

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

La globalización no es producto de ideologías ni de conspiraciones, sino de dos clases de seres humanos cuyas acciones inspiraron dos magistrales libros, *los creadores* y *los descubridores*.

Luis Pazos¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El oficio de creador*. III. *Realidad y especificidad del oficio de creador*. IV. *El oficio como habilidad técnica: diferencias según las categorías de creadores*. V. *Calidad de autor y titularidad de los derechos*. VI. *La noción de autor en la Convención de Berna y en la Convención Universal sobre el Derecho de Autor*. VII. *El concepto de autor en las legislaciones nacionales*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Índice de abreviaturas*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Con qué dificultades se enfrenta uno al fomentar la propiedad intelectual —en su expresión binaria o bicéfala obviamente— en la economía mundial que hoy por hoy experimentamos? ¿En qué sentido, en el umbral del siglo XXI, está modificándose la situación en los países en desarrollo y economías emergentes?² ¿Qué impacto está teniendo la época digital sobre las formas tradicionales de protección a la propiedad intelectual? ¿Cuál será el régimen jurídico de la era de la *convergencia* multimedia, es decir, la concurrencia de todos los medios en uno solo, por ejemplo, en el celular,

¹ Pazos, Luis, *La globalización*, México, Diana, 1998, p. 12.

² Varios autores, “La propiedad intelectual y el mercado mundial, discusión en grupo”, *Perspectivas Económicas*, vol. 3, núm. 3, mayo de 1998.

en el coche, en la televisión o hasta en los relojes? Ello significa, la tercera generación de celulares metida en el bolsillo. Los avances tecnológicos incontenibles ¿han rebasado la regulación jurídica de la propiedad intelectual? ¿Hallaremos la normatividad adecuada para estos tiempos de ocaso de milenio y prolegómenos de otro que está por venir?

Aún más, Alvin Toffler, sibilino de la actualidad, al observar a los jóvenes de hoy en día, se percató de que ya no les preocupa coleccionar copias de obras (por ejemplo, discos, casetes, videos, películas, etcétera), ya que para entretenerse les basta desplegarlas en la pantalla de su computadora; con base en dicha situación se interroga: “en un mundo donde ya no interesa coleccionar obras centrales... ¿quién necesita *derechos de autor*?” *Copyright* se llama en inglés al derecho de autor, es decir, derecho a copiar, luego, debe leerse: “en un mundo donde ya no interesa coleccionar copias... ¿quién necesita derecho de copia? (*who needs copyright?*) Argumento tan contundente, es devastador, por válido, y es válido, por cierto.³

Dicho panorama plantea enormes retos al derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, considero que a pesar de dichos adelantos hay *conceptos* que son imprescindibles. Me refiero a los postulados que devienen su sólido basamento y que habrán de cimentar la estructura de su edificio. Después de escudriñarlos, habrá que explicar sus alcances.

En el universo de la propiedad intelectual, como en cualquier disciplina, existen diversos conceptos fundamentales como los de *autor*, *inventor*, *obtentor marca*, *patente*, *intérprete*, *producto*, *director*, *reivindicaciones*, etcétera. En esta oportunidad, nos vamos a detener en uno muy obvio, el de *autor*. ¿Qué significa? ¿Qué implica y a quién designa vocablo tal?

Sírvame este espacio para desentrañar algunos aspectos incluyentes que configuran dicha expresión.

El mundo “globalizado” que hoy vivimos nos obliga a indagar en el derecho comparado, para conocer qué piensan otros pueblos que han armonizado mejor que nosotros *tecnología y derecho*; cómo manejan el funcionamiento de conceptos jurídicos claves.

Particularmente dirigimos nuestra atención a algunos países de la Unión Europea, generadores de nueva tecnología y normatividad *ad hoc*. De ahí

³ Blanco Labra, Víctor, “El nuevo derecho de autor (*Who needs copyright?*) y los nuevos tratados internacionales en forma beta”, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, 1998, p. 275.

que hayamos hurgado en la legislación comparada para conocer cuál es su régimen jurídico sobre la *calidad de autor* y la *titularidad de los derechos*.

Este enfoque nos puede ser útil, primero, para apreciar los avances que nuestra Ley Federal de Derechos de Autor (LFDA) —recientemente reformada— ha incorporado al respecto; segundo, para introducir adecuadamente aquello que convenga para mejorarla.

En esta oportunidad nos referiremos al *oficio* de autor, como un preámbulo importante, estrechamente relacionado con *la calidad de autor* y *la titularidad de los derechos*. Son estos últimos rubros los que hemos estudiado con una orientación jurídica comparativa.

II. EL OFICIO DE CREADOR

Creador es un componente implícito en la palabra *autor*. Quien está entregado a la creatividad captura el *hecho creador* con toda su diversidad y complejidad, inclusive con sus ambigüedades y contradicciones.

III. REALIDAD Y ESPECIFICIDAD DEL OFICIO DE CREADOR⁴

Tal orden de ideas nos impele a cuestionarnos si crear es un *oficio*. Los propios creadores han discrepado desde siempre sobre esta trascendental interrogante. Hay quienes asertivamente proclaman: “Escribir un libro *es un oficio*⁵ como fabricar un péndulo” (Jean de la Bruyère).

Mientras otros categóricos refutan: “Siempre he pensado que el estado de autor sólo puede ser ilustre y respetable en la medida en que *no es un oficio*”⁶ (Jean Jacques Rousseau).

Con dejo de humor o quizá de ironía, algunos exclaman: Tiene usted seguramente alguna profesión, alguna especialidad... dígame, ¿qué sabe hacer? Nada, replicó Prometeo.

Entonces pongamos: literato⁷ (André Gide, *Prometeo mal encadenado*).

Ahora bien, de las dos principales acepciones del vocablo cabe inferir que el *oficio* de *creador* es una realidad.

⁴ Vessillier-Ressi, “El oficio de creador”, *Boletín de derecho de autor*, UNESCO, vol. XXIX, núm. 4, octubre-diciembre de 1995.

⁵ Énfasis nuestro.

⁶ El resalte nos pertenece.

⁷ El énfasis no compete a André Gide.

Robert, en su diccionario monolingüe, entiende por tal: “todo tipo de trabajo determinado, reconocido o tolerado por la sociedad del que se puede vivir; la habilidad técnica, manual o intelectual adquirida por haber ejercido un oficio”.⁸

Esta doble definición incluye elementos característicos de una carrera artística que no podemos dejar de considerar; entre otros: la actividad creativa; la existencia de creadores que viven del producto de sus obras; la formación, la técnica y el trabajo.

IV. EL OFICIO COMO HABILIDAD TÉCNICA: DIFERENCIAS SEGÚN LAS CATEGORÍAS DE CREADORES

1. *¿Qué tanta destreza profesional?*

¿Qué tienen en común versificar nuestro Himno Nacional, o escribir la *Iliada*, esculpir el *Moisés*, teatralizar el drama del Calvario, pincelar el *Guernica*, pintar según nos inspire nuestra musa o según el imperativo de un encargo, adaptar la letra de una canción a una música, dialogar una película, una telenovela o realizar un guión cinematográfico respetando un presupuesto, programar un *software* en *basic*, *cobol*, *pascal* o cualquier otro lenguaje computacional? Una porción de pericia con una amalgama de modestia y orgullo, reivindican dichos autores o artistas para quienes *crear* constituye, en mayor o menor medida, un *oficio*. He aquí su oráculo: “Cuando un autor es un profesional experimentado, siempre puede atribuirse parte de la composición de una novela al oficio” (André Maurois). “Componer una fuga es como fabricar una mesa; Bach parece complacerse en recordárnoslo” (Alain).

“¡El oficio! ¡Como si se lo pudiera separar, en cualquier clase de las artes, del componente intelectual! ¡Como si para llegar al espíritu se pudiera prescindir de la destreza de la ejecución!” (Eugène de la Croix, *Diario*).⁹

2. *Formación general o especializada, institucional o pragmática*

Técnica y habilidad suponen una formación. En Francia, las estadísticas con las que se cuenta sobre el perfil sociodemográfico de los creadores

⁸ Vessillier-Ressi, *op. cit.*, nota 4.

⁹ Énfasis nuestro en los tres párrafos

profesionales muestran tener un nivel de preparación muy superior a la media nacional. “El hecho es notable: tantos titulados en *oficios* en que no se exige ese pasaporte”. En otros países, los creadores presentan características similares. En Estados Unidos, el nivel de formación (medido por el número de años de escolaridad) ascendía a 17 en el caso de los autores y 15 en el de los artistas, frente a un promedio de 12.5 en el de la población civil (censo de 1980).¹⁰

Queda claro pues, que: “Escribir es un oficio que se aprende escribiendo” (Simone de Beauvoir).

Más que la escuela, lo que importa es la formación continua. Por ese afán de superarse continuamente y ese anhelo de aprender cada vez más, prosperan y prorrogan su actividad más allá de la edad escolar, de la madurez e incluso de la jubilación. Eso que calificamos como *experiencia u oficio*, con mayúscula y respeto, se logra por caminos diversos.

Fue sólo al llegar a los 73 años cuando comprendí parcialmente la verdadera forma y el carácter de las aves, los peces y las plantas. Cuando llegue a los 80 habré realizado nuevos progresos. A los 90, conoceré la naturaleza y el ser de cuanto existe. A los 100, alcanzaré un alto grado de perfección y, si vivo hasta los 110 años, todo lo que cree, cada punto, cada línea, tendrá vida (Nakajima Tamekazu Hokuzai, en 1834, a los 75 años de edad).¹¹

3. *Carácter penoso del trabajo y perseverancia necesaria*

Para prosperar son indispensables no sólo la formación y la cuestión técnica sino también el trabajo y la perseverancia. Este es el testimonio al respecto: “Vivir de la escritura es un trabajo que hasta los presidiarios rehusarían, antes preferirían la muerte” (Honoré de Balzac). “La única manera de conseguir las cosas es luchar; en el arte de la lucha es la molestia lo que uno se toma” (Jean-Dominique Ingres). Aquí el disenter es contrastante pero elocuente: “Dibujo y pinto por gusto, por manía, por pasión, para darme contento a mí mismo” (Jean Dubuffet). “Se creía que yo podía escribir por oficio, como todos los demás literatos, cuando en realidad nunca he sabido escribir sino por pasión” (Jean Jacques Rousseau).

¹⁰ Cfr. notas 2, 7 y 8.

¹¹ *Idem.*

La contradicción de esas dos series de testimonios se salva al aceptar la equívocidad cardinal del acto creador. En tal virtud, parécenos muy oportuna la clásica distinción entre genio y talento y sus nexos coexistentes de oposición y conciliación: “El talento trabaja, el genio crea” (Robert Schumann). Con el talento se hace lo que se quiere. Con el genio se hace lo que se puede (Jean Dominique Ingres).

Como corolario del polifacético asunto del *oficio de creador* esta concisa expresión: “¿Qué es la música? A la vez un arte, una ciencia y una artesanía” (Pierre Boulez).

4. *El oficio: fuente de ingresos para una minoría*

Aun cuando la actividad de autor y de artista creador siempre han existido, la condición social o jurídica, la remuneración y la consideración fueron reivindicaciones tardías. Ahora bien, el oficio de creador surge realmente con la autofinanciación, cuando la obra deviene fuente de ingresos, llámense derechos de autor o de otra índole, por ejemplo, el producto de la venta. En todos los lugares donde ha existido un desarrollo de las industrias, los mercados y las políticas culturales, las condiciones de vida y de trabajo, así como la condición jurídica de los creadores han mejorado notablemente.

Por otra parte, es indudable que con la aparición de los medios audiovisuales —criaturas de nuestro siglo— han aparecido otra clase de creadores —guionistas y realizadores de cine, radio y televisión— con sus respectivos derechos cuyas bondades se extienden a los demás creadores, al transmitirse sus obras por esos nuevos *media* (imagen y sonido).¹²

5. *Relaciones complejas y conflictivas entre el arte y el dinero*

Al igual que en otras palestras de expresión humana, aquí hay también apologistas y detractores: “El amor al arte nunca enriqueció a nadie” (Petronio). “Ser bueno para los negocios es la forma de arte más fascinante” (Andy Warhol). “¿Qué es lo que más le gusta en la vida? El dinero” (Charlie Chaplin).

¹² *Ibidem*, p. 10.

6. *Una reducida minoría vive de sus obras*

He aquí el talón de Aquiles de las profesiones artísticas en donde la sementera es pródiga y la siega mezquina, pues: “Es muy poco común poder vivir de su locura. Yo sí lo logro” (Roman Gary). “Comparado con el oficio de escritor, el de corredor de apuestas es una ocupación estable y segura” (John Steinbeck).

7. *Segundo oficio y pluriactividad artística*

“Para ganarme la vida tuve miles de oficios” (Albert Camus). “La medicina es mi esposa legítima, la literatura mi amante” (Antón Chejón).

El segundo oficio pervive hasta hoy en día. Desafortunadamente, los institutos nacionales, por ejemplo, el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, han descuidado este fenómeno tan vital para los creadores. Sin embargo, estudios especializados avalan la trascendencia de la bioprofesionalización. Económicamente hablando, la locución *segundo oficio* puede parecer impropia, en la medida en que se refiere precisamente al medio de subsistencia; sin embargo, psicológicamente es atinada, ya que así es como lo considera el autor o el artista, para quien lo importante es el acto creativo. Bien podría confeccionarse una tipología de los segundos oficios: actividades cuya única finalidad es tener con qué vivir, trabajos menores a veces ocasionales, padecidos más que elegidos y mal asumidos, por ejemplo, el autor que trabaja como técnico, o maestro de escuela, el artista que también es pintor de brocha gorda; o bien, actividades que complementan la carrera artística y la prolongan de manera natural, caso frecuente del escritor periodista, profesor de letras o director de colección en una editorial; actividades que gozan de un prestigio social: profesiones liberales, altos funcionarios (diplomáticos), etcétera.¹³

Los comentarios de los creadores, muy puntillosos sobre este tema, nos impelen a matizar dicha nomenclatura: pues, hay quienes consideran que el segundo oficio de periodista es un mal necesario, una forma de ganarse la vida en la que se invierte bastante tiempo; otros, por el contrario, entienden que nutre, enriquece y complementa armoniosamente su obra; finalmente, hay quienes estiman que es una profesión esencialmente que los

¹³ Vessillier-Ressi, *op. cit.*, nota 4, p. 15.

descansa de la tarea de escribir y los conecta con la vida cotidiana. Lo mismo se puede afirmar de la docencia, frecuente entre compositores, pintores, literatos, etcétera.¹⁴

Por último, los hay que por principio no aceptan ni siquiera la idea misma de otro oficio. Los argumentos son por demás evidentes: “La práctica de un arte exige al hombre entero” (Eugene Delacroix, *Diario*).

En suma, se podría pensar que en la actualidad existe una cuarta parte de segundos oficios muy mal asumidos y una cuarta parte muy bien aceptados, y entrambos, una zona de incertidumbre. El conjunto así configurado, refleja exactamente la complejidad de la condición social del creador.¹⁵

Por otro lado, la pluriactividad artística es una práctica más recurrente que la biprofesionalización e igualmente característica de los oficios de creación. En dicho sector resulta más complicado distinguir entre la necesidad económica y la tentación artística.¹⁶ “Retratos para la comida, cuadros para la gloria” (Antonio Wiertz).

Dicho fenómeno, conocido también como movilidad o polivalencia, siempre ha estado presente, sin embargo, la multiplicación de los medios de expresión o de difusión de nuestra era fomenta la pluralidad de vocaciones. Seguramente, Balzac no hubiera desdeñado escribir telenovelas, Víctor Hugo filmaría sus propios guiones.¹⁷

No cabe duda que la acumulación de tareas, ya sucesiva o simultánea, representa el único medio de vida para gran parte de los autores y artistas. Y normalmente el trayecto suele ser largo y pleno de vericuetos.¹⁸ “Aunque mi primera actividad artística fue la música (me ganaba la vida como pianista de bar), aunque he hecho pintura, cine y poesía lírica (sin hablar del trabajo manual que ocupó ciertos periodos de mi vida), me «descubrí a mí mismo» cuando escribí la primera prosa que me llevó rápidamente a la novela” (Milán Kundera).

8. Trabajadores independientes con múltiples relaciones de dependencia

A pesar de que todo creador es un trabajador independiente, sin embargo, esa libertad formal encubre realmente distintos modos de dependencia

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Op. cit.*, nota 2, p. 17.

¹⁸ *Idem*.

cuando el artista deviene profesional, es decir, una vez que anhela incorporarse en el sistema, viviendo de su actividad artística. Dicha dependencia es más o menos bienvenida, según la psicología del autor o del artista.¹⁹

Como quiera que sea, en todo lugar, en toda época y en todo sistema, la subordinación es —al parecer— inherente a la cualidad de creador.

Basta asomarnos al sistema capitalista, donde la ley del mercado es la que se impone y, por consecuencia, la subordinación económica, básicamente con respecto al comprador, llámese cliente, consumidor o espectador.²⁰

Por otra parte, si somos realistas hay que caer en la cuenta que los interlocutores de los creadores tienen un sentido de los negocios más certero que el suyo, y la obra cuenta, por esa razón, con más posibilidades de éxito ante el público; además, esas relaciones de dependencia benefician al creador, siempre que se ajusten a dos condiciones: primera, que la pretendida rentabilidad no mengüe demasiado la calidad y, segunda, que el creador tenga verdaderamente interés en el éxito de su obra. Esto tiene que ver con la ley de derecho de autor y su aplicación.²¹

V. CALIDAD DE AUTOR Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS²²

El reconocimiento de prerrogativas morales está íntimamente vinculado al estudio de la *calidad* de autor y al de la *titularidad* de los derechos.

Desde el momento en que se crea una obra, surge la cuestión de saber qué personas pueden reivindicar los derechos inherentes a la calidad de autor, sea a título originario o a título derivado (por transferencia).

Por otra parte, hay que tener muy presente que el *derecho de autor* está consagrado como uno de los *derechos fundamentales* de la persona humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En efecto, su numeral 27 dispone: Toda persona tiene derecho a *formar parte* libremente en la cultura de la Comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y patrimoniales que

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Vessillier-Ressi, *op. cit.*, nota 4.

²¹ *Ibidem*, p. 18.

²² Para esta sección nos ha servido de guía Doustrelepon, C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruselas, LGDJ, 1997.

le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea *autora*.

VI. LA NOCIÓN DE AUTOR EN LA CONVENCION DE BERNA
Y EN LA CONVENCION UNIVERSAL SOBRE
EL DERECHO DE AUTOR

Es lógico pensar que el concepto de *autor* de una obra pueda descubrirse en las principales convenciones internacionales que regulan la materia. Sin embargo, dichas convenciones son muy poco elocuentes al respecto.

Aun cuando el vocablo *autor* es frecuentemente utilizado en la Convención de Berna, no llega a establecerse una definición expresa.

Cuando en 1948 se revisaba esa convención, Austria propuso incluir una definición de dicho término, moción que las delegaciones rechazaron en bloque. Lo mismo sucedió con la propuesta posterior del Reino Unido, al pretender introducir una disposición que reconociera expresamente a los Estados la facultad de atribuir al productor de una obra cinematográfica la *calidad de autor*.²³

Cualquier Estado de la Unión estará facultado para tratar al productor de una obra cinematográfica como su *autor*.²⁴

La introducción de un concepto tan definitivo, en una Convención que había sido objeto de interpretaciones diversas por parte de los Estados, pareció un proyecto muy ambicioso que aparecía sesenta años después de que aquélla entrara en vigor.

La ausencia de una definición explícita no permite afirmar que la definición de *autor* se haya dejado al completo arbitrio de los Estados unionistas.

Según Richeston, la palabra *autor* no se definió en 1886, durante la elaboración de la Convención de Berna (CB), porque los Estados estaban de acuerdo en el significado de dicho concepto.²⁵ En su opinión, la noción de *autor* no sólo está íntimamente vinculada a la de la obra literaria y artística, sino que se trata de un concepto que ha estado en el centro de encon-

²³ *Ibidem*, p. 78.

²⁴ OMPI, Actas de la Conferencia de Estocolmo sobre la Propiedad Intelectual, 11 de junio a 14 de julio de 1967, Ginebra, 1971, p. 687.

²⁵ *The Berne Convention for the Production of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Kluwer, 1987, §5, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 1968.

dos debates. Se requería un consenso para aceptar que las obras protegidas en el sentido de la Convención deberían necesariamente implicar un elemento de creación intelectual.

Desde entonces, *autor* designaría a la *persona física*, más que moral, que está en el origen de la creación intelectual, en el campo literario o artístico.

Esta interpretación estaba respaldada por el espíritu de los trabajos preparatorios para constituir la Unión de Berna. Ellos están impregnados por el derecho natural y la voluntad explícita de proteger de igual manera, dentro de la Unión, al autor de una obra literaria o artística, independientemente de su nacionalidad.

Por su parte, Dietz ha mostrado hasta dónde la Convención, siguiendo este espíritu, aspiraba proteger a los autores a través de sus obras y no perseguía el objetivo principal de salvaguardar las obras de manera abstracta, con independencia de la persona de su creador.²⁶ Las declaraciones y los compromisos de la época indicaban:

El concepto de autor subyacente en la Convención se entendía en el sentido de creador físico [material] de la obra. Esta noción nunca había sido considerada por una reglamentación expresa o una modificación en toda la historia de la Convención de Berna, dicha noción [sin embargo], ha sido confirmada varias veces al contrastarse con términos como *editor* y *causahabiente*, o también *titular* de los derechos de autor.²⁷

El propio Dietz expresa que el caso concreto de la obra cinematográfica (artículo 14 bis de la CB) ratifica dicha interpretación en razón de su carácter excepcional y aún más cuando se comprueba que la disposición que regula esta obra no se refiere directamente a la calidad de autor, sino simplemente a la de titular del derecho (*owner, Inhaber*).²⁸

Respecto a la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, aun cuando haya sido adoptada en Ginebra, en 1952, y establezca una protección para los *autores*, no menciona una definición atinente a dicha expresión.

²⁶ *Op. cit.*, nota 22, p. 17.

²⁷ *Ibidem*, p. 19.

²⁸ Dietz, "Le concept d'auteur selon le droit de la Convention de Berne", *RIDA*, 1993, 155, p. 11.

No parece que los signatarios de dicha Convención, quienes en su mayor parte se han adherido también a la Unión de Berna, hayan entendido el concepto de autor en un sentido diferente al de la Convención de Berna, como si la Convención Universal estipulara una protección más reducida.

En fin, un conjunto de indicios nos permitirá inferir que *autor* de la obra y persona que la crea coinciden; es decir, que el autor de la obra es la persona que la crea.

VII. EL CONCEPTO DE AUTOR EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

En la mayoría de los países de la Unión Europea la calidad de autor generalmente se reconoce a la persona física que ha creado la obra original. El criterio de *originalidad* es condición previa a la protección, cuyo contenido varía de un país a otro. Implica, sin embargo, que la cualidad de autor no puede en principio reconocerse más que a la *persona física* que está en el origen de este aporte original.

Aun adhiriéndose al principio de considerar al autor como persona física, algunos legisladores, sin embargo, han provisto a este principio de excepciones significativas. Es el caso de la ley francesa, luxemburguesa, neerlandesa, española, portuguesa, italiana, británica e irlandesa. Estas legislaciones se distinguen de otras como la ley belga, griega, alemana, danesa y mexicana, en las que el derecho siempre es reconocido exclusivamente a título original al creador intelectual.

1. *Bélgica*

La nueva ley belga sobre el derecho de autor y derechos conexos, del 30 de junio de 1994, enuncia explícitamente que “*el titular originario del derecho de autor es la persona física que ha creado la obra*” (artículo 6, §1).

Esto indica que el verdadero creador es siempre necesariamente, desde el principio, el *titular* del derecho de autor. Dicho principio no admite excepción, lo cual no impedirá que el legislador confiera a ciertas personas la titularidad final de los derechos a través de presunciones de cesión, las que no dejan de ser *discutibles*. Como los derechos pecuniarios de autor son cesibles en virtud del artículo 3, §1, línea 1 de la ley, los convenios entre las partes regularán la mayoría de las veces la titularidad final de los derechos.

Este principio claramente establecido por la nueva ley, cancela toda controversia respecto a la eventual posibilidad para una persona moral de ser el primer titular del derecho de autor.

Adviértase que, bajo el imperio de la antigua ley belga sobre el derecho de autor, del 22 de marzo de 1886, la doctrina era casi unánime en reconocer este principio de la concepción natural del autor. Se fundamentaba principalmente en los artículos 2 y 5 de la ley de 1886, los cuales se referían al fallecimiento del autor para el cálculo de la duración de la protección, acontecimiento que no puede afectar más que la vida de una persona física.

En apoyo de esta argumentación se invocaba también el artículo 11, línea 2 de la ley. Éste se refería a los actos no oficiales de las autoridades sobre los que podían devenir titulares del derecho por más que el autor de estos actos les haya cedido su derecho. Este artículo ha sido suprimido, pues no era más que la expresión particular de un principio general.²⁹

2. Grecia

A imitación de la ley belga, la ley griega 2121 relativa al derecho de autor, derechos conexos y cuestiones culturales, define el sujeto originario del derecho de autor. En derecho griego, el autor es el titular originario del derecho moral y patrimonial. En virtud del artículo 6 de dicha ley, los derechos se adquieren por el solo hecho de la creación, sin más formalidad. Es pues, al creador de la obra —persona física— a quien corresponde la calidad de autor. Este análisis viene ratificado por el artículo 1o. de la ley, según el cual el autor de una obra del espíritu “ejerce sobre dicha obra por el solo hecho de su creación un derecho de *propiedad* incorpóreo exclusivo y oponible a todos [*erga omnes*]”. Por lo tanto, *ningún contrato puede suplantarse por otra persona al autor como titular originario del derecho*”.³⁰

Adviértase, sin embargo, que en el caso particular de obras no publicadas de autores fallecidos, en el que el periodo de protección habría expirado, el principio de la concepción natural está menguado. Quien divulga la

²⁹ Van Bunnem, “Examen de jurisprudence (1968-1972), Droit d’auteur, desins et modèles”, *RCJB*, 1972, p. 526.

³⁰ Koumatos, G., “Chronique de Grèce: la nouvelle loi hellénique sur les droits d’auteur et les droits voisins”, *RIIDA*, 1994, 159, p. 231.

obra está considerado como titular originario del derecho patrimonial y moral sobre la misma.³¹ La persona que publica la obra del autor fallecido puede ser una persona física o moral; entre otros, un editor, un radiodifusor, etcétera.³²

3. Alemania

La ley alemana sobre derecho de autor y derechos conexos de 1965, se inscribe en esta misma perspectiva del autor *persona física*. El artículo 7 de dicha ley especifica que “el autor es el creador de la obra” (“*Der Urheber ist der Schopfer des Werkes*”). No sólo sobre este precepto, sino también sobre los artículos 1 y 11 de dicha ley, se fundamenta la protección del creador en sus intereses morales y pecuniarios; la doctrina germana excluye la posibilidad para una persona moral de ser la primera titular del derecho autoral.³³

Esta imposibilidad no existía propiamente hablando sino hasta la reforma legislativa de 1965. En efecto, ciertas disposiciones legales anteriores reconocían la posibilidad para las personas morales de derecho público devenir primeras titulares.

Esta imposibilidad principal no impide, sin embargo que personas morales obtengan autorizaciones necesarias para explotar la obra. Como ya es conocido, el derecho de autor, también en derecho alemán es inalienable entre vivos (artículos 28 y 29 de la ley). Lo cual no impide al autor, quien permanece titular de sus derechos de explotación (*Verwertungsrechte*), contratar concesiones de derechos de uso o aprovechamiento (*Nutzungsrechte*). Resulta, pues, que los comercializadores (*Nutzungsrechte*) de la obra no podrán detentar más que un derecho simple o exclusivo sobre dicha obra, ya que la cesión de prerrogativas morales o pecuniarias está prohibida.

³¹ Según el artículo 31, L.D.A. griega, el derecho de autor sobre una obra divulgada después de la muerte del autor por los causahabientes, subsiste 70 años contados a partir del fin del año en curso en el que la obra ha sido divulgada por primera vez. La compatibilidad de esta regla con la directiva comunitaria referente a la armonización del periodo de protección no es irrefutable.

³² Maniatis Zannos, “The New ew Greek Copyright Law”, *EIPR*, 1993, p. 2296.

³³ Dietz, “Rapport allemand. La détermination de l’auteur”, *Droit d’auteur et propriété industrielle*, Congrès de la Mer Egée, II, 19-26 de abril de 1991, París, Alai, 1992, p. 357.

Estas reglas relativas a la titularidad inicial y a la intransmisibilidad de los derechos no admiten excepción, incluso en sectores económicos como aquellos referentes a obras audiovisuales o al contrato laboral. Esta intransmisibilidad básica sustenta uno de los principios esenciales que gobiernan el derecho germánico de autor: el *Urheberschaftsprinzip*.

4. Dinamarca

Según la ley danesa del derecho de autor, 31 de mayo de 1961, el autor de la obra es la persona que la ha creado. Efectivamente, el artículo 1o. otorga a dicho individuo el derecho autoral sobre la obra. Sujeto tal no puede ser más que una persona física, nunca una persona jurídica como lo supone la expresión: *cualquiera que haya creado*, del artículo 1o. de la ley.

5. Francia

En el régimen francés del derecho de autor, instaurado por la ley de 1957, un primer sitio está previsto para proteger intereses de índole intelectual o moral.³⁴

En efecto, el derecho francés, se tiñe —a lo largo del siglo XIX— de una “*coloración personalista*”.³⁵ A. Françon advierte que en aquella época: “el derecho de reproducción (*copyright*) permanecía esencialmente un derecho de conotación económica sobre el ejemplar, mientras que el derecho de autor devenía eventualmente el derecho del creador”.

Con el transcurso del tiempo, el derecho moral del autor, liberado progresivamente por la jurisprudencia, conocería su consagración legislativa en la ley de 1957. Respecto al derecho del autor a la paternidad, el artículo 6 de la ley de 1957 (L.121-1 del Código de la propiedad intelectual) precisa que “este derecho está vinculado (ínsito) a la persona humana”. La

³⁴ Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, París, Dalloz, 1978, 3a. ed., p. 263.

³⁵ Kerever (“*Revolution française et droit d'auteur*”, *RIDA*, 1989, pp. 3 y 4) efectivamente nos indica que los textos revolucionarios, si se inspiran en los derechos del hombre, se inscriben en el marco del capitalismo naciente. El lugar concedido a los autores en estos dos decretos no debe exagerarse, ni permite considerar categóricamente que el legislador francés se habría limitado a reconocer, a favor de los autores la existencia de un derecho natural preexistente.

doctrina francesa, tradicionalmente reconocía que el derecho de autor se centraba en la persona del autor.³⁶

El artículo L.111-2 del código francés de la propiedad intelectual mantiene el principio del autor-creador al evidenciar la progenitura (concepción) del autor: “la obra está creada, independientemente de toda divulgación pública, por el solo hecho de la realización, aún inconclusa, de la concepción del autor”. Además, el Título II del Código francés intitulado “derechos de los autores” parece apoyar a los verdaderos creadores de la obra. Este respaldo del legislador a la primogenitura del autor-creador, se confirma por la referencia que aquél hace en varias disposiciones a la calidad de autor, persona física. Lo cual, en principio, excluye necesariamente que una persona moral pueda ser primer titular de los derechos. Al respecto, encontramos dos disposiciones. El artículo L.113-2 al señalar que “se considera obra de colaboración, la obra en cuya creación hayan concurrido varias personas físicas”. El artículo L.113-7 expresa, asimismo, que “tienen la calidad de autor de una obra audiovisual la o las personas físicas que realizan la creación intelectual de dicha obra”. Ello no impide que a pesar de estos principios, la atribución del derecho de autor al verdadero creador sea siempre la norma, particularmente en presencia de una obra colectiva, en el sentido del derecho francés.

6. *Luxemburgo*

El legislador luxemburgués, fuertemente influido por la ley francesa, parece haber abrazado la concepción natural del autor persona física. El artículo 1o., párrafo 1o., de la ley sobre los derechos de autor (29 de marzo de 1972) no define al autor de la obra protegida. Se limita a enunciar que el autor de una obra “ejerce sobre esta obra un derecho de propiedad incorpórea exclusivo y oponible a todos”.

Sin embargo, esta calidad de autor puede ser acotada por otras disposiciones. Se trata, por ejemplo, de aquellas relativas al periodo de protección. Enuncian ellas como principio general un lapso que se extiende 50 años posteriores al fallecimiento del autor, circunstancia que no afecta más que la vida de una persona física (artículo 2). Esta misma calidad de autor persona física, la encontramos también en varias disposiciones más espe-

³⁶ Lucas, H. J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, Litec, 1994, p. 39.

cíficas. Así, el artículo 12, párrafo 2o. de la ley, no permite al Estado o a las otras *personas morales de derecho público* ser *titulares* del derecho de autor sobre sus publicaciones, por más que el autor de ellas les haya cedido su derecho. Se regula también la calidad de representante del autor de una obra anónima o seudónima con respecto a terceros, y la posibilidad reservada al autor que revela su identidad de recuperar el ejercicio de sus derechos (artículo 8).

El principio de la concepción natural del autor persona física tuvo sin embargo, en Luxemburgo, una excepción para el caso de las obras cinematográficas.

7. Holanda

El artículo 1o. de la ley holandesa sobre el derecho de autor no define al autor, sino simplemente establece el principio de que la persona que ha *concebido* la obra protegida es el *titular* del derecho de autor. La doctrina y la jurisprudencia holandesas consideran generalmente que, en virtud de este artículo, la calidad de autor se atribuye a la persona física (*maker*) que ha dado nacimiento a la obra protegida a través de un trabajo creativo. Desde la reforma legislativa de 1985, este parecer está respaldado por el artículo 45 a, párrafo 2o., que define los autores de las obras cinematográficas y hace referencia explícita a las personas físicas que han contribuido creativamente.

Según Grosheide, a través de esta disposición específica, el legislador habría consagrado, sin ambigüedad, el principio general del autor persona física.³⁷

Sin embargo, como en los otros países de la Unión Europea, el legislador holandés ha manejado, en ocasiones una distinción entre la *calidad* de autor (*het "makerschap"*) y la *titularidad* del derecho ("*auteursrechtgebende-zin*").

De ser así, ello derogaría la concepción natural del autor persona física.

En efecto, la *titularidad* inicial de los derechos está otorgada, por la ley, al patrón (artículo 7) así como a ciertas personas *morales* (artículo 8). En estos dos casos, la ley no excluye, la celebración de acuerdos en sentido

³⁷ "National reports Netherlands", *Droit d' auteur et propriété industrielle*, Congrès de la Mer Egée, II, 19-26 de abril de 1991, París, 1992, p. 375.

contrario, lo que, a primera vista, hace pensar que el legislador no se ha alejado de la concepción natural del autor persona física.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina, apoyándose en decisiones jurisprudenciales, estima que dichas personas pueden también ser titulares de derechos morales, prerrogativas eminentemente personales, connaturales a la persona del autor, que confieren, en definitiva, a esas personas la plena calidad de autor. A este respecto, Grosheide comprueba que: “la noción actual de autor está determinada más por la función que por el individuo”.³⁸

Permítaseme añadir, a estas situaciones, aquella en la que una obra se realiza conforme a lo planeado, bajo la dirección y la vigilancia de un tercero. Dicho tercero es considerado por autor (artículo 6o.).

8. España y Portugal

Los legisladores portugués y español han abrazado las tesis continentales del autor persona física.

Según el artículo 5o. de la Ley española 22/1987 sobre la propiedad intelectual, la calidad de autor se confiere a la persona física (*persona natural*) que ha creado una obra literaria, artística o científica. De igual manera se regula en los artículos 11 y 27 del código portugués sobre derecho de autor y derechos conexos (17 de agosto de 1985).

A pesar de ello, este principio general viene atenuado por el artículo 5o., párrafo 2o., que otorga en los casos expresamente previstos por la ley —a las personas jurídicas— el poder beneficiarse de la protección conferida al autor de la obra. Sin embargo, parte de la doctrina manifiesta que los términos de la ley no permiten indicar si el legislador ha querido otorgar la titularidad originaria de los derechos a las personas jurídicas o si, a través de presunciones de cesión, ha querido indicar que, en ciertos casos, pueda realizarse una transferencia de derechos a favor de aquéllas. Por otro lado, no se puede excluir la voluntad del legislador de incluir en el ámbito de aplicación de esta disposición una situación similar a aquella prevista por el artículo 6o., párrafo 2o., de la Ley española, la cual se refiere a la hipótesis en que la obra es divulgada en forma anónima o seudónima. En este caso, la ley atribuye el ejercicio de los derechos de *propiedad inte-*

³⁸ *Ibidem*, p. 377.

lectual (tanto morales como patrimoniales) a la persona física o moral que ha publicado la obra con el consentimiento del autor, hasta en tanto éste no revele su identidad.

La jurisprudencia no se ha pronunciado al respecto para clarificar esta situación.

Estos titubeos están igualmente presentes en el régimen reservado a las obras colectivas (artículo 8 de la ley).

¿Se necesita considerar el reconocimiento de la titularidad originaria de los derechos a favor de la persona física o moral que edita y publica la obra con su nombre o se trata de una presunción de cesión discutible? El cuestionamiento es real. Efectivamente, si la titularidad originaria de los derechos se confiere a una persona moral, dicha persona dispone igualmente de los derechos morales. Viceversa, si el legislador se limitó a instituir una presunción discutible de cesión, sólo los derechos pecuniarios se transfieren, los derechos morales permanecen inalienables.

De todas formas, cualquiera sea la interpretación que se dé a los textos generales, el legislador español ha *derogado* la *concepción natural* del autor persona física en el ámbito de los *programas de computación*, cuando ellos presenten las características de obras *colectivas*.

En términos muy similares a los del artículo 5o., párrafo 2o., de la Ley 22/1987 sobre propiedad intelectual, el artículo 2o., de la Ley 16/1993 establece que “se considera como autor de un programa de ordenador, la persona o conjunto de personas físicas que lo han creado, o la persona moral que sería considerada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por la ley”. El vocablo *titular* no indica si la persona moral se beneficia de los derechos de autor a título originario o al amparo de una cesión o de una presunción de cesión. Sin embargo, este aspecto se esclarece —a mi juicio— cuando el programa de la computadora es una obra colectiva. El legislador esta vez ha precisado sin ambigüedad que —salvo pacto en contrario— se considera como *autor* de dicho programa la *persona física o moral* que lo edita o lo divulga con su nombre (artículo 2o., párrafo 2o.). El término *autor* está correctamente utilizado aquí, ya que indica la voluntad del legislador de otorgar la *titularidad originaria* de los derechos a dicha persona.

En derecho portugués, el autor es —salvo disposición en contrario— *el creador intelectual de la obra* (artículo 27, párrafo 1o.). De este modo, el legislador ha indicado que quería ceñirse al principio general del autor persona física. Sin embargo, de entrada el legislador ha precisado, por la

expresión *salvo disposición en contrario*, que tal principio podía implicar excepciones.

Este parecer interpretativo viene confirmado por el artículo 27, párrafo 3o., de la ley comentada, según el cual “salvo disposición en contrario, el autor lo es también del derechohabiente y del cesionario de los derechos respectivos”.

Además, se permite añadir a este precepto, el artículo 11 del código del derecho de autor y de los derechos conexos que otorga, *salvo pacto en contrario*, la titularidad originaria del derecho al creador intelectual de la obra.

Dicho principio de titularidad originaria de los derechos a favor del creador está nuevamente privado de su fuerza por la reserva de la *disposición en contrario* que, según el artículo 11, debe hacerse expresa.

Lo cual quiere decir que se trata, entonces, de derogaciones posibles que no afectan demasiado, la formulación del principio.³⁹

Las reglas reguladoras del contrato de *trabajo* reflejan ese sistema de protección ya que, *salvo pacto en contrario* la *titularidad del derecho* de autor se presume que pertenece al creador intelectual (artículo 14, 2, del código).

Al igual que en otros países de la Unión Europea, encontramos en la legislación lusitana, un concepto de obra colectiva que puede parecerse al concepto de obras colectivas del derecho francés y español (artículo 16, párrafo 1o., b del código).

Sin embargo, contrariamente a los regímenes que derogan el principio de la concepción natural del autor persona física, las excepciones no afectan sino levemente los derechos morales.

9. Italia

Con el capítulo II consagrado a *los titulares del derecho*, el legislador italiano precisó que el “titular originario en la adquisición del derecho de autor se constituye, por la creación de la obra, como expresión particular del trabajo intelectual” (artículo 6 de la ley italiana sobre derechos de autor). Dicho principio de la concepción natural del autor se reafirma en el artículo 2576 del Código Civil. Sin embargo, hay algunas excepciones,

³⁹ Ascençao, J., *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, Editora Limitada, 1992.

entre ellas, la más significativa se refiere a la obra colectiva reglamentada por el artículo 7 de la ley italiana sobre el derecho de autor del 22 de abril de 1941.

En efecto, el párrafo 1o. de dicho precepto considera como “autor de una obra colectiva a quien organiza y dirige la creación de dicha obra”. Este artículo debe completarse con el artículo 38, párrafo 1o. de la ley que atribuye, salvo pacto en contrario, el ejercicio de los derechos de índole económica a quien edita la obra,⁴⁰ sin perjuicio de los derechos que se derivan del artículo 7 de la ley.

Resulta que el coordinador (el editor en sentido anglosajón) —aquel que organiza y dirige la creación— conserva todos los derechos morales sobre la obra, en su calidad de autor, en virtud de dicho artículo 7.

Los diferentes colaboradores en la obra colectiva conservan el derecho de utilizar su propia obra separadamente, dentro de los límites enunciados en los artículos 38, párrafo 2,⁴¹ 39 a 42 de la ley, sin menoscabo de los derechos del coordinador en el sentido del artículo 7. El autor de un artículo o de alguna otra obra reproducida en un espacio colectivo tiene el derecho de reproducirlo(a) en forma independiente o incluirla en otra obra colectiva, no sin indicar la obra colectiva de la cual se extrajo, así como la fecha de publicación de la primera obra colectiva, conforme al artículo 42, párrafo 1o. de la ley. Se trata pues, de un derecho moral reconocido al coordinador de la obra colectiva existente. Adviértase, sin embargo, que la naturaleza de dicho derecho es polémica.

10. Reino Unido

En esta región el principio basilar de la protección se asemeja al contenido en las leyes inspiradoras de la tradición de la Europa continental, pero sufre, como veremos, numerosas excepciones. Según el artículo 9 de la ley británica sobre derecho de autor (*copyright*),⁴² diseños y patentes de 1988, por *autor* de ciertas obras, se entiende *la persona que ha creado*. Esta

⁴⁰ Se refiere al editor en sentido continental.

⁴¹ El artículo 38, párrafo 2, dispone que: “está reservado el derecho de los diferentes colaboradores de la obra colectiva para utilizar su propia obra separadamente, con la condición de observar los convenios concluidos y en su defecto, las reglas siguientes (las enunciadas en los artículos 39 a 42 de la ley)”.

⁴² *Right*, derecho; *copy*, reproducción.

disposición se complementa con el artículo 11 que retoma un principio ya enunciado en la anterior *Copyright Act* de 1956: “El autor de una obra es el primer titular de todo copyright existente sobre ella”.

Resulta como en derecho belga, que la persona física que ha creado la obra es la primera titular del *copyright* y el titular final se determinará por acuerdo entre las partes.

Este principio se aplica sin dificultad a las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas originales en el sentido del artículo 1o., párrafo 1o., a) de la ley. Pero, a diferencia del derecho belga, la titularidad inicial puede reconocerse, en ciertos casos, a las personas morales por la vía de una concepción extensiva de la obra. De esta forma, el derecho británico comprende tanto obra como objetos que no están contemplados en derecho continental: los registros sonoros, las emisiones de radiodifusión, los programas por cable, las presentaciones tipográficas de ediciones publicadas, y no las obras que allí se encuentran incorporadas (artículo 1o., párrafo 1o., b, de la ley británica). A este catálogo conviene añadir la obra generada por una computadora, definida por el artículo 178 de la ley, como “obra creada por una computadora en unas condiciones que excluyen toda intervención humana”.

Como consecuencia lógica de esta extensión de la noción de obra —calificada por algunos⁴³ de ilegítima— se considera *autor* de este tipo de producto o servicio:

- para los registros sonoros, la persona que toma las precauciones necesarias para realizar el registro (artículo 9, párrafo 2, a);
- para las emisiones de radiodifusión, la persona que realiza la emisión (artículo 9, párrafo 2, b);
- para los programas distribuidos por cable, la persona que asegura el servicio de cabledistribución mediante el cual el programa se distribuye (artículo 9, párrafo 2, c);
- por las presentaciones tipográficas, el editor de dichas presentaciones (artículo 9, párrafo 2, d);
- por las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas creadas por una computadora, la persona que toma las precauciones necesarias en la creación de la obra (artículo 9, párrafo 3).

⁴³ Kerever, “La détermination de l’auteur de l’œuvre”, *Droit d’auteur et propriété industrielle*, p. 26.

De esta forma, comprobamos que para las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas creadas por una computadora, el principio de la concepción natural del autor está aniquilado casi por definición, ya que tales obras son tareas de las que la creación excluye a todo ser humano.

11. Irlanda

Intitulada como “propiedad del derecho de autor sobre las obras literarias, dramáticas musicales y artísticas”, el artículo 10 de la ley irlandesa de 1963 dispone que “es el autor” de una obra tal, “a quien pertenecerá todo derecho de autor que exista sobre dicha obra en virtud de la presente ley”.

Sin que el término persona física se mencione expresamente, la palabra *autor* —en oposición a *titular del derecho (the rightholder)*— evoca una interpretación en este sentido. Esto viene ratificado por el contenido mismo del artículo 10 de la ley que implícitamente se refiere al autor persona física. En efecto el párrafo 2 del artículo 10 que se refiere a los derechos de autor de quien es un empleado, distingue los derechos que corresponden al autor de los del propietario del periódico. En el párrafo 3, el legislador, consecuente con este mismo espíritu, ha decidido los derechos del comantario de una obra. La comprensión del artículo 10 implica, además, que han de tomarse en consideración los artículos 8, párrafos 1 y 2, así como el artículo 9, párrafo 2 y 3 de la ley irlandesa que se refieren al deceso del autor, acontecimiento inherente a una persona física.

El legislador irlandés ha distinguido los objetos de protección. Se trata, por una parte, de *obras (works)* literarias, dramáticas, musicales y artísticas originales y, por otro lado, de *otras cosas* motivo de protección (*subject matter*) como los registros sonoros, los filmes, las emisiones de radio y televisión. A esta distinción parece corresponder una precisión terminológica relativa a la persona del autor que permite diferenciar al autor persona física creador de una obra original del sujeto de derecho, propietario del *copyright*, de otros objetos de protección. Así el término *autor* se utiliza —excepto en las obras fotográficas— para designar la persona que ha creado la obra literaria, artística, musical, dramática original, mientras que el concepto de productor (*maker*) reenvía a aquel que ha tomado las medidas necesarias para la realización del filme.

Este gran rigor que presenta, al respecto, la ley irlandesa con relación a la ley británica, es, sin embargo, inexistente en el campo de la fotografía. En efecto, el *copyright* sobre una producción fotográfica o el obtenido por

una producción análoga a la fotografía pertenece paradójicamente, en derecho irlandés, a la persona que, al momento en que es tomada la fotografía, es la propietaria del soporte sobre el que ésta está fijada (artículo 2, §1 de la L.D.A. irlandesa). En otras palabras, al propietario de la película. Esta anomalía, ya presente en la vieja ley británica sobre el derecho de autor de 1956 (artículo 48, §1 del *Copyright Act*) ha sido suprimida por la reforma legislativa de 1988. En virtud del artículo 9, §1 de la ley británica, el autor de una fotografía es en lo sucesivo el creador de ésta.

12. México

La ley mexicana otorga pleno reconocimiento a la calidad de autor —como derecho cardinal del creador— a partir del cual se originan todos los que con él se vinculen, cualquiera sea la causa.⁴⁴

En tal virtud, el propio ordenamiento determina que *autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística* (artículo 12).⁴⁵

Así que es la persona *física* quien al despertar su ingenio, estimular su sensibilidad o emerger su talento durante el proceso de creación, configura una *obra*; de este modo, aquélla genera el derecho de autor y la perenne identificación entre el autor y su creación, lo cual deviene la génesis del bien cultural y su reglamentación.

Un error en la identificación del autor con su obra, descalifica a aquél para ejercitar cualesquiera de sus derechos.

De igual manera, conferir el reconocimiento a favor de una persona diferente al autor, convertiría a aquélla en plagiaria, si no ejerce el derecho de deslinde que también recoge nuestra legislación (artículo 21, VI).

De ahí que la mancuerna *autor-obra* sea la piedra basilar de todo el sistema de protección de ambos.

Esta idea se confirma plenamente en el artículo 18, LFDA, al establecer que el “autor es el *único*, primigenio y *perpetuo* titular de los derechos morales [y] patrimoniales sobre las obras de su creación”.

⁴⁴ Ratifica esta idea el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito A.D. 68/87, como criterio aislado. *Cfr.* Derechos de autor, objeto de la Ley Federal de, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 217-228, VI parte, p. 220.

⁴⁵ La vigente es la Ley Federal de Derechos de Autor (LFDA), del 24 de diciembre de 1996, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de julio de 2003.

Todavía más, el derecho moral se considera *unido al autor* (artículo 19, LFDA).

Esta es la titularidad *originaria*, mientras que la titularidad *derivada* aparece cuando el autor —en ejercicio de los derechos patrimoniales— cede éstos a un tercero, o bien, licencia el uso y explotación de la obra (artículos 26, 30 y ss.).

Ahora bien, toda regla tiene sus excepciones, pues, la misma ley autoral permite que personas distintas a la persona física creadora de una obra literaria y artística (herederos, el propio Estado, el comitente y el empleador) ejerciten derechos morales de autor (artículos 20, 21, 83 y 84, LFDA).

A. *La obra por encargo*

Al respecto, la ley indica que el comitente (persona física o ente jurídico) “salvo pacto en contrario, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la *divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones*” (artículo 83, LFDA).⁴⁶

La Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) conceptúa este contrato como “una obra creada en cumplimiento de un acuerdo concertado entre el autor y la persona física o la entidad jurídica que confía al autor la realización de una obra definida, mediante abono de unos derechos de autor convenido”.⁴⁷

La figura a que se refiere el artículo 83, LFDA, es un contrato de prestación de servicios profesionales de índole específica por la naturaleza del objeto material de la relación, esto es, la creación de una obra determinada según la voluntad del comitente, por lo que no debe confundirse con una relación de trabajo, ya que no existe una relación de subordinación ni de mando.⁴⁸

Las partes en este pacto son por un lado, *la persona física o jurídica* que encargue la obra. En tal virtud, el origen de dicha obra emerge no de la voluntad ni del ímpetu creador del autor, sino a solicitud de otro que se expresa de forma cierta y jurídicamente válida.

⁴⁶ El énfasis es nuestro.

⁴⁷ OMPI, *Glosario de derechos de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980, p. 40.

⁴⁸ Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, 1998, p. 131.

Por otro lado, un *autor* que recibe la encomienda de concebir una obra determinada, lo cual significa, poner a disposición del que la encarga todos sus conocimientos, pericia e ingenio a fin de producir la obra objeto del contrato. De ahí que la libertad creativa del autor se halle acotada, en razón de que sólo podrá ejecutar una obra que se apegue a los lineamientos de quien encargó dicho trabajo.⁴⁹ Además, hay que advertir que corresponde el derecho de paternidad sobre la obra a su autor material —en la parte en cuya creación haya participado— esto equivale al derecho que tiene a que siempre sea mencionado su nombre en *calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante*.

B. *El autor asalariado*

Esta figura existe cuando al mediar contrato individual de trabajo por escrito, el autor empleado produce una obra literaria y artística en provecho del empleador. En este caso, la ley presume que el *empleador* deviene *titular originario* del derecho de divulgación. Por cuanto se refiere a los derechos patrimoniales se regulan dos supuestos: a) “a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado”; b) en ausencia de contrato individual de trabajo, los derechos patrimoniales pertenecerán al empleado (artículo 84, LFDA).

De la lectura de dicho precepto se infiere que, salvo la divulgación de la obra, el patrón no manipula los derechos morales derivados de la obra como en el caso de la obra por encargo; ya que la relación laboral implica situaciones objetivas de subordinación y de prestación de servicios retribuidos, sin inmiscuirse en la *calidad autoral* del empleado.

Por otra parte, si bien la relación de trabajo emerge de las características objetivas de la propia conexión y no de la concurrencia de voluntades en un contrato por escrito, sin embargo, en materia de derechos de autor, dicho nexo no se presupone sino que ha de plasmarse en instrumento contractual, de naturaleza individual y por escrito, ya que la teleología de la norma es tutelar la producción intelectual de las personas sujetas a relaciones laborales. Esto es, además de mediar vínculo laboral objetivamente determinado, debe haber contrato individual de trabajo donde se regulen

⁴⁹ *Idem.*

las características de la *titularidad* de los derechos patrimoniales, de lo contrario, se presumirá que patrón y trabajador se reparten dichos bienes por partes iguales.⁵⁰

Ahora bien, cuando sólo los hechos exclusivamente objetivos generen el ligamen jurídico laboral sin que tercie contrato individual de trabajo, el legislador, congruente con la naturaleza de las obras del ingenio humano ha otorgado al empleado la *integridad* del ejercicio y la *titularidad* de los derechos patrimoniales.⁵¹

C. *Restricciones al derecho de autor*

Varios son los supuestos que la LFDA contempla. Aquello que la ley no tutela así como lo que por disposición expresa está limitado ayuda a entender la trascendencia del derecho de autor. El artículo 14 de la LFDA enlista en diez fracciones —*numerus clausus*— lo que no es motivo de protección; entre otros: las ideas en sí mismas; los dígitos o colores aislados; los nombres y títulos o frases aislados.

Limitaciones por causa de utilidad pública. El caso se presenta cuando el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, autoriza sin consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, *la publicación o traducción* de obras literarias o artísticas *necesarias para el adelanto* de la ciencia, la cultura y la educación nacionales; ello sin perjuicio de los tratados internacionales sobre

⁵⁰ *Ibidem*, p. 133.

⁵¹ Diferente regulación reciben los *inventores* asalariados en nuestro derecho patrio; al respecto el artículo 163 de la Ley Federal del Trabajo expresa: “La atribución de los derechos al nombre y a la propiedad y explotación de las invenciones realizadas en la empresa, se regirá por las normas siguientes:

I. El inventor tendrá derecho a que su nombre figure como autor de la invención;

II. Cuando el trabajador se dedique a trabajos de investigación o de perfeccionamiento de los procedimientos utilizados en la empresa, por cuenta de ésta, la propiedad de la invención y el derecho a la explotación de la patente hubiese percibido, tendrá derecho a una compensación complementaria, que se fijará por convenio de las partes o por la Junta de Conciliación y Arbitraje cuando la importancia de la invención y los beneficios que pueda reportar al patrón no guarden proporción con el salario percibido por el inventor.

III. En cualquier otro caso, la propiedad de la invención corresponderá a la persona o personas que la realizaron, pero el patrón tendrá un derecho preferente en igualdad de circunstancias, al uso exclusivo o a la adquisición de la invención y de las correspondientes patentes. Serrano Migallón, *op. cit.*, nota 48.

derechos de autor y derechos conexos suscritos y aprobados por México (artículo 147, LFDA).

El dominio público como demarcador del derecho de autor. Al respecto es muy explícita la ley al establecer que “las obras del *dominio público* pueden ser *libremente* utilizadas por cualquier persona, con la sola *restricción* de respetar los derechos *morales* de los respectivos autores” (artículo 152, LFDA).⁵²

Asimismo, “*es libre el uso* de la obra de un autor *anónimo* mientras el mismo no se dé a *conocer* o no *exista un titular* de los derechos patrimoniales identificados” (artículo 153, LFDA).

Los símbolos patrios como límites de los derechos de autor. Al ser el Estado mexicano el titular de los derechos morales sobre los símbolos patrios, su uso está sujeto a lo establecido por la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales (artículos 155 y 156, LFDA).⁵³

Sin embargo, se ha dicho que cuando el Himno Nacional se interpreta en Estados Unidos, los derechos patrimoniales los disfruta un ciudadano norteamericano.

Las expresiones de las culturas populares como límites de los derechos de autor. Con el fin de preservar la idiosincrasia del pueblo mexicano, perpetuando su dignidad y originalidad de sus tradiciones, el legislador consagró protecciones autorales de índole colectiva. Por tanto, “es libre la utilización de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; protegidas por [el capítulo tercero, relativo a las culturas populares] siempre que no contravengan las disposiciones del mismo” (artículo 159, LFDA).

Cortapisa de la Secretaría de Gobernación a los derechos de autor. El supuesto se presenta cuando la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación niega a una determinada publicación el certificado de licitud de *título y contenido*, y por consecuencia dicho fallo resultó desfavorable a los intereses del autor, por lo que en ciertos casos hay que modificar la denominación o el concepto de publicación y en otros conviene interpelar a la autoridad judicial para conseguir, a través del amparo, una sentencia que ordene variar el dictamen de la autoridad administrativa.⁵⁴

⁵² En cursivas lo que nos pareció relevante.

⁵³ *Diario Oficial de la Federación.*

⁵⁴ Al respecto puede verse el criterio judicial ratificando el fallo de la Comisión Calificadora adverso a la revista *Playboy*, 196/71, Hugh M. Hefner, Segundo Tribunal del

D. *Los ajustes y las derogaciones al principio de la concepción natural del autor*

Bástenos una breve acotación, ya que hemos comprobado que en varios Estados de la Unión Europea, el legislador ha derogado sensiblemente el principio de la *concepción natural* del autor.

Sin embargo, en algunos países partidarios de la concepción natural del autor, la lógica anglosajona se ha impuesto. Al lado del autor creador aparecen sujetos de derechos *reputados o considerados* como autores. Mencionamos algunos de los argumentos inspirados por un deseo de pragmatismo económico que tratan de justificar la asimilación: la voluntad de evitar ciertos conflictos entre los creadores que disponen de derechos iguales y concurrentes, de facilitar la explotación económica de la obra así como de aligerar los riesgos financieros que ha de soportar el empresario inversionista.

Sin abandonar la concepción natural del autor persona física, los legisladores de otros países consideran necesario, por motivos similares, ajustar el ejercicio de los derechos de los creadores. Dichos ajustes se concretan generalmente al reconocimiento de una presunción de transferencia de derechos o de una cesión legal de derechos a favor de terceros.

Este abandono de la concepción natural del autor o este ajuste del ejercicio de los derechos trae consecuencias en la titularidad del derecho moral.

En ambos casos, los límites más significativos aparecen en el sector del contrato laboral que claramente mencionamos en el caso de México.

VIII. CONCLUSIONES

Solamente algunas consideraciones finales como resultado de esta investigación.

Crear es un componente implícito en la palabra autor. Los propios creadores han discrepado desde siempre sobre si crear es o no un oficio. En mi opinión, crear constituye, en mayor o menor medida, *un oficio*. Y puesto que una reducida minoría vive de sus obras, la pluriactividad artística es

una práctica más recurrente que la biprofesionalización e igualmente característica de los oficios de creación.

Económicamente hablando, la locución segundo oficio puede parecer impropia, en la medida en que se refiere precisamente al medio de subsistencia; sin embargo, psicológicamente es atinada, ya que es así como lo considera el autor o el artista, para quien lo importante es el acto creativo. Ciertamente en nuestro país son muy pocos los que exclusivamente viven de pintar, esculpir o escribir.

A mi juicio, la palabra *autor* es un concepto *fundamental* en el derecho de la propiedad intelectual, particularmente en el derecho de la propiedad autoral.

La Convención de Berna no definió el vocablo *autor*, sin embargo, los convencionistas de entonces estuvieron de acuerdo en que la idea subyacente de dicha expresión se refería al *creador físico (material)* de la obra.

Dicha idea fue adoptada y luego plasmada expresamente en las legislaciones nacionales como es el caso de la ley mexicana (artículo 13, LFDA).

En principio la *autoría* es atributo exclusivo de la persona humana, ya que solamente la persona *natural* tiene la cualidad de *crear*. Excepcionalmente, algunas legislaciones nacionales atribuyen titularidad originaria a una persona jurídica. Aun más, la tendencia actual es creciente para reconocer dicho *status* jurídico.

La mancuerna *autor-obra* es la piedra angular en donde descansa todo el sistema de protección de ambos, el *leitmotiv* del derecho de autor.

El derecho de autor en México se ve limitado por restricciones impuestas por el propio legislador.

Según el legislador inglés e irlandés, los objetos de protección son de dos tipos: las *obras (works)* literarias, dramáticas, musicales y artísticas originales y, las *otras cosas (subject matter)* como los registros sonoros, los filmes, las emisiones de radio y televisión. A esta distinción parece corresponder una precisión terminológica relativa a la persona del autor que permite diferenciar al autor persona física-creador de una obra original del sujeto de derecho, propietario del *copyright*, de otros objetos de protección. Así el término *autor* se utiliza —excepto en las obras fotográficas— para designar la persona que ha creado la obra literaria artística, musical, dramática original, mientras que el concepto de productor (*maker*) reenvía a aquel que ha tomado las medidas necesarias para la realización del filme (concepción extensiva de la obra).

IX. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CB: Convención de Berna.

CONACULTA: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

LDA: Ley del Derecho de Autor Irlandesa.

LFDA: Ley Federal del Derecho de Autor.

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

UE: Unión Europea.