹ Adicionalmente, se ha resaltado el reconocimiento de la universalidad del derecho, en el entendido que se valida la visión liberal según la cual su afirmación se deriva de la mera existencia de la persona y del respeto de su dignidad, en tanto que su disfrute no puede encontrarse sujeto a ninguna formalidad o condición.⁶² La pretendida universalidad sería consecuencia necesaria de tipificar el derecho de autor dentro de aquellos enraizados en el derecho natural, tal como sucedería con otros derechos humanos de la DUDH, incluido aquel a la propiedad.⁶³ Finalmente, para algunos, la introducción del derecho de autor dentro del marco de los derechos humanos permitiría su mejor efectividad⁶⁴ y la realización de otros derechos humanos relacionados con este.⁶⁵

59 Citado por Antonio DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, vol. 2, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, p. 84.

60 Cfr. Estelle DERCLAYE, “Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating”, en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law, 2008, pp. 133-60, 136-137.

61 Cfr. Orit FISCHMAN AFORI, “Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 14 (2004), pp. 497-565, 521. El autor cita a varios académicos que opinan que si existen bases para calificar el derecho de autor como derecho humano, de carácter universal, aunque ellos se refieren más a los elementos personales que a los patrimoniales o de propiedad de este derecho.

62 Cfr. Antonio DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2, pp. 85-86. Sin embargo, el autor se lamenta de que, con muy pocas excepciones, las leyes nacionales no hayan dispuesto la aplicación del derecho en términos de universalidad.

63 Cfr. Orit FISCHMAN AFORI, “Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law”, *op. cit.*, pp. 564. El autor resalta las ventajas que supondría la utilización del artículo 27 de la DUDH para introducir elementos de derecho natural en el sistema estadounidense de propiedad intelectual, tradicionalmente caracterizado por sus postulados utilitaristas.

64 Cfr. Antonio DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, *op. cit.*, pp. 2, 88. El autor concluye que “lo único procedente es que los autores y sus organizaciones continúen trabajando por la real implantación del derecho humano de los primeros en las legislaciones y en los tratados internacionales de derecho de autor, que son el espacio jurídico natural en el que debe ser reconocido y regulado su inalienable derecho, con un fiel respeto a su naturaleza de prerrogativa inserta en ese fondo elemental de condiciones existenciales y de expresiones de la personalidad de la que ningún ser humano puede ser privado bajo ningún concepto. Porque sin el derecho humano de autor no merece la pena ser autor”.

65 Cfr. Peter K. YU, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *op. cit.*, p. 1149; Estelle DERCLAYE, “Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating”, *op. cit.*, p. 135.

Sin embargo, cuando había transcurrido poco más de una década desde la adopción de la DUDH —y la correspondiente inclusión del derecho de autor como derecho humano—, el mismo apasionado promotor de su introducción en la mencionada Declaración reclamaba mayor atención para esa disposición que aún parecía envuelta en la penumbra.⁶⁶ La visibilidad de la misma aumentó después cuando se popularizó el uso de las redes informáticas, principalmente Internet, para transmitir y poner a disposición del público información y contenidos protegidos por la propiedad intelectual, lo que supuso el ejercicio de controles por parte de los grandes titulares y las correspondientes acciones judiciales. Asimismo, la introducción de asuntos de propiedad intelectual en los nuevos acuerdos comerciales multilaterales, como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), trajo consigo la discusión de cómo estos nuevos instrumentos, que buscaban afirmar derechos como el de autor, podían entrar en conflicto con libertades tales como la de expresión e información, consideradas fundamentales en una sociedad democrática.⁶⁷

Uno de los elementos que parecería no cumplir el derecho de autor para ser considerado realmente un derecho humano es el de la universalidad. En efecto, se critica el hecho de que en la calificación de la situación jurídica que nace en virtud de la producción de una obra no se tenga en cuenta la manera diversa como las diferentes tradiciones jurídicas la tipifican y que tampoco se preste atención a la forma como otras culturas, distintas de las occidentales y modernas, caracterizan las facultades sobre una creación intelectual, muchas veces reconociendo una especie de derecho colectivo al grupo o al clan.⁶⁸ Por otra parte, en la medida que se ha relacionado la consagración del derecho de autor como derecho humano al tratarse de una consecuencia lógica de su carácter de propiedad, se ha cuestionado que esta pueda protegerse como derecho humano, tratándose más bien de un medio para disfrutar de otros derechos, esos sí fundamentales.⁶⁹ En todo caso, en lo que muchos coinciden es que, de admitirse la existencia del derecho de autor como un derecho humano, este no puede ser considerado como determinante para defender exclusiva y preferentemente los derechos del creador y que, más bien, debe ser entendido de forma tal que favorezca el ejercicio de otros derechos relacionados.

66 Cfr. René CASSIN, en un escrito de 1960 citado por François DESSEMONTET, "Copyright and Human Rights", *op. cit.*, p. 114.

67 Véase, por ejemplo, *ibid.*, pp. 116-120; Mpati SINJELA, "Introduction", en M. SINJELA (ed.), *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. vii-ix; Laurence R. HELFER, "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review*, 5 (1) (2003), pp. 47-61, 47 y ss.; Estelle DERCLAYE, "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating", *op. cit.*, pp. 133 y ss.

68 Cfr. Michel VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", *op. cit.*, pp. 97-99.

69 *Ibid.*, pp. 77-85. El autor cita, además, las palabras de Christian MOULY, reconocido defensor de la propiedad privada, que propone entender el concepto de propiedad dentro de sus justas proporciones: "No se puede [...] explicar el lugar que se le da en todas las Cartas, desde el siglo XIII hasta hoy en día, más que analizándola como un *procedimiento jurídico de protección de los demás derechos humanos*. La propiedad no es la expresión de uno de los tres valores fundamentales (libertad, igualdad, dignidad), es una garantía de los derechos humanos que son la expresión de estos".

La consideración del derecho de autor como derecho humano adolece del mismo vicio que se predica de la teoría de los derechos humanos, esto es, el reduccionismo de lo político, de la realidad del bien común, a simples derechos elaborados racionalmente, independientes de las condiciones existenciales de una comunidad en particular, lo que supone, en último término, tratarlos como bienes absolutos, autosuficientes, sin relación alguna con el entorno en el que corresponde ejercerlos.⁷⁰ Así, la inclusión del derecho de autor dentro de la carta de derechos humanos obedeció a la insistencia de sectores en los que sigue prevaleciendo una concepción liberal individualista del derecho, fundada en un iusnaturalismo racionalista que, al simplificar lo jurídico a elaboraciones generales y abstractas de la lógica, pierde la oportunidad de valorar las características particulares de una sociedad que permitirían determinar lo debido en un entorno concreto, en este caso, lo que se debe al autor en una comunidad específica, atendiendo sus particulares circunstancias económicas, sociales y culturales.

Ahora bien, el carácter abstracto que de por sí distingue a los derechos humanos es todavía más evidente en el caso del derecho de autor, por lo menos en lo que respecta a la forma como fue estipulado en la DUDH y en los otros instrumentos internacionales referidos. Como se observa en la redacción del artículo 27(2) de la citada Declaración, allí no se definen exactamente cuáles son los supuestos derechos del autor. En efecto, para referirse a lo que debe ser objeto de protección de este derecho, se utiliza el término “intereses” con el que se suele calificar —y subvalorar— el objeto de la situación jurídica de los usuarios respecto de la obra. Adicionalmente, aunque se califican dichos intereses como “morales y materiales”, no se define qué puede exigir concretamente el autor, sino que se utiliza una fórmula que supone una determinación adicional o posterior al establecer que son aquellos “que le correspondan por razón”⁷¹ de su producción.

Lo dicho en el párrafo anterior, puede ser una de las razones de por qué, aunque los países con sistema de *copyright* no estuvieron inicialmente de acuerdo con la inclusión de este derecho, finalmente no se opusieron a él. En efecto, la fórmula utilizada es tan amplia que cualquier sistema de protección de la propiedad intelectual tiene un espacio dentro de la misma. Así, aunque se indica que el autor tiene derecho a la protección de los intereses morales, se aclara que son aquellos que le correspondan, por lo que en un país le pueden corresponder unos y, en otros, ninguno, desdibujándose así la protección concebida en términos generales. Sin embargo, se puede argüir también que, tal como sucede en los países con tradición de *common law*, aunque no existe un reconocimiento expreso de unos derechos morales en cabeza del autor, los aspectos relacionados con la personalidad de este que se buscan proteger con tales derechos, se encuentran debidamente tutelados por otras instituciones jurídicas del *common law*, como aquellas relacionadas con el buen nombre y la intimidad.

70 Cfr. Alfredo CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa, 2 ed., 2006, pp. 360-361.

71 Aunque las versiones oficiales en inglés y francés utilizan términos más concisos: *resulting* o *découlant*, es decir, “resultantes”.

Algo similar ocurre con los intereses materiales a los que se refiere el enunciado del derecho, ya que ellos pueden ser amparados de diversas formas como, por ejemplo, el reconocimiento de unos derechos exclusivos, la concesión de un monopolio o la atribución de un simple derecho de remuneración.⁷² De igual forma, tal como está dispuesta la norma, se puede interpretar que los derechos-intereses —por cuya protección se propende— pueden corresponderle a un individuo o una colectividad, según se hayan definido en la sociedad respectiva.⁷³

Se observa entonces que el carácter abstracto y la aparente vaciedad del artículo 27(2) pueden ser su mayor virtud, porque permiten la determinación particular de su contenido en las circunstancias propias del entorno espacial, temporal y social en el que se pretendan exigir los derechos referidos. Y es que si ya es difícil construir fórmulas universales e inmutables como se hace en la teoría de los derechos humanos, ello es más complicado en el campo del derecho de autor, cuyas condiciones de ejercicio han cambiado constantemente desde que se expidió la primera norma sobre el particular, hace más de tres siglos e, incluso, desde que se incorporó la protección de los intereses morales y materiales del autor en la DUDH sesenta y seis años atrás. Es claro que para un autor y para un editor no puede ser lo mismo escribir y publicar un libro hoy, cuando predominan la comunicación digital, la globalización y descentralización de la información, que hace trescientos años cuando el mercado era usualmente local y controlado por los pocos que contaban con una imprenta.

En todo caso, tanto en la DUDH como en los demás instrumentos internacionales que han consagrado el “derecho humano de autor”, este fue incluido dentro del contexto más general del derecho a participar de los beneficios de la cultura y el progreso científico. En lo que se refiere al DUDH, el artículo 27(1) dispone que “[t]oda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Lo anterior supone, tal como se mencionara en los acápites destinados a estudiar la naturaleza del derecho de autor, el reconocimiento de la existencia de una especie de acervo común del que participaría todo miembro de la sociedad y al que contribuiría el autor con sus producciones, por lo que, en compensación por su aporte, se le reconocerían una serie de intereses morales y materiales, según se encuentra dispuesto en el artículo 27(2) ya analizado. En suma, al “derecho humano de autor” se le puede criticar que se fundamenta en una mal entendida naturaleza humana y de sus necesidades, de carácter universal e inmutable, sin referencia a las particularidades de cada comunidad política, con sus condiciones sociales, económicas y culturales. Sin embargo, la forma abierta como quedó dispuesta su protección, permite incorporar los elementos concretos que atiendan a las circunstancias antedichas, incluido el contexto

72 Adolf DIETZ, “A Concept of ‘Domaine Public Payant’ in the Field of the Neighbouring Right of Performers”, en J. J. C. KABEL and G. J. H. M. MOM (eds.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague, Kluwer Law, 1998, pp. 121-27, 122-123.

73 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, hoy en día, buena parte de las determinaciones políticas y jurídicas que corresponden a una sociedad, se encuentran supeditadas a las definidas en una comunidad a la cual se encuentra incorporada esta, es decir, la comunidad internacional.

en que se encuentra consagrado, esto es, el de la participación en los beneficios de la cultura y los demás derechos y libertades con los que tenga relación, como los de expresión, información y educación, para definir el alcance del derecho del autor desde la perspectiva del bien de esa comunidad —de su bien común—, utilizando herramientas dispuestas para el efecto como los distintos mecanismos de excepciones y limitaciones.

6. LA MUTACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR: ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO DEL TITULAR DERIVADO

Antes de presentar las conclusiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, es menester caracterizarlo cuando se encuentra en cabeza de una persona distinta de la de su inicial creador. En efecto, el análisis de las páginas anteriores sobre lo que le es debido al autor se sustentó en el mismo acto de creación y en la forma como los distintos bienes humanos básicos se conjugaron para fundamentar los derechos que atribuye el ordenamiento positivo al autor y que pueden ser exigidos por este y respetados por los demás. Sin embargo, no es posible circunscribir el estudio a los derechos del autor porque es indudable que, en el mundo real, este termina siendo exigido y disfrutado por titulares distintos al autor en la mayoría de casos, lo que debe suponer un cambio en su naturaleza en la medida que no protege ni se sustenta en los mismos valores básicos.

Así, se puede constatar que el título del derecho o los derechos de los titulares derivados es siempre positivo en la medida que este es señalado bien por la ley, bien por la convención o bien por la combinación de las anteriores. Por su parte, la medida de ese derecho o derechos es mixta en cuanto, aunque atiende la naturaleza de obras protegidas, se encuentra determinada por la ley, por la convención o por su conjunción. En todo caso, tanto el título como la medida de los derechos de los titulares están limitados a aquellas prerrogativas del derecho de autor que son transmisibles o negociables y, por tanto, no se extienden a facultades íntimamente relacionadas con la persona del autor, como sucede con el llamado derecho moral y sus distintas categorías. Por lo anterior, la medida del titular derivado no solo debe tener en cuenta las disposiciones legales y convencionales sino, además, las prerrogativas que le corresponden exclusivamente al autor, como las correspondientes al derecho moral, por estar estrechamente unidas a su personalidad y no ser transmisibles. En otras palabras, al tiempo que la naturaleza del derecho del autor contiene elementos patrimoniales y personales, la del titular no solo se circunscribe al componente patrimonial sino que, además, tiene la carga adicional de respetar —y hacer respetar— el derecho moral del autor.

Cuando se hizo referencia a la naturaleza del derecho del autor se afirmó que el suyo podía asimilarse a una especie de propiedad, máxime cuando le era más factible calificar como “propia” una creación intelectual que una cosa externa que podría adquirir, usar y desechar. Ahora bien, esa misma aseveración no puede hacerse respecto del titular derivado para quien la obra no es resultado de su “creación”, sino algo más parecido a las cosas externas a las que se aludía anteriormente.

Mientras que el derecho del autor sobre su obra es consecuencia de la búsqueda y el ejercicio de unos bienes humanos básicos, en el caso del titular derivado, su derecho se refiere más a un bien secundario. Sin embargo, a pesar de la ausencia de ese vínculo personal del titular derivado con la obra,⁷⁴ y la manera indistinta como dicho titular puede disponer de la misma, no se puede desconocer que, en la práctica, ejerce derechos similares a los de la propiedad sobre cosas corporales, como la exclusividad y la transmisibilidad, que le permiten realizar actos de propietario tales como explotar económicamente la obra dentro de los límites establecidos por la ley o la convención.

A partir de los datos anteriores se puede concluir que no es irrazonable atribuirle el carácter de propiedad al derecho del titular derivado respecto de la obra. Sin embargo, como se anotó atrás en relación con el derecho de autor, la propiedad del titular derivado no puede considerarse absoluta ni ilimitada, como tampoco se puede calificar así a la que es ejercida sobre bienes materiales. Es más, dado el carácter exclusivamente patrimonial, y por tanto secundario, del derecho del titular derivado —a diferencia del que corresponde al autor, que contiene también elementos personalísimos— puede limitarse más su disfrute que en el caso del creador. Sobre esto, se debe recordar que el derecho de propiedad ha evolucionado considerablemente desde el concepto liberal y absoluto de los regímenes decimonónicos, a la concepción más humana y ajustada a los postulados constitucionales de la actualidad, que suponen un mayor contenido social y una apertura al principio de solidaridad.⁷⁵

Las características del derecho —“de propiedad”— del titular derivado, incluido el carácter fiduciario y la pertenencia al acervo común a los que se aludió en el apartado destinado a analizar el derecho patrimonial del autor, habrán de tenerse en cuenta al momento de definir cómo este debe contribuir y sustentarse en el bien común, teniendo en cuenta no solo a la sociedad en general sino, también y especialmente, a los autores o titulares originarios. En efecto, los titulares derivados juegan un papel muy importante en la consecución del bien común ya que depende de ellos, más que del propio Estado, desarrollar unas estrategias que estimulen la creación de obras que puedan ser ampliamente disfrutadas y que contribuyan a la obtención de mejores condiciones educativas, culturales y sociales, lo que supone que, a la hora de producir, editar, distribuir o financiar una obra no se tenga en cuenta únicamente el factor económico —que suele prevalecer sobre todos los demás— sino, además, la forma como esa obra puede ayudar al bienestar de toda la comunidad.

74 Como siempre, se pueden plantear excepciones a lo afirmado aquí. Por ejemplo, no se puede negar el vínculo que ataría al comitente de una obra por encargo, cuando esta se realiza de acuerdo con unas instrucciones precisas y personales de dicho comitente, o cuando el resultado tiene una relación especial con este, como un retrato o una novela basada en su propio relato. No obstante la existencia de este lazo del comitente con la obra, no es posible negar la existencia de un aporte personal del autor en su realización.

75 Cfr. Juan CIANCARDO, *El principio de razonabilidad*, op. cit., p. 160. El autor considera que esta evolución se ha presentado sobre todo por la amplia utilización del principio de razonabilidad que se aplica, de manera menos intensa, en los casos en los que los derechos afectados tienen contenido patrimonial.

CONCLUSIÓN

Uno de los principales puntos de discusión en el desarrollo histórico del derecho de autor ha sido el referente a su naturaleza jurídica. En efecto, en los distintos sistemas de protección, sustentados en las posturas de los pensadores que más los influyeron, se ha defendido tradicionalmente la concepción del derecho de autor como un derecho natural, en el entendido que aquel se origina como resultado del trabajo del autor y como extensión o reflejo de su propia personalidad. Sin embargo, en el examen que aquí se realizó sobre dicha cuestión, se pudo determinar que el derecho del autor sobre su creación intelectual tiene fundamento natural, pero su título y sus medidas son mixtos. En efecto, en el sustrato de toda creación se encuentra la inclinación natural del hombre a buscar y a hacer efectivos unos bienes básicos que le son propios: conocimiento, comunicación, trabajo, juego y experiencia estética, entre otros. Estos bienes y valores son, al mismo tiempo, reflejo de la propia naturaleza humana —fundamento último de todo derecho— y fines hacia cuya realización plena tiende toda persona y, particularmente en este caso, el creador. Se puede afirmar, por tanto, que los derechos del autor tienen su fundamento en el proceso creativo, propio de la naturaleza humana y de sus condiciones existenciales.

En contraste, el título del derecho de autor es mixto porque, aunque el reconocimiento de la autoría y demás facultades morales está determinado por naturaleza, se requiere de una definición política o colectiva que atribuya las correspondientes facultades patrimoniales, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la sociedad en la que se pretenda estatuir un determinado sistema de salvaguarda del autor y de los productos de su intelecto. Finalmente, la medida del derecho de autor es mixta porque, además de depender de la naturaleza de las obras protegidas, debe ser definida mediante decisiones colectivas, referidas al bien común, considerando las distintas circunstancias fácticas que rodeen su reconocimiento en un contexto histórico, social y económico en particular.

Por otro lado, se puede concluir que el autor ejerce una especie de propiedad sobre su obra, con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad. Sin embargo, en la medida que esta propiedad ha sido favorecida por el *acervo común* preexistente, tiene una indole similar a la fiduciaria, que supone de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en el ámbito de este bien, es decir, en la consecución de ese valor básico que es el conocimiento.

Por último, en el tránsito del autor al titular derivado se produce una transformación o mutación jurídica. En efecto, el título del derecho o los derechos de los titulares derivados es siempre positivo en la medida que este es señalado bien por la ley, bien por la convención o bien por la combinación de las anteriores. Por su parte, la medida de ese derecho o derechos es mixta en cuanto, aunque atiende a la naturaleza de obras protegidas, se encuentra determinada por la ley, por la convención o por la conjunción de las anteriores.

BIBLIOGRAFÍA

- AFORI, Orit Fischman, "Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 14 (2004), pp. 497-565.
- AQUINO, Tomás De, *Suma Teológica*, Madrid, Ed. Católica, trad. de Teófilo Urdaño, 1956.
- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Tecnos, trad. de Carlos García Gual and Aurelio Pérez Jiménez, 2004.
- BÉCOURT, Daniel, "La Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", *Boletín de derecho de autor - Unesco XXIV*, 4 (1990), pp. 4-13.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1952).
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- COLOMBET, Claude, *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, París, Dalloz, 8 ed., 1997.
- COTTA, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, Pamplona, Eunsa, trad. de Ignacio Peidró Pastor, 1987.
- CRUZ PRADOS, Alfredo, *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa, 2 ed., 2006.
- CUMMISKEY, David, "Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account", *Analysis*, 47 (1) (1987), pp. 15-19.
- DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. de Francisco Javier Osset, 1955.
- DE SANCTIS, Valerio, "Le développement et la consécration internationale du droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 79 (1974), p. 207.
- DELGADO PORRAS, Antonio, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2 vols., Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.
- DERCLAYE, Estelle, "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating", en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law, 2008, pp. 133-60.
- DESSEMONTET, François, "Copyright and Human Rights", en Jan J.C. Kabel and Gerard J.H.M. Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague, Kluwer Law, 1998, pp. 113-20.
- DIETZ, Adolf, "A Concept of 'Domaine Public Payant' in the Field of the Neighbouring Right of Performers", en Jan J.C. Kabel and Gerard J.H.M. Mom (eds.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague, Kluwer Law, 1998, pp. 121-27.

- DIETZ, Adolf, "The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 19 (1995), pp. 199-227.
- DOCK, Marie Claire, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 79 (1974), p. 127.
- DONALD, Merlin, *Origins of the Modern Mind*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- DWORKIN, Gerald, "The Moral Right of the Author: Moral Right and the Common Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & Arts*, 19 (1995), pp. 229-67.
- ESPÍN CANOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. de Cristóbal Orrego, 2000.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press, 2 ed., 2011.
- GERVAIS, Daniel, "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together", en Paul L. C. Torremans, *The Hague, Kluwer Law*, 2007, pp. 3-23.
- GINSBURG, Jane C., "Author and Users in Copyright", *Copyright Society of U.S.A.*, 45 (1997), pp. 1-20.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- GORDON, Wendy J., "A property right in self-expression: equality and individualism in the natural law of intellectual property", *Yale Law Journal*, 102 (7) (1993), p. 1533.
- HELPER, Laurence R., "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review*, 5 (1) (2003), pp. 47-61.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 10 ed., 2001.
- HERVADA, Javier, *¿Qué es el derecho?*, Pamplona, Eunsa, 2002.
- HERVADA, Javier *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 3 ed., 2000.
- HETTINGER, Edwin C., "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs*, 18 (1) (1989), pp. 31-52.
- ILARDI, Alfredo y BLAKENEY, Michael, *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*, New York, Oxford University Press, 2004.
- LALIGANT, Olivier, "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 147 (1991).

- LANDES, William M. y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge - London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- LIPSYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, París - Bogotá - Buenos Aires, Unesco - Cerlalc - Zavalía, 1993.
- LITMAN, Jessica, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, 39 (1990). p. 965.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- LOREDO HILL, Alfredo, "Naturaleza Jurídica del derecho de autor", en Manuel Becerra Rampirez (ed.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje a David Rangel Medina*, México, UNAM, IIJ, 1998.
- MARCO MOLINA, Juana, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", *Anuario de Derecho Civil* (1994), pp. 121-208.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Oxford - Basic Books, 1974.
- RAWLS, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, trad. de Andrés de Francisco, 2002.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de María Dolores González, 1978.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1972.
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- SINJELA, Mpasi, "Introduction", en Mpasi Sinjela (ed.), *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- STRÖMHOLM, Stig, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, t. I, P.A. Estocolmo, Norstedt & Söners förlag, 1967.
- TORREMANS, Paul L. C., "Copyright (and other Intellectual Property Rights) as a Human Right", en Paul L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law, 2008, pp. 195-215.
- VEATCH, Henry, *Rational Man*, Bloomington, Indiana University Press, 1962.
- VIVANT, Michel, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, 174 (1997), p. 60.
- YU, Peter K., "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", *University of California, Davis*, 40 (2007), p. 1039.