

## CAPÍTULO TERCERO

### ¿LOS DERECHOS DE AUTOR SON DERECHOS HUMANOS?

Tradicionalmente, las normas relativas a los derechos humanos y las normas concernientes a los derechos de autor (e incluso, en un sentido más amplio, a la llamada propiedad intelectual) eran analizadas y aplicadas por separado; sólo en tiempos recientes se están acercando,<sup>1</sup> a tal grado que se habla de estas figuras como “compañeros íntimos de cama”,<sup>2</sup> para ilustrar la importancia que, incuestionablemente, tiene hoy la intersección de tales disciplinas.<sup>3</sup>

A decir de Helfer, fueron dos eventos los que ocasionaron la incorporación de la propiedad intelectual a la agenda de los derechos humanos: los reclamos de protección de los pueblos indígenas y la creciente vinculación de la propiedad intelectual con el comercio internacional (particularmente con el ADPIC de la OMC).<sup>4</sup> Ya en particular sobre los derechos de autor, y como consecuencia de la revolución digital,<sup>5</sup> salió a la luz (nuevamente) el

<sup>1</sup> Torremans, Paul L.C., “Copyright as a human right”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression — Intellectual property — Privacy*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 1 y 2.

En términos similares, *cf.* Yu, Peter K., “Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, p. 1041; y Cullet, Philippe, “Human rights and intellectual property in the TRIPS era”, *Human rights quarterly*, EUA, vol. 29, núm. 2, mayo 2007, p. 404.

<sup>2</sup> Helfer, Laurence R., “Human rights and intellectual property: conflict or coexistence?”, *Minnesota intellectual property review*, Minnesota, núm. 5, 2003, p. 47.

<sup>3</sup> Raustiala, Kal, “Density & conflict in international intellectual property law”, California, Research paper 06-31, UCLA, 2006, p. 10.

<sup>4</sup> Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 2, pp. 51 y 52.

En términos muy similares, Christophe Geiger entiende que, dada la reciente tendencia de crecimiento desmedido de los derechos intelectuales, ha sido necesario que los jueces invoquen los derechos fundamentales para restablecer el equilibrio en caso de protección excesiva. *Cfr.* Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 30.

<sup>5</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1075.

tema de su vinculación con otros derechos (como el derecho a la cultura y el derecho a la información), el tema del fortalecimiento de la tutela de los derechos de autor, así como el de su reforzamiento mediante medidas tecnológicas de protección o a través de nuevas instituciones jurídicas (como el derecho *sui generis* sobre las bases de datos) —temas que retomamos en el capítulo sexto de la presente investigación—.

Para explicar o representar este fenómeno, en la actualidad destacan dos tipos de posturas en torno a la relación entre el derecho intelectual y los derechos humanos. La primera es aquella que ve a esas instituciones en *conflicto*, de forma que la propiedad intelectual es incompatible con los derechos humanos, por lo que tal conflicto ha de resolverse reconociendo la primacía normativa de los derechos fundamentales (modelo de conflicto). La segunda postura ve en la propiedad intelectual y en los derechos humanos una relación esencialmente de *compatibilidad*, aunque puede haber discrepancias en algunos puntos (modelo de compatibilidad).<sup>6</sup>

Por eso, como bien indican Dutfield y Suthersanen, se explica que tanto los defensores como los opositores de la llamada propiedad intelectual, insistan en que el debate en esta materia se enmarque en términos de derechos humanos.<sup>7</sup>

En este contexto, cabe señalar que el tipo de relación existente entre los derechos de autor<sup>8</sup> y los derechos humanos, es un tema de crucial im-

<sup>6</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *Human rights and intellectual property. Mapping the global interface*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 65 y ss.; Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 2, pp. 48 y 49; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, pp. 2 y 3; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1075; Derclaye, Estelle, “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 133 y 134; y Grosheide, Willem, “General introduction”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 5.

Véase también Okediji, Ruth L., “The limits of development strategies at the intersection of intellectual property and human rights”, en Gervais, Daniel (coord.), *Intellectual property, trade and development*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 359.

<sup>7</sup> Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *Global intellectual property law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 213 (quienes, asimismo, señalan que también hay tanto opositores como defensores, que buscan que los temas de derecho intelectual no se mezclen con los de derechos humanos).

<sup>8</sup> Tanto por el objetivo de esta investigación, como por claridad en el debate, sólo nos limitaremos a contrastar los derechos humanos con los derechos de autor en particular (y de hecho, más adelante nos circunscribimos sólo a los derechos de explotación), por lo que trataremos de evitar, en la mayor medida de lo posible, consideraciones generales sobre la “propiedad intelectual”.

De hecho, uno de los problemas que enfrenta el debate sobre los derechos de autor, es que comúnmente no se suelen distinguir tales derechos respecto de las patentes, y se habla

portancia para la presente investigación, razón por la cual le dedicamos el presente capítulo.

Para poder tipificar la relación entre esos dos institutos jurídicos, adoptaremos la metodología que a continuación se indica. En primer lugar, plantaremos la pregunta de si los derechos de autor son o no derechos humanos; si la respuesta es positiva, no habrá necesidad de avanzar más, pues quedaría en claro que la relación no podría calificarse como de conflicto o contradicción. En cambio, si la respuesta es negativa, debemos proceder a una segunda etapa, en la que, partiendo del supuesto comprobado de que los derechos de autor no son derechos humanos, habrá que determinar entonces qué clase de relación hay entre esas dos instituciones: una de contraposición, una de complementación o una de indiferencia y no interacción.<sup>9</sup>

Para contestar esas dos preguntas, estructuramos el presente capítulo de la siguiente forma: primero haremos un apunte acerca del debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor (1), luego revisaremos los instrumentos internacionales (2) y las constituciones nacionales (3) para ver qué planteamientos hacen sobre los derechos de autor y su posible estatus de derechos humanos, posteriormente revisaremos la corriente doctrinal que considera que los derechos de autor son derechos humanos (4) y la opinión sobre el particular de los organismos internacionales en materia de derechos humanos (5), para finalmente dar nuestra opinión con base en esos elementos y a algunos que retomaremos de los dos primeros capítulos de la presente investigación (6).

en general de “propiedad intelectual”. Inclusive, muchas veces, el problema se debate como si fuera el caso del conocido conflicto entre patentes y acceso a medicamentos para enfermos de VIH/SIDA, cuando en realidad los derechos de autor son muy distintos a las patentes, y los derechos humanos con los que suele presentar tensiones no son el derecho a la salud o a la vida, sino, más bien, los derechos a la cultura, a la información y a la educación, principalmente.

En éste sentido, compartimos lo expresado por Dreyfuss cuando indica: “Of course the interests protected by intellectual property law generally must be unpacked and distinctions kept in mind. There may well be important differences between the intellectual endeavors protected by copyright and the material protected by patents”. Dreyfuss, Rochelle Cooper, “Patents and human rights: where is the paradox?”, Nueva York, New York University Law School public law and legal theory research paper series, núm. 06-29, s/f, p. 8.

<sup>9</sup> Este análisis lo haremos, principalmente, desde un punto de vista deóntico, es decir, respecto a lo mandado, prohibido o permitido en las normas de derecho positivo relativas a los derechos de autor y a los derechos humanos. Sin embargo, dados los términos en que se ha planteado el debate, es ineludible hacer algunas referencias, así sean mínimas, a los valores subyacentes en ambos tipos de normas jurídicas.

## I. REFERENCIA AL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Iniciemos, pues, el camino trazado en el apartado previo, con el análisis de la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

Como acertadamente indica Kéréver,<sup>10</sup> para saber si está justificada una asimilación de los derechos de autor a los derechos humanos, no basta con que nos preguntemos ¿qué es un derecho humano?,<sup>11</sup> sino que también hay que preguntarnos ¿cuál es la naturaleza de los derechos de autor? Por tal razón, en el presente apartado, echaremos un breve vistazo a las teorías más importantes que explican la naturaleza jurídica de los derechos de autor, tanto para tratar de explicar dicha naturaleza, como para ver si alguna de esas teorías nos da razón sobre el posible estatus de derechos humanos de los derechos de autor.

### 1. *Teoría del derecho de propiedad*

Durante mucho tiempo esta fue la teoría prevalente. Alcanza su punto máximo de consagración con la revolución francesa, que en 1793 impulsó la expedición de una ley sobre “propiedad literaria”. Esto no es de sorprender, pues en dicha revolución burguesa se dio un encumbramiento de los derechos de propiedad (incluso se les consideró como derechos naturales).<sup>12</sup>

De acuerdo con esta teoría, los derechos de autor son derechos de propiedad, en tanto generan un poder exclusivo y de control de un titular sobre una cosa, siendo oponibles *erga omnes*.<sup>13</sup> Inclusive, el Código Napoleón determinó que la obra intelectual era una propiedad tal y como también lo era una tierra o una casa, por lo que gozaba de los mismos derechos para su protección.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Kéréver, André, “El derecho de autor como derecho humano”, *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, vol. XXXII, núm. 3, 1998, p. 18.

<sup>11</sup> Sobre esta pregunta, *cf.* lo ya dicho en el capítulo primero del presente trabajo.

<sup>12</sup> Sobre la etapa iusnaturalista del derecho de propiedad y su impacto en materia de derechos de autor, *cf.* Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 388-393.

<sup>13</sup> Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, Comares, 1994, p. 18; Farrell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor (apuntes monográficos)*, México, Ignacio Vado, 1966, pp. 59 y 60; Jessen, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, trad. de Luis Grez Zuloaga, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 32.

<sup>14</sup> Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil. Los bienes*, trad. de José M. Cajica, México, Cajica, 1955, p. 179.

Al respecto, acertadamente nos indica Farell Cubillas: “La tesis resulta del esfuerzo de juristas y filósofos para hacer entrar en los arcaicos cuadros del derecho romano esta nueva facultad jurídica, que se presenta con tantas facetas similares a la propiedad”.<sup>15</sup>

A pesar de la aceptación e impacto que tuvo esta teoría, rápidamente fue generando opositores,<sup>16</sup> como Renouard, quien combatió la postura de asimilar los derechos de autor a la propiedad de las cosas materiales, tanto en su tratado de 1838<sup>17</sup> como en la Cámara de Diputados francesa en 1841.<sup>18</sup> Inclusive, ya en la doctrina clásica del derecho civil francés encontramos posturas contrarias a esta teoría, como es el caso de Planiol y Ripert,<sup>19</sup> quienes la consideran repugnante.

De esta forma, entre las principales diferencias que hay entre los derechos de autor y el derecho real de propiedad, es posible destacar las siguientes:

- Los derechos de autor sólo pueden recaer sobre bienes inmateriales (cosas incorpóreas), mientras que la propiedad únicamente recae sobre objetos corporales;<sup>20</sup>
- Las obras intelectuales no pueden ser objeto de posesión exclusiva, pues son susceptibles de ser usadas y gozadas simultáneamente por infinidad de sujetos sin estorbarse mutuamente;<sup>21</sup>
- A diferencia de la propiedad, los derechos de autor no pueden adquirirse por usucapión, dado que las obras no son susceptibles de

<sup>15</sup> Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, p. 59.

Como bien indica Ricardo Antequera, los juristas franceses “no lograron advertir que se trataba de una nueva categoría de derechos”. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor no es una propiedad”, *www.aporrea.org/a42121.html*, diciembre de 2007.

<sup>16</sup> Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993, p. 20.

<sup>17</sup> Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 14, p. 179.

<sup>18</sup> Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, p. 60.

<sup>19</sup> Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 14, p. 180.

<sup>20</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, México, 6a. ed., Porrúa, 1999, p. 662; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 18; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 32; Stengel, Daniel, “La propiedad intelectual en la filosofía”, trad. de Paola Spada, *La propiedad inmaterial, Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 8, primer semestre 2004, p. 75.

<sup>21</sup> Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 19; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 664; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, 26a. ed., México, Porrúa, 1995, t. II, p. 172.

posesión, además de que el mero transcurso del tiempo no genera derechos, ni la calidad de autor;<sup>22</sup>

- Los derechos de autor tampoco pueden adquirirse por accesión, como sí sucede con la propiedad;<sup>23</sup>
- La teoría de la propiedad no explica el fenómeno de los derechos morales, pues el derecho de propiedad no otorga este tipo de protección;<sup>24</sup>
- Los derechos de explotación de los autores tienen una duración limitada, mientras que en la propiedad no hay tal limitación (normalmente, habrá derecho en tanto exista la cosa sobre la que recae);<sup>25</sup>
- Mientras que el derecho de propiedad es libremente transmisible en su totalidad, no sucede lo mismo con los derechos de autor (al menos por lo que se refiere a los derechos morales),<sup>26</sup> por no mencionar que los derechos de remuneración casi siempre se configuran como intransmisibles *inter vivos*,<sup>27</sup> y que en algunos sistemas contractuales (como el mexicano o el alemán), la titularidad de los derechos de explotación no se puede transmitir entre vivos;<sup>28</sup>
- El régimen jurídico de la coautoría es diferente al del condominio;<sup>29</sup>
- Y nosotros podríamos agregar que la teoría de la propiedad tampoco es aplicable a los derechos de simple remuneración, que son derechos de autor pero no son exclusivos;<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Antequera Parilli, Ricardo, “Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2007, p. 11; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 19; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 664; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 20.

<sup>23</sup> Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 18; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 20; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, p. 406.

<sup>24</sup> Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 15; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, pp. 663 a 665; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 32; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 21; Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 20, p. 77.

<sup>25</sup> Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 22, p. 11; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, pp. 405 y 406; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 18; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 32; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 21; Stengel, Daniel, *op. cit.*, nota 20, p. 77.

<sup>26</sup> Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 22, p. 11; y Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 21.

<sup>27</sup> Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, 2004, p. 109.

<sup>28</sup> *Cfr.* lo ya explicado en el apartado 5.2.5 del capítulo segundo del presente trabajo; así como véase los artículos 30, 33 y 41 de la LFDA.

<sup>29</sup> Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 21; y Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, p. 406.

<sup>30</sup> Para más información sobre los derechos de remuneración, véase el capítulo V y su fracción 3, del capítulo segundo de este libro.

— Además, concretamente en el caso mexicano,<sup>31</sup> los derechos de propiedad pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles,<sup>32</sup> mientras que los derechos de autor siempre serán muebles.<sup>33</sup>

Por razones como estas, la doctrina mayoritaria en México rechaza que los derechos de autor tengan la misma naturaleza jurídica que el derecho real de propiedad.<sup>34</sup> Desde luego, podrían darse muchas otras razones que hacen diferente al derecho de propiedad de los derechos de autor,<sup>35</sup> pero con las apuntadas es más que suficiente.

Pero esto no sólo es una cuestión meramente académica, pues nuestro Código Civil de 1928 cambió la postura de sus predecesores de 1870 y 1884, dejando de considerar a los derechos de autor como derechos de propiedad.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 664.

<sup>32</sup> El artículo 750, fr. XII del CCF, establece que son bienes inmuebles los derechos reales sobre inmuebles; mientras que el artículo 754 del mismo ordenamiento señala que son bienes muebles los derechos que tienen por objeto cosas muebles (y en general, son muebles, todo lo que la ley no repete como inmueble, según dispone el artículo 759 del citado código).

<sup>33</sup> El artículo 758 del CCF establece: “Los derechos de autor se consideran muebles”.

<sup>34</sup> Cfr. Acosta Romero, Miguel, “El derecho intelectual y las partes que lo integran”, *Revista mexicana del derecho de autor*, México, SEP, año III, núm. 11, julio-diciembre 1992, pp. 131 y 132; Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 51-54; De la Parra Trujillo, Eduardo, “¿Derechos de autor o propiedad intelectual? Algunas precisiones terminológicas”, *Revista mexicana del derecho de autor*, Nueva época, México, INDA, año III, núm. 9, julio-septiembre 2003, p. 32; Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, pp. 662 y ss.; Rangel Medina, David, *Derecho intelectual*, México, Mc Graw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 112; Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 65; Solorio Pérez, Óscar Javier, “Nacimiento de los derechos de autor”, en Solorio Pérez, Óscar Javier (coord.), *Derechos de autor para universitarios*, Colima, Universidad de Colima, 2007, p. 45.

<sup>35</sup> Desde un punto de vista de análisis económico del derecho, una diferencia esencial es que, mientras la propiedad es una respuesta al fenómeno natural de la escasez, los derechos de autor crean escasez donde naturalmente no la hay, esto con el fin de generar ingresos económicos por la creación. Por consiguiente, el problema de la propiedad es diferente al de los derechos de autor. Cfr. Lemley, Mark A., “Property, intellectual property and free riding”, John M. Olin Program in Law and Economics, papel de trabajo núm. 291, Universidad de Stanford, agosto de 2004, pp. 31 y 32.

De igual forma, sobre las escasez artificial que generan los derechos de autor, cfr. Netanel, Neil Weinstock, *Copyright's paradox*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 121 y 122.

<sup>36</sup> El maestro Rojina Villegas, con meridiana claridad, advirtió que “el Código vigente, bajo el nombre de ‘derechos de autor’, consideró que este derecho debía ser objeto de una reglamentación diferente, que no debía asimilarse a la propiedad ni mucho menos identificarse con ella y que tampoco podían aplicarse las reglas generales de la misma. Cambió

E incluso, el Pleno de nuestra SCJN ha apuntado que el hecho de que los derechos de autor sean derechos protegidos por el artículo 14 constitucional, no significa “reducir el ámbito autoral al régimen correspondiente a los derechos reales, ni someter la naturaleza y regulación de la materia en estudio al terreno civilista”.<sup>37</sup>

No obstante, en tiempos recientes la teoría del derecho de propiedad ha tenido una especie de renacimiento. En particular, ha sido frecuentemente utilizada por los titulares de derechos y por ciertas personas encargadas de políticas públicas, para justificar la expansión de los derechos de explotación.<sup>38</sup> Inclusive, los economistas suelen ver en la llamada propiedad intelectual una continuación de la propiedad física, por lo que a ambas aplicarían los mismos principios.<sup>39</sup>

De hecho, la postura de considerar a los derechos de autor como derechos de propiedad está cobrando cada vez más auge en Europa, hasta el grado de ya existir pronunciamientos jurisdiccionales en ese sentido, como por ejemplo, del Tribunal Constitucional alemán,<sup>40</sup> del Tribunal de Justicia

completamente el criterio que existía en la legislación anterior y que fue sostenido por los Códigos de 1870 y 1884”. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 21, p. 175.

En el mismo sentido, Arsenio Farrell destacó que: “En el Código Civil de 1928, se consideró que no podía identificarse la propiedad intelectual con la propiedad común, porque la idea no es susceptible de posesión exclusiva”, agregando que: “Por estas razones, el aludido ordenamiento consideró que no se trataba de un derecho de propiedad sino de un derecho distinto, con características especiales, que denominó ‘Derecho de Autor’”. Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, pp. 19 y 20.

<sup>37</sup> Contradicción de tesis 25/2005, sentencia del 16 de abril de 2007, pp. 17 y 18.

Si bien la teoría de la propiedad fue desechada por el Pleno de la SCJN en sede de derechos de autor, fue acogida por la Segunda Sala de ese tribunal para explicar la naturaleza jurídica de las marcas, afirmando que: “el derecho que se tiene sobre las marcas es un derecho de propiedad en su función social, pues no es puramente privatista, ni únicamente público y social”. *Cfr.* Contradicción de tesis 77/2000, sentencia del 26 de enero de 2001, p. 44.

<sup>38</sup> Un ejemplo clásico es el discurso que, en 1982, Jack Valenti (entonces presidente de la MPAA) dio ante el Congreso de los EUA, alegando que los dueños de la propiedad sobre los frutos de la creatividad, deben tener los mismos derechos y protección que la que gozan los dueños de otros tipos de propiedades en ese país. *Cfr.* Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, p. 117.

<sup>39</sup> *Cfr.* Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, Nueva York, 6a. ed., Aspen Publishers, 2003, pp. 37 y ss.

<sup>40</sup> En su sentencia del 7 de julio de 1971, dicho tribunal determinó: “Este significado asegurador y protector de la garantía de la propiedad, ordena ver al derecho patrimonial del autor sobre su obra como una ‘propiedad’ en el sentido del artículo 14 LF y a colocarlo bajo su ámbito de protección”. El texto en español se obtuvo en Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, trad. de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 290.

de las Comunidades Europeas<sup>41</sup> e, incluso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (aunque, este caso, en referencia a otro tipo de derechos intelectuales: la marca).<sup>42</sup> Aunque cabe destacar que este no es fenómeno exclusivamente europeo, como se puede apreciar en algunas constituciones latinoamericanas,<sup>43</sup> en ciertos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>44</sup> y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>45</sup> o en resoluciones de algunos tribunales de la región, como por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana.<sup>46</sup>

Empero, lo anterior no ha menguado la postura de quienes consideran que los derechos de autor no son derechos de propiedad, en estricto sentido.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Asuntos *Laserdisken* (C-479/04) y *Promusicae* (C-275/06).

<sup>42</sup> Sobre el particular, es paradigmático el caso *Anheuser-Busch Inc. vs. Portugal* de 2007, en el que dicho tribunal resolvió un conflicto respecto a la marca “Budweiser”. En concreto, determinó que tanto las marcas como las solicitudes de marcas entran en el ámbito de la cláusula de propiedad del artículo 1o. del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Para un análisis detallado de este caso, *cf.* Helfer, Laurence R., “The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights”, *Harvard international law journal*, EUA, vol. 49, núm. 1, invierno 2008, pp. 19 y ss.

Un importante precedente que influyó la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (e incluso fue citado), es el caso *Smith Kline and French Laboratories Ltd. vs. Netherlands*, resuelto en 1990 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el que se aplicó el artículo 1o. del citado protocolo, para determinar que una patente estaba protegida por el derecho humano a la propiedad.

Ya concretamente sobre derechos de autor, destaca el caso *Balan vs. Moldavia* de 2008, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que los derechos de autor, al igual que las marcas, están protegidos por el artículo 1o. del primer protocolo del referido convenio europeo.

<sup>43</sup> Véase *infra* el subcapítulo III del presente capítulo.

<sup>44</sup> Caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros vs. Chile* (informe 90/05) de 2005, párrafos 51-53.

<sup>45</sup> Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005, párrafos 102-107.

<sup>46</sup> Sentencia núm. C-334/93.

Dicha resolución encuentra su precedente en la sentencia de 10 de febrero de 1960 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

<sup>47</sup> *Cf.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 22, p. 11; Bondía Román, Fernando, “Comentario al artículo 1o.”, en Bondía Román, Fernando, y Rodríguez Tapia, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 18; Lemley, Mark A., *op. cit.*, nota 35, pp. 3, 48, 55 y 56; Deazley, Ronan, *Rethinking copyright. History, theory, language*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, p. 141 y 142.

En igual sentido, Becerra Ramírez afirma que: “Es evidente que el concepto de ‘propiedad’ no es del todo adecuado ni desde la perspectiva del derecho anglosajón ni desde el romano-germánico”. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 9.

Mientras que Rahmatia explica: “The notion that the incorporeal author’s right could be a property right never gained general recognition in German academic doctrine”. Rah-

## 2. Teoría de la propiedad especial

Sustentada por Carnelutti, esta tesis establece que los derechos de autor son una propiedad especial, dadas sus diferencias con la “propiedad ordinaria”.<sup>48</sup>

Esta teoría es la que aceptó, por ejemplo, el legislador español; de tal forma que el Código Civil de ese país dedica el Título IV de su Libro II a las “propiedades especiales”, las cuales comprenden la propiedad sobre las aguas, la propiedad industrial y la propiedad intelectual;<sup>49</sup> lo que se traduce en que la mayor parte de la doctrina hispana considera que los derechos de autor son derechos de propiedad.<sup>50</sup>

El principal problema de esta doctrina es no reconocer en los derechos de autor a una institución jurídica nueva, sino que se le trata de asimilar forzosamente a otra figura creada en otro contexto y con otros fines (el derecho real de propiedad).<sup>51</sup> Además que esta teoría no da cuenta satisfacto-

matian, Andreas, “Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licenses”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 297.

Baylos nos explica que, a pesar de las múltiples objeciones a la teoría de la propiedad, y lo indudablemente insatisfactoria que resulta esa construcción, parece sobrevivir a todos los ataques doctrinales, básicamente no por que se le use en forma técnica-jurídica (es decir, no se le utiliza con rigor científico), sino por sus posibilidades expresivas, discursivas e instrumentales. Cfr. Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, pp. 387 y 407-409.

Postura similar es la de Pimenta, quien estima que, dadas sus características, el concepto de propiedad no es el más adecuado para los derechos de autor, pero lo usa con fines prácticos. Cfr. Pimenta, Eduardo Salles, *A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 22.

<sup>48</sup> Cfr. Loredó Hill, Adolfo, “Naturaleza jurídica del derecho de autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 26; Satanowsky, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, p. 38; Delgado Porras, Antonio, “Fundamento y evolución del derecho de autor”, en VV.AA., *Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces federales mexicanos*, México, SCJN, SEP, OMPI, 1993, p. 62; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, pp. 395-399.

<sup>49</sup> Los españoles utilizan la expresión “propiedad intelectual” en forma restringida, como sinónimo de “derechos de autor”, yendo en contra de la usanza internacional y de la mayoría de los países, en donde se usa la expresión “propiedad intelectual” en forma amplia, para incluir también en ella a la llamada “propiedad industrial”.

<sup>50</sup> Por ejemplo, De Román Pérez, Raquel, “Naturaleza jurídica del derecho de autor”, en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, Museo del Traje, Ministerio de Cultura, 2005, pp. 46 y 47; y Rogel Vide, Carlos, *Derecho de autor*, Barcelona, Cálamo, s/f, p. 14.

<sup>51</sup> Lemley indica que enfocarse en las analogías que presenta la propiedad intelectual con la propiedad, engaña más que ilustrar, dado que si hay suficientes diferencias entre

riamente de lo relativo a los derechos morales y a los de remuneración, que poca semejanza tienen con el derecho de propiedad como era concebido por los romanos y como fue consolidándose en los sistemas neorromanistas.

### 3. *Teoría del derecho real diverso de la propiedad*

Dicha tesis reconoce las diferencias entre los derechos de autor y el derecho real de propiedad, pero establece que los primeros, aunque diversos del segundo, siguen siendo derechos reales: se trataría de una nueva categoría de derechos reales.<sup>52</sup> De acuerdo con Gutiérrez y González,<sup>53</sup> el razonamiento que sustenta esta tesis es sencillo y aparentemente lógico: el patrimonio está integrado sólo por derechos reales y personales, y si los derechos de autor están en el patrimonio, o son derechos reales o son derechos personales; resultando que no pueden ser de estos últimos por no existir una relación deudor-acreedor, por lo que se concluye que son derechos reales.

Empero, esta teoría no nos da respuesta a la cuestión de los derechos morales, ni mucho menos a la de los derechos de remuneración (en donde surge una relación acreedor-deudor, totalmente ajena a la estructura de un derecho real), además de que comparte varias de las mismas objeciones que se hacen a la tesis del derecho de propiedad, por ejemplo, la imposibilidad de posesión exclusiva del objeto del derecho. Por no decir de que parte de un dogma que bien podría cuestionarse: que en la parte económica del patrimonio sólo hay dos tipos de derechos (derechos reales y obligaciones).

### 4. *Teoría del derecho de la personalidad*

Apoyada en las ideas de Kant y desarrollada por Otto von Gierke, esta tesis nos dice que la obra es una prolongación de la persona del autor, por lo que los derechos que tutelan esas creaciones son derechos de la personalidad.<sup>54</sup>

ambas instituciones, hacer analogías se vuelve algo problemático. Afirmando que la llamada propiedad intelectual ya maduró, por lo que no necesita apoyarse en otra área del derecho para legitimarse. *Cfr.* Lemley, Mark A., *op. cit.*, nota 35, pp. 55 y 56.

<sup>52</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 665.

<sup>En</sup> México, el principal expositor de esta doctrina fue el maestro Rafael Rojina Villegas (*op. cit.*, nota 21, pp. 172- 175).

<sup>53</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 659.

<sup>54</sup> Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, p. 61; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 25; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 48, pp. 22 y 23.

El problema de esta teoría es que no sirve para explicar satisfactoriamente ni los derechos de explotación, ni los de simple remuneración, aunque sí los derechos morales. Además de que se le ataca que los derechos de la personalidad se confieren a toda persona desde su nacimiento, y no sólo a los autores desde el acto de la creación,<sup>55</sup> así como que el objeto del derecho (la obra) es algo externo a la persona.<sup>56</sup>

### 5. Teoría del derecho social

En México, tradicionalmente, el derecho social se ha entendido desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es decir, como un sector del derecho que regula las relaciones jurídicas de grupos económicamente débiles, con un evidente carácter protector, y que constituye un tercer sector separado del derecho público y del privado.<sup>57</sup>

En este sentido, ha habido personas que sustentan que los derechos de autor son derechos sociales, advirtiendo la intervención estatal en esta materia y la existencia de limitaciones de la autonomía de la voluntad a favor de un colectivo, normalmente desfavorecido desde el punto de vista económico, como lo sería los autores.<sup>58</sup> De hecho, la *exposición de motivos* de nuestra ley autoral de 1947 advirtió que en la materia hay “un marcado paralelismo con el derecho obrero”.<sup>59</sup>

Sin embargo, esta concepción confunde al derecho social como *disciplina* con los derechos subjetivos que se conceden a los autores.<sup>60</sup> No se puede

Sobre los postulados de Kant en materia de derechos de autor, *cfr.* el número 3 del subcapítulo I del capítulo segundo del presente trabajo.

<sup>55</sup> Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, pp. 13 y 14.

<sup>56</sup> De Román Pérez, Raquel, *op. cit.*, nota 50, p. 48.

<sup>57</sup> Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho social*, 2a. ed., México, Porrúa, 1967, pp. 54-56.

Asimismo, sobre estas ideas véase Carrillo Prieto, Ignacio, “Derecho social”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Soberanes, José Luis (comps.), *El derecho en México*, 2a. ed., México, FCE, 1996, pp. 219 y ss.

<sup>58</sup> Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, nota 34, p. 132; Farell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, pp. 72 a 74; Loredo Hill, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, 2a. ed., México, Jus, 1990, pp. 90 y 91.

<sup>59</sup> En igual forma, la Segunda Sala de la SCJN llegó a sostener que la Ley Federal sobre Derechos de Autor de 1956 “aspira a tutelar son los derechos de un cierto tipo de trabajadores, lo cual la convierte en un típico derecho clasista, una de cuyas características esenciales viene a estribar precisamente en la unidad de la organización de quienes pertenecen a la clase social de que se trata”. *Cfr.* tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR, CARÁCTER DE LA LEY FEDERAL DE”, *Semanario judicial de la federación*, 6a. época, vol. XII, tercera parte, p. 103.

<sup>60</sup> Además, la categoría conceptual de “derecho social” como contrapartida al “derecho privado” y al “derecho público” no es muy fiable. Ya desde hace tiempo se han enderezado diversas objeciones sobre el clasificar el derecho en público y privado, como se puede constata-

confundir una disciplina con los derechos regulados por esa disciplina, pues esto no nos resuelve el cuestionamiento a la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos.

Cosa diferente es decir que los derechos de autor sean derechos sociales, en cuyo caso serían una especie particular de derechos humanos o fundamentales.<sup>61</sup> Eso nos lleva a la pregunta inicial de este capítulo, cuya respuesta formulamos mas adelante.

## 6. *Teoría de los bienes inmateriales*

Creada por Kohler, esta teoría determina que los derechos de autor son derechos sui generis, cuyo objeto son cosas inmateriales, de ahí las peculiaridades de tales prerrogativas. Sin embargo, estos derechos sobre los bienes inmateriales (*Immaterialgüterrecht*) sólo serían de contenido económico, mientras que las cuestiones no pecuniarias estarían tuteladas por el derecho general a la personalidad.<sup>62</sup>

Esta teoría ha tenido bastante impacto, y abre la puerta a considerar a los derechos de autor como derechos con naturaleza jurídica propia. Sin embargo, se le criticó a Kohler la exclusión de los derechos morales como parte de los derechos sobre bienes inmateriales.<sup>63</sup>

## 7. *Teoría de los derechos intelectuales*

Atribuida a Edmond Picard, nos dice que los derechos de autor no tienen cabida entre los derechos contemplados en la clasificación clásica de los juristas romanos, por lo que constituyen un nuevo tipo de derechos subjetivos: los derechos intelectuales o *iura in re intellectuall*.<sup>64</sup>

tar en el pensamiento de Kelsen. *Cfr.*, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 14a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 286-289.

Incluso, en la actualidad, es un fenómeno incuestionable la llamada “publicización del derecho privado” y su posterior constitucionalización (*cfr.* Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 40), así como que la *igualdad* se ha convertido en un principio constitucional que ha permeado y debe regir en toda disciplina jurídica, no sólo en el llamado derecho social.

<sup>61</sup> *Cfr.* el subcapítulo IV del capítulo primero, del presente trabajo.

<sup>62</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, pp. 409-411; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, p. 61; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, pp. 22 y 23.

<sup>63</sup> Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 23.

<sup>64</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, pp. 423 a 426; Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, p. 63; Jessen, Henry, *op. cit.*, nota 13, p. 33; Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota

Coincidimos con Lipszyc cuando apunta que la teoría de Picard es semejante a la de Kohler, en cuanto habla de una nueva clase de derechos con características propias.<sup>65</sup> Esta tesis ha tenido buena acogida en el medio mexicano<sup>66</sup> y en muchos otros lugares, al grado en que no son pocos los juristas que prefieren hablar de “Derecho intelectual” en lugar de “Propiedad intelectual” para referirse a la disciplina que regula esa clase de derechos.<sup>67</sup> En igual sentido, nos refiere Hermenegildo Baylos: “La expresión derechos intelectuales se convierte en el modo más tradicional y consagrado de aludir a los derechos peculiares del autor, del inventor y del usuario de signos distintivos de carácter mercantil”.<sup>68</sup>

### 8. *Opinión personal: pluralidad de enfoques y de derechos*

El plantearnos cuál de todas las tesis sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor es la correcta, es una pregunta engañosa. Esto en virtud de que varias de esa tesis resultan aceptables dependiendo del enfoque desde el que se parta, o dependiendo del particular derecho de autor que se analice.

Por ejemplo, la teoría de los derechos de la personalidad puede ser adecuada para explicar los derechos morales, pero no así los de explotación o los de remuneración. Esto no significa que, en su esencia, la teoría esté mal, sino que sólo nos ayuda a comprender el fenómeno en una de sus partes (en este caso, en uno de sus derechos).

De igual forma, mucho depende del enfoque con que se aborde el fenómeno. Por ejemplo, si nos enfocamos al objeto protegido por esta clase de derechos subjetivos, la teoría de Kohler sería, esencialmente correcta, en cuanto nos hace ver que son derechos que protegen bienes inmateriales o

16, p. 27; Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 48, p. 24; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 34, pp. 112 y 113.

<sup>65</sup> Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 27.

<sup>66</sup> Entre los principales adherentes están: Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 20, p. 661; Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 34, pp. 112 y 113; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 34, p. 65.

<sup>67</sup> Por ejemplo Rangel Medina, Becerra Ramírez, Carrillo Toral, Acosta Romero, Meade Hervert y De la Parra Trujillo, en México; Satanowsky, Mouchet y Radaelli, en Argentina; Jessen en Brasil.

En este sentido, Manuel Becerra afirma: “Sería recomendable simplemente suprimir la palabra ‘propiedad’, y denominarlo ‘derechos intelectuales’; o bien ‘derecho de los creadores’, ‘monopolio temporal’, ‘derechos incorpóreos’, en fin, los términos que se utilicen, a partir de eso trabajar sobre su contenido”. Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 60.

<sup>68</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, p. 426.

intangibles, y por lo tanto, que se trata de derechos diversos a aquellos que protegen bienes corpóreos o materiales. Pero si no ponemos el acento en el objeto del derecho, y, en cambio, nos referimos a su configuración misma, resulta adecuada la teoría de Picard, que nos indica que los derechos intelectuales son diferentes a los derechos subjetivos conocidos por los antiguos romanos. Así, se aprecia que, en realidad, las teorías de Kohler y Picard no se excluyen, pues ambas ponen énfasis en distintos aspectos de un mismo fenómeno, por lo que son compatibles en su esencia.

Por consiguiente, no hay una única teoría correcta que invalide automáticamente a las demás. Empero, existen algunas teorías que son incorrectas en sí mismas y que por lo tanto son inútiles para explicarnos el fenómeno, como por ejemplo, la de la propiedad (al menos bajo la concepción técnica jurídica y estricta de la propiedad de tipo civilista).

Además —y esto es lo que más nos interesa— ninguna de esas teorías responde a nuestra pregunta sobre si los derechos de autor son o no derechos humanos. Por lo tanto, como ninguna de las principales teorías nos es de utilidad para despejar esa incógnita, no nos serviremos de ellas para responder la cuestión, por lo que a continuación buscaremos la respuesta en otras partes.

## II. LA PROTECCIÓN A LOS AUTORES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Si lo que queremos saber es si los derechos de autor son o no derechos humanos, debemos, entonces, encontrar alguna norma iusfundamental de donde se desprenda tal carácter. Como mencionamos en el capítulo primero de la presente investigación, las normas de derecho fundamental suelen encontrarse en las constituciones de los estados y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por lo tanto, en el presente apartado haremos la búsqueda en las normas internacionales, mientras que en el siguiente apartado realizaremos lo propio en las constituciones del mundo.

Contrario a lo que pudiera pensarse, muchos de los más importantes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos<sup>69</sup> hacen referencia explícita a la obligación de los estados de proteger a los autores. Veamos.

<sup>69</sup> Chapman indica que la DUDH, el PIDCP y el PIDESC son algo así como una carta universal de derechos humanos. *Cfr.* Chapman, Audrey R., “A human rights perspective on intellectual property, scientific progress, and access to the benefits of science”, <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/chapman.pdf>, diciembre de 2007.

En el mismo sentido, Mahop, Marcellin Tonye, *Intellectual property, community rights and human rights. The biological and genetic resources of developing countries*, Londres, Routledge, 2010, p. 57.

### 1. *La DUDH y la Declaración de Bogotá como primeros antecedentes*

Si bien el primer documento internacional sobre derechos humanos que hace referencia a la protección de los autores fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (también conocida como la Declaración de Bogotá),<sup>70</sup> la estudiaremos conjuntamente con la DUDH, pues fue en el seno de la ONU donde se inició el debate sobre la protección a los autores como derecho humano, y la aprobación de ambas declaraciones está históricamente vinculada.

Así, nuestro punto de partida será el texto de la DUDH, dado el hito que dicho documento significó para la internacionalización de los derechos fundamentales. En particular, nos interesa el artículo 27 de dicha declaración, mismo que dispone:

#### Artículo 27

1. Toda 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.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

¿Cómo fue que la cuestión de la protección a los autores se introdujo en tan influyente instrumento internacional?

Es sabido que la DUDH fue una respuesta contra las atrocidades de la segunda guerra mundial y del holocausto.<sup>71</sup> En 1946 la ONU creó la Comisión de Derechos Humanos, y esta, a su vez, constituyó un comité redactor para la DUDH.<sup>72</sup> El primer borrador que realizó el comité no hacía ningun-

<sup>70</sup> Adoptada el 2 de mayo de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana, Colombia.

*Cfr.* Rossi, Julieta, “Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José, y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003 p. 355; y García Ramírez, Sergio, “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 20, enero-junio 2009, p. 151.

<sup>71</sup> Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 1; Ruggles, Fairchild D., y Silverman, Helaine, “Cultural heritage and human rights”, en Ruggles, Fairchild D., y Silverman, Helaine (coords.), *Cultural heritage and human rights*, Nueva York, Springer Science + Business Media, 2007, pp. 3 y 4; Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, pp. 134 y 135.

<sup>72</sup> Cassin, René, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, trad. de Héctor Cuadra, en VV.AA., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*,

na mención a la protección de los autores, pero en cambio, sí señalaba el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar las artes y a compartir los beneficios de la ciencia.<sup>73</sup>

El delegado de Francia en el comité redactor, René Cassin (premio Nobel de la paz y quien, hoy en día, es considerado como autoridad en materia de derecho internacional de los derechos humanos), propuso reorganizar y sistematizar el primer borrador. Cassin realizó un nuevo documento de trabajo al que adicionó una disposición (el artículo 43) que establecía que los autores de todas las obras artísticas, literarias y científicas, así como los inventores, conservarían, adicionalmente a una justa remuneración por su trabajo, un derecho moral sobre su obra y/o descubrimiento (*sic*), que no desaparecerá después de que dicha creación se convierta en propiedad común de la humanidad.<sup>74</sup>

Se puede apreciar que Cassin tenía una especial preocupación por el derecho moral de los autores (figura, por cierto, de cepa francesa), al grado que pensó que debía consagrársele internacionalmente como un derecho humano.<sup>75</sup> Llama también la atención que Cassin utilizó sin ambages la expresión “derecho moral”, clásica en materia autoral.

Menos importancia le concedió Cassin a la retribución económica a los autores, pues la “justa remuneración” sólo se menciona de paso; lo que lleva a Yu<sup>76</sup> a especular que, posiblemente, Cassin consideraba que los derechos económicos de los autores ya estaban cubiertos por otras disposiciones del borrador de la DUDH (concretamente con la protección a la propiedad).

La propuesta de Cassin generó fuertes objeciones, principalmente de los delegados de EUA (Eleanor Roosevelt) y del Reino Unido (Geoffrey Wilson),

México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, 393 y 394; De Dienhem Barriguet, Cuauhtémoc Manuel, “La protección internacional de los derechos humanos” en VV.AA., *Protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 106; Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, México, 18a. ed., Porrúa, 1997, pp. 511 y 512.

<sup>73</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1052.

<sup>74</sup> Chapman, Audrey R., “Approaching intellectual property as a human right: obligations related to article 15 (1) (c)”, *Copyright bulletin*, París, UNESCO, vol. XXXV, núm. 3, 2001, p. 10; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 220; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 6; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1052.

El borrador de Cassin (de junio de 1947) puede consultarse en Glendon, Mary Ann, *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001, pp. 275 y ss.

<sup>75</sup> Foster, Sharon E., “The conflict between the right to education and copyright”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters human Kluwer, 2008, p. 295.

<sup>76</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1052.

quienes alegaron que la disposición adicionada por Cassin pertenecía, más bien, al ámbito del *copyright*; razón por la que el comité redactor decidió no incluir tal disposición.<sup>77</sup>

Mientras tanto, en mayo de 1948, los EUA y 21 Estados latinoamericanos, adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá),<sup>78</sup> de la que destaca su artículo XIII:

Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

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.

Dicho texto se adoptó a pesar de la oposición que manifestaron las delegaciones de EUA y Ecuador en el Comité Jurídico Interamericano.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 220; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1054 y 1055; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 75, p. 295; Rosenthal Kwall, Roberta, *The soul of creativity. Forging a moral rights law for the United States*, California, Stanford University Press, 2010, p. 134.

<sup>78</sup> Rodríguez Rescia, Víctor, “El sistema interamericano de protección de derechos humanos. Presente y futuro”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLIX, núms. 223-224, enero-abril 1999, p.123; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de la convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Colegio Nacional, 2010, p. 165; Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 72, p. 514; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 9; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1048.

Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha reconocido a esta declaración un carácter vinculatorio, como se puede observar en su opinión consultiva OC-10/89 denominada “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Incluso, en esa opinión consultiva, la Corte Americana constató la *opinio iuris* de los Estados americanos sobre la obligatoriedad de la Declaración de Bogotá, afirmando que “los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta —de la OEA— se refiere” (párrafo 43 de la opinión).

Así las cosas, de la Declaración de Bogotá se podría desprender el deber de los EUA de proteger los derechos morales de los autores, dado su carácter vinculante.

<sup>79</sup> De hecho, EUA proponía un texto más ambiguo, en el que se hablaba de un “derecho a un nivel mínimo de bienestar en el campo cultural”. *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, “El derecho de autor y el derecho ‘humano’ del autor” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. II, p. 84.

Así, la Declaración de Bogotá se convirtió en el primer instrumento internacional en materia de derechos humanos, que consagró el derecho de los autores a ser protegidos, tanto en una vertiente moral como en una de carácter económico. Esta declaración, como se verá a continuación, tuvo una notable influencia en la DUDH.<sup>80</sup>

Es interesante ver, a su vez, el impacto que tuvo el Convenio de Berna en la Declaración de Bogotá. En 1948 se realizó la revisión de Bruselas al Convenio de Berna, en la que el tema de los derechos morales volvió a tratarse, lo que culminó con la modificación al artículo 6o. bis de tal tratado.<sup>81</sup> A decir de Johannes Morsink, este reflector sobre los derechos morales (en particular su mención en el Convenio de Berna como instrumentos tutelares del “honor y reputación” de los autores), generó que los países latinoamericanos se identificaran con tales propósitos e incluyeran una disposición sobre derechos de autor en la Declaración de Bogotá.<sup>82</sup>

Pero regresemos a la ONU y a la creación de la DUDH. En la tercera sesión del comité redactor, la delegación de Francia reintrodujo una disposición sobre la protección a los autores, ahora con un texto inspirado en la Declaración de Bogotá, lo que le ganó el apoyo inmediato de las delegaciones chilena y uruguaya. Empero, la propuesta francesa fue desechada por 6 votos contra 5, y 5 abstenciones.<sup>83</sup>

No obstante lo anterior, antes de que el borrador de la DUDH fuera enviado a la sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, un comité de tal asamblea dio una revisión final del documento, artículo por artículo. En esta ocasión, se volvió a introducir al debate una disposición sobre la protección a los autores, patrocinada por Cuba, Francia y México.<sup>84</sup> Es así que Yu nos explica: “The involvement of the Cuban and Mexican delegates was particularly important because Latin American countries provided one of the largest blocs of countries in the Third Committee, and these countries ultimately served as a rallying force for the support of the provision”.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 171; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Harvey, Edwin R., “Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”, Ginebra, Comité DESC, 40a. sesión, 28 de abril a 6 de mayo de 2008, p. 3.

<sup>81</sup> Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 648.

<sup>82</sup> Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 220.

<sup>83</sup> *Idem*; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1055 y 1056.

<sup>84</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 177; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Delgado Porrás, Antonio, *op. cit.*, nota 79, p. 84; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 221; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1056.

<sup>85</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1056.

Como era de esperarse, la propuesta generó oposición. Las delegaciones de EUA y Ecuador alegaron que la disposición era redundante, ya que los derechos de los autores estaban cubiertos por las normas de protección a la propiedad que contemplaba el borrador. La delegación del Reino Unido señaló que los intereses de los autores no eran “derechos humanos básicos” y que el *copyright* debía tratarse en leyes y acuerdos internacionales especiales. Postura similar sostuvo Australia.<sup>86</sup>

En respuesta, el delegado mexicano, Pablo Campos Ortiz, afirmó que la disposición versaba sobre los derechos que tienen los individuos como trabajadores intelectuales, artistas, científicos y escritores, por lo que debían de incluirse en una declaración de derechos humanos; además de que cuestionó la efectividad de la, entonces vigente, legislación nacional e internacional de propiedad intelectual, que en muchos casos era inexistente, por lo que estimó indispensable el apoyo de una autoridad moral como la ONU para la protección tanto del *trabajo manual como del intelectual*. A esta postura se adhirieron Argentina, Brasil, Ecuador (que cambió de opinión), Perú y Venezuela.<sup>87</sup> A favor también se manifestó China, país que alegó que la disposición no sólo protegía los intereses creativos, sino también los de cualquier persona, pues las obras deben ser accesibles al público directamente en su forma original, y esto sólo se podía lograr mediante los derechos morales.<sup>88</sup>

Finalmente, el comité aprobó la propuesta cubana-francesa-mexicana por 18 votos contra 13, y 10 abstenciones. Cuando el texto de la DUDH se turnó a la Asamblea General de la ONU, hubo cierto debate en lo general y en lo particular, culminando con la adopción del texto definitivo de la DUDH (incluyendo el artículo 27, tal y como lo propuso el comité) el 10 de diciembre de 1948.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Afori, Orit Fischman, “Human rights and copyright: the introduction of natural law considerations into American copyright law”, *Fordham intellectual property, media & entertainment law journal*, Nueva York, vol. XIV, núm. 2, 2004, p. 520; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 221; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1056 y 1057.

<sup>87</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 177; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1057.

<sup>88</sup> Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 222; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1057; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 75, p. 295.

<sup>89</sup> Cassin, René, *op. cit.*, nota 72, p. 397; De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 72, p. 107; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 97; Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, pp. 11 y 222; Villalba, Carlos Alberto, “Los derechos intelectuales como parte de los derechos humanos” en VV.AA., *XI jornadas J. M. Domínguez Escovar sobre derechos humanos*, Venezuela, Colegio de Abogados del Estado de Lara, 1986, p. 158; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1057 y 1058.

De acuerdo con Chapman,<sup>90</sup> los motivos para apoyar el artículo 27 de la DUDH fueron diversos: algunos países lo hicieron por la cuestión de los derechos morales, mientras otros lo hicieron para fortalecer el régimen internacional de derechos de autor.<sup>91</sup>

La DUDH y la Declaración de Bogotá, no sólo abrieron el debate acerca del carácter de derechos fundamentales de los derechos de autor, sino que fueron la punta de lanza de una tendencia a incluir la protección de los autores en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,<sup>92</sup> como veremos a continuación.

<sup>90</sup> Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11.

Esto también es apuntado por Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7; por Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 75, p. 295; por Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 178; y por Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 77, p. 134.

<sup>91</sup> Recordemos que, en esa época, la protección internacional a los derechos de autor era primordialmente regional, pues como se explicó en el capítulo segundo de la presente investigación, el Convenio de Berna era todavía un tratado europeo, mientras que los países latinoamericanos tenían una serie de acuerdos limitados en cuanto a sus partes contratantes; eso sin mencionar que EUA seguía sin adquirir compromisos internacionales en la materia y se le veía como un país pirata.

La Convención Universal del Derecho de Autor de la UNESCO (que se estaba negociando al mismo tiempo en que se discutían los borradores de la DUDH) fue un importante instrumento para lograr una mejor protección de los autores a nivel internacional, por lo que muchos países vieron en el artículo 27 de la DUDH una oportunidad para impulsar la suscripción de ese tratado sobre derechos de autor.

<sup>92</sup> De hecho, existen quienes hablan sobre las “cláusulas de propiedad intelectual” de los instrumentos de derechos humanos. *Cfr.* Helfer, Laurence R., “Toward a human rights framework for intellectual property”, *University of California Davis law review*, California, vol. 40, 2007, p. 977;

Asimismo, Geiger considera que el artículo 27 de la DUDH es una referencia expresa a los derechos de autor. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 31.

En igual sentido, Jokhadze indica que el artículo 27 de la DUDH hace una clara alusión a los derechos de autor. *Cfr.* Jokhadze, George, “The big ones of the music industry: copyright and human rights aspects of the music business”, en Ziemele, Inieta (coord.), *Expanding the horizons of human rights law. New authors, new themes*, Países Bajos, Brill, 2005, p. 265.

Misma postura es la que apunta Mahop, Marcelin Tonye, *op. cit.*, nota 69, p. 57.

Por su parte, Morsink indica, respecto de la DUDH, que: “The second paragraph of Article 27 land us in the middle of a controversy about international copyright law”. Morsink, Johannes, *op. cit.*, nota 71, p. 219.

Igualmente, Stavenhagen considera que la referida disposición habla de los derechos de autor. Véase Stavenhagen, Rodolfo, “Educación y derechos culturales. Un desafío”, Trabajo presentado en el VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz, Puebla, 10 a 12 de julio de 2002.

Mientras que Devine, Hansen y Wilde afirman que el concepto de propiedad intelectual se encuentra presente en el segundo párrafo del artículo 27 de la DUDH. *Cfr.* Devine, Carol,

## 2. *El PIDESC*

El siguiente paso en la internacionalización de los derechos humanos, fue la suscripción de tratados que reflejaran el alcance de la DUDH,<sup>93</sup> pues esta última, a pesar de su importancia histórica y moral, tiene efectos jurídicos limitados, en tanto es una resolución de la Asamblea General de la ONU y no un tratado.<sup>94</sup>

Originalmente, la ONU tenía planeado hacer un tratado general que contuviera todo tipo de derechos humanos, pero dada la intensificación del debate (en particular, las divergencias entre el bloque socialista y el capitalista), se resolvió mejor hacer dos tratados: uno sobre derechos civiles y políticos (el PIDCP) y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales (el PIDESC).<sup>95</sup>

Ya sobre el tema que nos atañe, la doctrina ha puesto de manifiesto que, aunque la redacción del artículo 15.1.c del PIDESC es muy similar a la del artículo 27.2 de la DUDH, la adopción de la primera disposición fue todo menos automática.<sup>96</sup>

A diferencia de la DUDH, en el caso del PIDESC el borrador ya traía desde el inicio un artículo sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores. De hecho hubo dos propuestas de texto, una corta y otra larga, aunque ambas coincidían substancialmente en el punto que ahora nos interesa.<sup>97</sup>

Empero, al igual que sucedió con la DUDH, la propuesta de proteger a los autores causó controversia. La UNESCO y la delegación de Francia eran quienes con mayor insistencia apoyaban la propuesta, mientras que

Hansen, Carol Rae, y Wilde, Ralph, *Human rights: the essential reference*, Arizona, Oryx Press, 1999, p. 111.

<sup>93</sup> Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. reimp. de la 1a. ed., México, Oxford University Press, 2006, p. 63.

<sup>94</sup> Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 576; Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor y el derecho a la cultura” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 65; Papadopoulou, Frantzeska, “TRIPS and human rights”, en Kur, Annette, y Levin, Marianne (coords.), *Intellectual property rights in a fair world trade system. Proposals for reform of TRIPS*, Reino Unido, Edward Elgar, 2011, p. 264; Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, pp. 138 y 139; Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 216; Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 33; y Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 7.

<sup>95</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1060.

<sup>96</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 178; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1060.

<sup>97</sup> Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 11; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1062.

la principal oposición venía de EUA, cuya delegación argumentaba que la protección a los autores ya se estaba discutiendo en la Convención Universal del Derecho de Autor, próxima a suscribirse.<sup>98</sup> La disposición relativa a la protección de los autores fue desechada por un empate de 7 contra 7 votos, y 4 abstenciones.<sup>99</sup>

No obstante lo anterior, en 1952 la delegación francesa volvió a introducir la propuesta al debate. Los EUA, el Reino Unido y la entonces Yugoslavia, se opusieron alegando que se trataba de un punto muy complejo. La UNESCO respondió que, a pesar de su complejidad, era muy recomendable incluirla en el PIDESC.<sup>100</sup> La propuesta fue desechada por una votación de 7 votos contra 6, y 4 abstenciones.<sup>101</sup>

Cuando el borrador del PIDESC alcanzó la sesión 12 del tercer comité de la Asamblea General de la ONU, se reabrió por última vez el debate sobre sus disposiciones en materia de derechos culturales. En este caso, fueron Costa Rica y Uruguay quienes introdujeron la propuesta de proteger los intereses morales y materiales de los autores. La delegación uruguaya justificó lo anterior indicando que era imperativo una referencia a los derechos de autor, dada la falta de protección internacional, lo que llevó a que muchos países piratearan obras sin pagar regalías a los autores; señalando que los derechos de los autores y los derechos del público se complementaban mutuamente (este último punto fue reiterado por China). La UNESCO se mantuvo en su apoyo a una disposición de ese tipo. En cambio, el Reino Unido se retractó de su postura, sugiriendo la conveniencia de incluir una disposición correspondiente al artículo 27.2 de la DUDH. También manifestaron su apoyo Chile, República Dominicana, Israel y Suecia. La oposición vino principalmente de EUA, Indonesia y el bloque de países de la Europa del Este.<sup>102</sup> Al final, la propuesta latinoamericana fue aprobada por una holgada mayoría de 39 votos contra 9, y 24 abstenciones.<sup>103</sup>

El texto vigente del PIDESC que confiere protección a los autores es el siguiente:

<sup>98</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 178; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1063; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 75, p. 295.

<sup>99</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1064.

<sup>100</sup> Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 12; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1064.

<sup>101</sup> Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1066.

<sup>102</sup> Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., "Copyright law reform through a human rights lens", EUA, documento de discusión 07-34, Universidad de Arizona, 2007, p. 11; Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 12; Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 407; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1066 y 1067.

<sup>103</sup> Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, pp. 407 y 408; Foster, Sharon E., *op. cit.*, nota 75, p. 298; Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 9; Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1069.

### Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- 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.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De conformidad con el destacado investigador de la UNAM en temas culturales, Rodolfo Stavenhagen, esta disposición “reafirma el derecho de autor”.<sup>104</sup> Cuestión que resulta esencialmente correcta, en tanto consolidó la tendencia de tutelar a los autores en instrumentos internacionales sobre derechos humanos (en este caso, ya mediante derecho convencional).

Al igual que sucede con el artículo 27 de la DUDH, la disposición recién transcrita busca un equilibrio entre los intereses individuales y los intereses de la colectividad,<sup>105</sup> sin embargo, se la ha criticado que no diga cómo lograr ese equilibrio;<sup>106</sup> pero esto no debiera sorprendernos, ni llevar a su descalificación, dado que se trata de una norma de principio (mandato de optimización).<sup>107</sup>

Por otra parte, es importante señalar que México suscribió el PIDESC, mismo que fue ratificado por el Senado y publicado en el *DOF* el 20 de mayo de 1981, por lo que su artículo 15.1.c es ley suprema en nuestro derecho interno y protegida iusfundamentalmente, según se desprende de los artículos 1o. y 133 constitucionales.

<sup>104</sup> Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 92.

<sup>105</sup> Wong, Mary W.S., “Toward and alternative normative framework for copyright: from private property to human rights”, *Cardozo arts & entertainment law journal*, Nueva York, vol. 26, núm. 3, 2009, p. 807.

<sup>106</sup> De la Vega, Constance, y Weissbrodt, David, *International human rights law: an introduction*, EUA, University of Pennsylvania Press, 2007, p. 183.

<sup>107</sup> Sobre los principios, véase el número 1 del subcapítulo III, del capítulo primero de la presente investigación.

### 3. *El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*

El 22 de noviembre de 1969, diversos países americanos suscribieron la CADH<sup>108</sup> (también conocida como “Pacto de San José”), acuerdo que constituye, hasta la fecha, el tratado regional sobre derechos humanos más importante del que México sea parte.

No obstante la trascendencia de esta convención, la misma se limitó, casi exclusivamente, a regular los derechos calificados como “civiles y políticos”, y sólo contempla un artículo dedicado a los derechos sociales. Nos referimos a su artículo 26, en el que los países parte se obligan a “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”.

En seguimiento a esa disposición, el 17 de noviembre de 1988 se suscribe el primer protocolo al Pacto de San José: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”.<sup>109</sup> Este instrumento viene a detallar la regulación de los derechos sociales en el sistema interamericano de derechos humanos.<sup>110</sup>

Siguiendo la pauta de la Declaración de Bogotá, la DUDH y el PIDESC, el Protocolo de San Salvador reguló también la protección de los

<sup>108</sup> Márquez, Edith, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Perret, Louis, y Reus-Bazán, Agueda (coords.), *La Organización de los Estados Americanos en el centenario del sistema interamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Asociación Interamericana de Profesores de Derecho, 1992, p. 32; García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 70, p. 152; Rossi, Julieta, *op. cit.*, nota 70, p. 355; Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 78, p. 9.

<sup>109</sup> Ayala Corao, Carlos, “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 103; García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 70, p. 153; Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 89, pp. 117 y 118; Márquez, Edith, *op. cit.*, nota 108, p. 40; MEZA, p. 1138; Rodríguez Rescia, Víctor, *op. cit.*, nota 78, p. 117; Rossi, Julieta, *op. cit.*, nota 70, p. 356; Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 78, p. 9; VV.AA., *La igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*, San José, IIDH / CEPAL, 1997, p. 21.

<sup>110</sup> Díaz Müller, Luis T., “Derechos sociales y derecho al desarrollo”, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 7.

intereses de los autores en su artículo 14.1.c,<sup>111</sup> vinculado inmediatamente al derecho a la cultura, como se puede apreciar a continuación:

#### Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
- 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.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Este tratado también fue suscrito por México, siendo publicado en el *DOF* el 10. de septiembre de 1998, e incorporándose así al derecho mexicano. Esta es otra norma iusfundamental más que contempla la protección a los autores y que, también, está vigente en nuestro país.

#### 4. *La interpretación extensiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Una cuestión interesante que se está presentado en el sistema interamericano de derechos humanos, es la utilización de la interpretación extensiva del artículo 21 de la CADH, para proteger los derechos de los autores. Para comprender esto, hay que echar un vistazo a esa disposición:

#### Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

<sup>111</sup> *Cfr.* Harvey, Edwin R., *op. cit.*, nota 80, p. 7.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Como se observa, nada en este artículo se refiere expresamente a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, pero a través de una sobreinterpretación, los órganos del sistema interamericano han desprendido esa protección.

Así, al margen del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha considerado que la CADH tutela, en cierta medida, los derechos de los autores. Esto en virtud de que la protección que el artículo 21 de dicho tratado otorga al derecho de propiedad, comprende *todos* los derechos de carácter patrimonial, incluyendo “el derecho de la autora a comercializar su obra y a obtener el porcentaje de las ganancias derivados de su venta”, estimando la comisión que la posibilidad de los autores para disponer de sus obras es un elemento fundamental protegido por la CADH.<sup>112</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido más allá, pues del artículo 21 desprende, no sólo la protección de los intereses materiales de los autores, sino también de los morales. Sobre este particular, resulta paradigmático el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* de 2005.

En la sentencia a ese asunto, la Corte Interamericana comienza afirmando lo siguiente respecto de la protección iusfundamental a los derechos de autor:

102. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Por ello dentro del concepto amplio de “bienes” cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.

<sup>112</sup> Caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros vs. Chile* (informe 90/05) de 2005, párrafos 51-53.

Aquí podemos observar que el punto de partida de la corte es una definición amplia de la expresión “bienes”, lo que permite incluir como tales las obras. Sobre esto profundiza ese tribunal al señalar:

103. La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.

Con una terminología poco ortodoxa (y en cierta forma, imprecisa), la Corte Interamericana de Derechos Humanos apunta que los derechos sobre las obras tienen aspectos “materiales” (para referirse al ámbito económico) e “inmateriales” (para referirse a las cuestiones morales). No resulta muy afortunada la expresión “inmateriales”, dado que la obra en sí misma, como todos los derechos que le recaen, son cuestiones inmateriales o intangibles. Hubiera sido más deseable que el tribunal se hubiera ceñido a la terminología iusfundamental clásica que habla de “intereses morales y materiales”.

De cualquier forma, lo verdaderamente destacable del párrafo 103 de la sentencia en glosa, es la invocación del artículo 21, no sólo para proteger los derechos económicos de los autores, sino también sus derechos morales (tutela no económica), haciéndose clara referencia al vínculo autor-obra, sobre el que hemos abundado en el capítulo segundo de la presente investigación.

Inclusive, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a las facultades morales tradicionales de paternidad y de integridad, al aludor a la “salvaguarda de la autoría de la obra” y a la “protección de su integridad”, respectivamente.

Todo lo anterior no significa que ese tribunal reduzca o limite la protección iusfundamental de los autores al artículo 21 de la CADH; antes al contrario, en la nota al pie 186 de la referida sentencia se hace referencia a los otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ya nos hemos referido: los artículos 27.2 de la DUDH y 15 del PIDESC (aunque curiosamente no menciona el Protocolo de San Salvador). Además invoca tratados ajenos al sistema de derechos humanos, como el Convenio de Berna, la Convención Universal sobre el Derecho de Autor, el TODA, e incluso el ADPIC.

Lo destacado del caso *Palamara Iribarne*, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos suma el artículo 21 de la CADH al catálogo de disposiciones de derecho fundamental que protegen a los autores.

### 5. *Sobre su posible carácter de normas ius cogens*

Ya que vimos que hay, a nivel internacional, por lo menos cuatro disposiciones de las que se puede derivar una norma iusfundamental que ordena proteger a los autores; por lo que surge el cuestionamiento de su jerarquía y densidad normativa en el derecho internacional, es decir, si dichas normas pueden considerarse *ius cogens*.

En derecho internacional, la expresión *ius cogens* se refiere a cierta clase de normas reconocidas y aceptadas por los estados, que por su importancia no pueden ser derogadas, salvo por otra norma superviniente de la misma clase. Se trata de normas que no admiten pacto en contrario por parte de los estados, por lo que deben ser observadas en todo momento.<sup>113</sup>

El *ius cogens* tiene ciertos antecedentes en el pensamiento iusnaturalista y en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,<sup>114</sup> pero se consagra en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,<sup>115</sup> como se puede apreciar en su artículo 53.<sup>116</sup>

Gómez Robledo nos explica que esta disposición adopta un criterio puramente formal en la identificación del *ius cogens*, dejando a la práctica de los estados y a la jurisprudencia internacional, el ir dándole contenido a esa forma. Esto implica que una de las cuestiones más relevantes, es identificar cuáles normas pueden considerarse de *ius cogens*, pues con excepción de un núcleo mínimo, la zona irradiante genera incertidumbre.<sup>117</sup> De acuerdo con Brownlie, ese núcleo mínimo o no controvertido está integrado por la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, el principio de no

<sup>113</sup> Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 43; y Shaw, Malcom N., *International law*, 5a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, p. 117.

<sup>114</sup> En la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Crímenes de Genocidio, dicho tribunal hizo alusión a los principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, existiendo un interés común de los estados, aparte de sus intereses individuales. Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 16 y 17.

<sup>115</sup> Sobre la prehistoria y la historia legislativa de la institución que ahora nos ocupa, véase *ibidem*, pp. 5-52.

<sup>116</sup> Publicada en el *DOF* el 14 de febrero de 1975.

<sup>117</sup> Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 114, p. 153.

discriminación racial, la regulación de crímenes contra la humanidad, así como la prohibición de piratería y el comercio de esclavos.<sup>118</sup>

Por lo anterior, es imperativo preguntarnos si la regulación internacional de los derechos humanos tiene o no el estatus de normas *ius cogens*.

Esto presenta varios problemas. De entrada, los tribunales internacionales no han sido muy proclives a calificar de *ius cogens* las normas que aplican en los casos particulares,<sup>119</sup> y hasta donde tenemos conocimiento, la Corte Internacional de Justicia no ha dictado sentencia alguna donde interprete la Convención de Viena para sentar una doctrina sobre las normas que tienen el rango de *ius cogens*.

Sin embargo, han existido algunas aproximaciones tímidas. Por ejemplo, en el caso conocido como *Barcelona Traction* de 1970,<sup>120</sup> la Corte Internacional de Justicia determinó que existen obligaciones de los estados frente a toda la comunidad internacional, incluyendo las que derivan de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de los seres humanos.<sup>121</sup> Esto puede considerarse como un primer acercamiento para reconocer que las normas de derechos humanos son de *ius cogens*.<sup>122</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha dado a entender que el contenido de los tratados sobre derechos humanos son normas *ius cogens*, como se puede apreciar en sus consideraciones vertidas en la opinión consultiva 1 (OC-1/82).<sup>123</sup>

En los círculos académicos se ha reconocido el carácter de *ius cogens* de las normas en materia de derechos humanos.<sup>124</sup> Sin embargo, lo preocupan-

<sup>118</sup> Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 94, p. 515.

*Cfr.*, también, Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 113, p. 44.

<sup>119</sup> Bou Franch, Valentín, “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales *ius cogens*: el asunto *Al-Adsani* contra Reino Unido”, *Anuario de derecho internacional*, Pamplona, Universidad de Navarra, núm. XVIII, 2002, p. 302; y Papadopoulou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 94, p. 290.

<sup>120</sup> *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Bélgica vs. España), sentencia del 5 de febrero de 1970, segunda fase, Reportes de la Corte Internacional de Justicia 1970, p. 3.

<sup>121</sup> *Cfr.* Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 94, p. 515.

<sup>122</sup> Aunque el calificativo de “básicos” ha generado muchas controversias, ya que para unos es una mención irrelevante, mientras para otros es el punto de partida para distinguir entre derechos humanos “básicos” y derechos humanos que no lo son. Para una explicación más amplia, véase Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 56.

<sup>123</sup> Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 72, p. 525.

<sup>124</sup> Por ejemplo, Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos” en VV.AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. I, p. 449; Clapham, An-

te en la doctrina internacionalista es que está dividida en cuanto a si todos los derechos humanos integran *ius cogens* o sólo algunos de ellos; mientras hay quienes se decantan por la primera opción, hay otros que señalan, por ejemplo, que si un tratado de derechos humanos permite la suspensión temporal de ciertos derechos, sólo serán *ius cogens* los derechos humanos que no puedan suspenderse, ni siquiera en casos de emergencia.<sup>125</sup>

Desde nuestro punto de vista, consideramos que toda norma internacional de derechos humanos debiera tener el carácter de *ius cogens*, pues el principio de indivisibilidad de los derechos humanos<sup>126</sup> y su fundamento en la dignidad humana,<sup>127</sup> impiden separarlos y darles menor jerarquía a unos que a otros.

En este sentido, la Declaración y Programa de Acción de Viena (adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993),<sup>128</sup> en su artículo 5o., claramente determina lo siguiente:

*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las par-*

drew, *Human rights: A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 18; Corcuera Cabezut, Santiago, *op. cit.*, nota 93, p. 88; De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 72, p. 118; Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 114, p. 166; Orakhelashvili, Alexander, *op. cit.*, nota 122, p. 59.

<sup>125</sup> En general, sobre esta problemática, *cf.* Corcuera Cabezut, Santiago, *op. cit.*, nota 93, pp. 88-91; Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 114, pp. 166 a 170; Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Interés jurídico respecto de reglas de *ius cogens*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. IX, pp. 183 y 184; Harrison, James, *The human rights impact of the World Trade Organisation*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 58; Orakhelashvili, Alexander, *op. cit.*, nota 122, p. 53 y ss.; y Papadopoulou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 94, p. 291.

<sup>126</sup> “The Universal Declaration model treats internationally recognized human rights holistically, as an indivisible structure in which the value of each right is significantly augmented by the presence of many others”. Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, 2a. ed., EUA, Cornell University, 2003, p. 27.

Sobre la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, *cf.* Nowak, Manfred, *Introduction to the international human rights regime*, Países Bajos, Brill, 2003, p. 27; Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 89, p. 17; y Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 89, p. 164.

<sup>127</sup> En el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, se reconoce y afirma “que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana” (énfasis añadido).

<sup>128</sup> Documento oficial de la ONU identificado como A/CONF.157/23.

ticularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Énfasis añadido).

De ahí que no se pueda dar más importancia a unos derechos humanos que a otros, pues todos deben tener el mismo peso, no siendo válido considerar que unos son *ius cogens* y otros no. Coincidimos con Ferrajoli cuando indica que la Carta de la ONU, las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, son el embrión de una “constitución mundial”,<sup>129</sup> y que el orden jurídico global fue cambiado por la Carta de San Francisco y la DUDH, ya que:

Los estados signatarios quedaron legalmente sujetos a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos... Por otro lado, la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales sino supra-estatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, transformando un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal.<sup>130</sup>

El afirmar que algunos derechos humanos tienen el carácter de *ius cogens* y otros no, se traduce, automáticamente, en una jerarquización apriorística de tales derechos, llevándonos a la nada deseable situación de encontrar derechos humanos superiores y derechos humanos inferiores.

<sup>129</sup> Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 379.

En el mismo sentido, Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 216; y Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 66.

<sup>130</sup> Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, trad. de Gerardo Pisarello, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 9, octubre 1998, p. 177.

En igual sentido, *cf.* De Dienhem Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *op. cit.*, nota 72, p. 110.

De hecho, como nos refiere Buganza, la DUDH es una especie de conciencia jurídica de la humanidad, por lo que constituye un “derecho superior” o *higher law* que no puede ser desconocido por los estados. *Cfr.* Buganza González, María del Carmen, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006, p. 48.

Asimismo Papadopolou nos explica que la DUDH es el instrumento de derechos humanos más importante. *Cfr.* Papadopolou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 94, p. 263.

Como vimos en el capítulo primero de este trabajo, la doctrina constitucionalista ha superado la tentación de jerarquizar los derechos fundamentales, dándole el mismo nivel y densidad normativa a cada uno de ellos, y reconociendo que las colisiones entre los mismos no se resuelven mediante el criterio de jerarquía, sino mediante una ponderación. Además, si vemos en esta clase de derechos verdaderos mandatos de optimización, debemos aplicarlos para que se cumplan en la mayor medida de lo posible. En este sentido, no es concebible que algunos derechos humanos puedan ser derogados por pactos entre los estados, y otros no. Todo derecho humano debe considerarse *ius cogens* y ser *indisponible para los estados*.

Entendemos la reticencia y extrema cautela que existe en la doctrina internacionalista al momento de pronunciarse sobre el *ius cogens*, dado el propio desarrollo que ha tenido el derecho internacional (muchas veces lento, tortuoso y rodeado de múltiples amenazas) y el riesgo de trivialización de dicha institución;<sup>131</sup> sin embargo, si no se consideran de *ius cogens* las normas universales sobre derechos humanos, es difícil que este sistema adquiera una plena coherencia y despliegue todas las bondades que se esperan (e incluso, exigen) de él.

Inclusive, si no se consideran las normas de derechos humanos como *ius cogens*, se corre otro riesgo, quizás más grave: la trivialización de los derechos humanos.

A nuestro entender, dado el consenso que suscitó en la comunidad internacional la DUDH<sup>132</sup> (e incluso la Carta de San Francisco)<sup>133</sup> y que fue ratificado por el PIDCP y el PIDESC, las normas que se deriven de esos instrumentos pueden considerarse como aceptadas y reconocidas por los estados como normas imperativas de derecho internacional.<sup>134</sup> De hecho, no puede pensarse que esas normas de derechos humanos pueden ser fá-

<sup>131</sup> Sobre este riesgo, *cf.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 125, pp. 187 y 188.

<sup>132</sup> Véase Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 89, p. 98.

<sup>133</sup> No debemos pasar por alto que el artículo 55, inciso c), de este instrumento, establece como labor de la ONU la promoción del “respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos” y la “efectividad de tales derechos y libertades”, sin hacer distinción o jerarquización alguna.

<sup>134</sup> Incluso, en el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, más de 170 países reafirmaron su adhesión a los principios contenidos en la DUDH. Además de que, como ya se vio, en el artículo 5o. de esa declaración, la comunidad internacional reconoció que todos los derechos humanos tienen el mismo peso.

En este sentido, Pierre de Senarclens considera que, mediante la práctica, los estados han demostrado su aceptación a la DUDH como *ius cogens*. *Cfr.* De Senarclens, Pierre, “The politics of human rights”, en Coicaud, Jean-Marc, Doyle, Michael W., y Gardner, Anne-Marie (coords.), *The globalization of human rights*, Hong Kong, The United Nations University, 2003, p. 143.

cilmente obviadas por los estados y que estos deroguen el PIDCP mediante la celebración, por ejemplo, de un tratado en sentido diverso. Antes al contrario, dado el contexto, los antecedentes y la forma en que surgieron la DUDH, el PIDCP y el PIDESC (debe recordarse que nunca en el ánimo de la comunidad internacional se había generado tanto consenso — e incluso urgencia — para proteger universalmente los derechos humanos y crear normas imperativas que no podrían ser ignoradas o modificadas por los estados),<sup>135</sup> deben considerarse los derechos derivados de esas normas como *indisponibles*, de manera que los estados no pueden pactar en contra de ellas<sup>136</sup> y sólo podrían ser derogadas mediante normas posteriores surgidas de un consenso tan abrumador y contundente como el generado a mediados del siglo XX y que le dio génesis a tales instrumentos internacionales (normas emergentes de *ius cogens*).

De ahí que no sea descabellado hablar, como lo propone Garzón Valdés, de un “coto vedado” a nivel internacional, como sucede en el ámbito constitucional:<sup>137</sup>

Podría decirse que también por lo que respecta a las normas y principios que rigen (o deberían regir) las relaciones entre los Estados existe un “coto vedado” que, por una parte, establece cuáles son los bienes que deben ser accesibles a todos los Estados y que no pueden ser eliminados por decisiones mayoritarias, por ejemplo, de la Asamblea de Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad. En este coto vedado habría que incluir, desde luego, la Declaración de Derechos Humanos y todas las otras declaraciones que derivan de ella y que, a lo largo de decenios, han ido concretizando el contenido y alcance de estos derechos.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos” en VV.AA., *Protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 25.

<sup>136</sup> En este sentido, Montemayor Romo de Vivar afirma que: “Es bastante coherente pensar porqué estos derechos deben incluirse dentro de las obligaciones no derogables por tratado. Tan sólo imaginemos un tratado entre dos naciones soberanas permitiendo la deportación de ciudadanos de un Estado para ser esclavizados en el territorio de otro Estado, o un tratado en el que dos estados se obligan a censurar todo tipo de periódico que exprese ideas a favor de los homosexuales”. Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2002, p. 47.

<sup>137</sup> Este coto vedado consiste en los principios y valores constitucionales cuyo respeto y/o implementación busca asegurar el funcionamiento de la democracia representativa, estableciendo restricciones constitucionales a las decisiones de las mayorías (evita la “tiranía de la mayoría”). Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional”, en Serrano Migallón, Fernando, y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, p. 349.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 351 y 352.

Entonces, es factible considerar que los derechos protegidos por la DUDH no pueden ser eliminados por acuerdo de los estados, constituyendo un coto vedado que no es factible que sea materia de tratados o resoluciones que pretendan derogar esos derechos.

Dejando a un lado las consideraciones sobre los derechos humanos en general, podemos constatar que el derecho humano de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales (al que denominamos “derecho a la protección jurídico-autoral”, como se verá *infra* en el número 1 del presente subcapítulo), en particular, está protegido por normas *ius cogens*. Veamos.

En primer lugar, ese derecho fue incluido en la DUDH, instrumento votado en la Asamblea General de la ONU por una amplísima mayoría de estados, lo que nos demuestra una práctica de esos estados en considerar como un derecho básico y digno de consagración universal aquel que protege los intereses morales y económicos de los autores.<sup>139</sup>

En segundo lugar, esa *opinio iuris* de los estados fue ratificada mediante la suscripción del PIDESC, que al ser un tratado, es indudablemente vinculante para sus partes firmantes (aunque cabe destacar que este tratado no ha sido tan exitoso como el PIDCP, contando con menos miembros).

En tercer lugar, la Declaración y Programa de Acción de Viena presentó otra oportunidad en la que una amplísima mayoría de estados ratificaron el contenido de la DUDH (incluyendo el derecho a la protección de los intereses de los autores).

En cuarto lugar, la gran mayoría de países de la comunidad internacional ha expedido legislación interna sobre derechos de autor, incluyendo tanto una protección moral, como una material.

En el caso de los países latinoamericanos esta *opinio iuris* es prácticamente incontestable, pues la han demostrado, además, no sólo con la Declaración de Bogotá y con el Protocolo de San Salvador, sino en su fuerte activismo en los respectivos trabajos preparatorios para incluir el derecho a la protección jurídico-autoral en la DUDH y en el PIDESC. Asimismo, y como se verá en el siguiente apartado, en casi todas las constituciones de la América Latina podemos encontrar consagrada la protección a los autores.

Empero, en contra podría invocarse que las normas de protección a los autores fueron muy polémicas (y varias veces rechazadas) en los trabajos

<sup>139</sup> En este sentido, Geiger explica que los valores culturales y morales contenidos en la DUDH son incontrovertibles. Cfr. Geiger, Christophe, “The constitutional dimension of intellectual property”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, p. 118.

preparatorios de la DUDH y el PIDESC, que no todos los países las contemplan en su Constitución, y que el PIDESC ha sido un tratado que no ha recibido una acogida general.

En todo caso, e independientemente de su calificación como *ius cogens*, es claro que las normas internacionales de protección al autor, además de su recepción convencional, gozan del estatus de *costumbre internacional*, pues se puede apreciar una práctica reiterada de los estados para obligarse a proteger a los creadores.

Sin embargo, la costumbre es una fuente del derecho internacional que cada vez está perdiendo más fuerza frente a los tratados,<sup>140</sup> además, el hecho de que algún derecho tenga una protección por vía consuetudinaria e, incluso, por vía de tratados, lo deja a merced de que, mediante la suscripción de tratados posteriores, los estados se desobliguen en proteger ese derecho. Por eso es tan trascendente el tema de delimitar si estamos ante una norma de *ius cogens*, pues sólo en ese caso el derecho quedaría blindado frente a acuerdos posteriores de los estados. Y, además, respecto del tema que ahora nos ocupa, si el derecho humano a la protección de los autores es de *ius cogens*, estaría por arriba de las demás normas internacionales, incluyendo las de la OMC,<sup>141</sup> lo que podría llevar a una eventual revisión (e incluso nulidad) del ADPIC con base a normas imperativas de derecho internacional de los derechos humanos, o por lo menos, podría hablarse de la DUDH como un instrumento de interpretación del ADPIC.<sup>142</sup>

Finalmente, hay que decir que corresponde a los tribunales internacionales el determinar si el derecho humano a la protección jurídico-autoral es o no *ius cogens*, aunque dada la suma cautela que tienen tales tribunales para hacer pronunciamientos de ese tipo,<sup>143</sup> se ve difícil que en el corto o mediano plazo se aporten respuestas jurisdiccionales sobre el particular. Lo único que podemos aventurar, es que el citado derecho humano tiene una pretensión fundada para aspirar a ser considerado *ius cogens*, a pesar de también existir algunos argumentos en sentido contrario.

<sup>140</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 113, p. 32; y Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota 114, p. 85.

<sup>141</sup> Panizzon, Marion, "How close will GATS get to human rights", Berna, NCCR Trade Regulation Working Paper number. 2006/14, agosto de 2006, p. 10.

En cambio, Harrison considera que los conflictos entre derechos humanos y las reglas del comercio internacional no se resolverán con alegaciones respecto a la supremacía de los derechos humanos (argumento que califica de simplista). *Cfr.* Harrison, James, *op. cit.*, nota 125, p. 59.

<sup>142</sup> Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 139, p. 118; y Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 225.

<sup>143</sup> Acerca de tal cautela, véase Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *op. cit.*, nota 125, p. 185.

### III. LA PROTECCIÓN A LOS AUTORES EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES. COMPARACIÓN JURÍDICA

Ya vimos que en el derecho internacional existen normas de derecho fundamental que establecen la protección a los autores, ahora veamos si hay normas similares en las constituciones de los diversos países.

De alguna u otra forma, la mayoría de las constituciones del mundo reconocen cierta protección a los derechos de los autores, lo que nos hace ver que esto no es un fenómeno exclusivo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Efectivamente, existen constituciones que tienen cláusulas expresas en materia de derecho intelectual, así como hay otras en las que, a pesar de no contener ninguna disposición en particular, la protección a los autores se desprende de otros principios constitucionales.

En este último caso encontramos la Ley Fundamental alemana, la cual no habla expresamente de los derechos de autor, pero la protección a estos se ha encontrado en su artículo 14, el cual se refiere a la propiedad y su función social.<sup>144</sup> De hecho, en la mayoría de las constituciones europeas no hay mención expresa de los derechos de los autores, aunque varios comentaristas coinciden en que la protección autoral se puede desprender de las disposiciones relativas a la protección de la personalidad y a la propiedad.<sup>145</sup>

Es interesante ver que en Europa, a nivel supranacional, se está consolidando la opinión de que los derechos de los autores están protegidos vía

<sup>144</sup> Esto fue determinado por el Tribunal Constitucional de Alemania en su sentencia del 7 de julio de 1971.

Inclusive, la profesora Von Lewinski califica a los derechos de autor como derechos fundamentales, afirmando: “in many countries, such as in Germany, authors’ rights are even protected as a fundamental right under the constitution (Article 14 Grundgesetz/German Constitution on the right of property in general)”. Von Lewinski, Silke, “What is wrong with copyright?”, [http://www.planetagora.org/english/theme2\\_suj6\\_note.html](http://www.planetagora.org/english/theme2_suj6_note.html), diciembre de 2007.

Sobre la situación en Alemania, *cf.* Rosén, Jan, “Copyright and freedom of expresión in Sweden – private law in a constitutional context”, en Torremans, Paul (coord.), *Copyright law: a handbook of contemporary research*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, p. 362; y Papadopoulou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 94, p. 276.

En este sentido también se pronunció el Tribunal Constitucional de Hungría en el caso 1338/B/1992, afirmando que la cláusula de propiedad de su respectiva Constitución, es la que da sustento a los derechos de autor.

<sup>145</sup> *Cf.* Hugenholtz, Bernt, “Copyright and freedom of expression in Europe”, <http://www.wir.nl/publications/hugenholtz/PBH-Engelberg.doc>, enero de 2008, pp. 3 y 4 (este trabajo también se publicó en Dreyfuss, Rochelle Cooper, First, Harry, y Zimmerman, Diane Leenheer [coords.], *Innovation policy in an information age*, Oxford, Oxford University Press, 2000); y Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 139, p. 114.

la tutela iusfundamental de la propiedad. En este sentido encontramos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en el caso *Laserdisken* afirmó que “los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor, ... forman parte del derecho de propiedad”,<sup>146</sup> postura que fue reiterada en el caso *Promusicae*, al afirmar que constituyen principios generales del derecho comunitario, tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como “el derecho fundamental de propiedad, del que forman parte los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor”.<sup>147</sup>

Asimismo, y como ya vimos, en los citados casos *Balan vs. Moldavia* y *Anheuser-Busch Inc. vs. Portugal*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también consideró que la propiedad intelectual en general, y los derechos de autor en particular, están amparados por la protección iusfundamental a la propiedad.<sup>148</sup>

De ahí que Strowel y Tulkens afirmen que, normalmente, en Europa la protección constitucional de los derechos de autor está *implícita* en las disposiciones sobre los derechos de propiedad.<sup>149</sup> Así, la falta de mención expresa de la propiedad intelectual en algunas constituciones, no se ha traducido en considerar que no existe cierto nivel de tutela constitucional a los autores.<sup>150</sup>

África es otro caso de un continente donde, salvo casos excepcionales como la República Democrática del Congo o Mozambique, hay un silencio absoluto en sus constituciones respecto a la protección de los autores. Si tomamos en cuenta que África es, más bien, un consumidor de propiedad intelectual y no tanto un productor,<sup>151</sup> se puede aventurar que en esa región no se ha plasmado el deber constitucional de proteger a los autores, como

<sup>146</sup> Asunto C-479/04, sentencia del 12 de septiembre de 2006, apartado 65.

<sup>147</sup> Asunto C-275/06, sentencia del 29 de enero de 2008, apartado 62.

<sup>148</sup> *Cf.* la nota 42 del presente capítulo.

<sup>149</sup> Strowel, Alain, y Tulkens, François, “Freedom of expression and copyright under civil law: of balance, adaptation, and access”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 293.

También, *cf.* Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 144, p. 360; y Geiger, Christophe, “Author’s rights, copyright and the public’s right to information: a complex relationship (rethinking copyright in the light of fundamental rights)”, en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2007, vol. 5, p. 29.

<sup>150</sup> Incluso, Geiger advierte una tendencia en las más recientes directivas de la Unión Europea en materia de derechos de autor, consistente en hacer referencia a los derechos fundamentales, por ejemplo: la declaración 3 de la Directiva de la Sociedad de la Información, las declaraciones 2 y 32 de la directiva de respeto a los derechos de propiedad intelectual, entre otras. Véase Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

<sup>151</sup> Nwauche, Enyinna S., “A development oriented intellectual property regime for Africa”, Mozambique, Ponencia presentada en la 11a. asamblea general del Consejo para

consecuencia de pensar que esa protección favorecerá más a extranjeros y no a ellos; concepción que es ciertamente cuestionable, por tratarse de un continente rico en cultura.<sup>152</sup> Desde luego, nada impide que en estos países se utilicen las mismas herramientas hermenéuticas que en Europa para desprender la protección constitucional a los autores; lo que es cierto, es que en el continente africano las menciones expresas no abundan.

Situación radicalmente diferente es la que encontramos en América, pues en este continente se protege constitucionalmente la propiedad intelectual en forma mayoritaria<sup>153</sup> (aunque, como se verá a continuación, con diversos enfoques).

Dicho lo anterior, en las siguientes líneas nos enfocaremos a los casos de regulación constitucional *expresa* de la propiedad intelectual, particularmente en materia de derechos de autor. Esto en virtud de que no es una coincidencia que varios países le hayan dado tanta importancia a la protección de los autores, como para consagrarla a través de normas de la máxima jerarquía y trascendencia. Asimismo, los alcances de esa regulación nos darán elementos para poder contestar si los derechos de autor tienen la naturaleza jurídica de derechos humanos o no.

Los países cuya Constitución contiene una cláusula *expresa* sobre derecho intelectual, pueden ser clasificados en tres grupos:

- a) países que vinculan los derechos intelectuales al derecho de propiedad;
- b) países que vinculan los derechos de los autores con la libertad de creación y la libertad de expresión, y
- c) países que tienen una cláusula de derecho intelectual autónoma (sin vinculación expresa a otros principios).

Veamos a continuación cada uno de esos grupos de cláusulas constitucionales.

Los países del *primer grupo*, como se dijo, vinculan expresamente los derechos de autor a los derechos de propiedad, de ahí que la protección de los primeros esté derivada expresamente de la tutela constitucional de la propiedad. Es muy ilustrativo sobre el particular, el artículo 17 de la Constitución argentina:

el Desarrollo de la Investigación de Ciencias Sociales para África, 6 a 10 de diciembre de 2005, p. 2.

<sup>152</sup> En este sentido, Rosén explica que es de gran interés para los países en desarrollo reconocer a los derechos de autor como derechos humanos. Véase Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 144, p. 361.

<sup>153</sup> Tendencia que ya había sido advertida por la más prestigiada doctrina latinoamericana. Cfr. Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 94, pp. 67 y 68.

Artículo 17. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4o. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. *Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.* La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. (Énfasis añadido).

Como bien nos explica Villalba, esta Constitución (que data del 1o. de mayo de 1853), se inspiró en la idea de propiedad para consagrar la protección a las creaciones intelectuales.<sup>154</sup>

En igual sentido, podemos encontrar la Constitución de El Salvador, cuyo artículo 103 indica:

Artículo 103. Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social.

*Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley.*

El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación. (Énfasis añadido).

En el caso de Chile, su Constitución, incluso, remite directamente a las reglas particulares de la propiedad para la protección de los derechos de autor (y otros derechos intelectuales), como se aprecia en la fr. 25 de su artículo 19:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

[...].

25. El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de

<sup>154</sup> Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 89, pp. 144 y 146.

las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, y

Sin embargo, tal disposición nos hace ver que los derechos de autor no sólo estarían integrados por esa “propiedad”, sino que además comprenderían otros derechos, incluyendo los de carácter moral.

A pesar de no ser una Constitución, ni propiamente un tratado, cabe citar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>155</sup> cuyo artículo 17.2 nos permite incorporarla como parte del grupo que vincula la protección de los derechos de autor a la propiedad:

#### Artículo 17

##### Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> Empero, el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007, le concede efectos vinculantes a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 27.

<sup>156</sup> El comité redactor de esta carta señaló que la protección a la propiedad intelectual es un aspecto del derecho de propiedad, y se le mencionó expresamente dada su creciente importancia en la legislación secundaria de los países de la Unión Europea. El comité aclara —probablemente con una velada dedicatoria a España— que la expresión “propiedad intelectual” no sólo cubre los derechos de autor, sino también a las patentes y marcas, así como las figuras asociadas; recalcando que las garantías establecidas para el derecho de propiedad deben aplicarse a la propiedad intelectual. *Cfr.* Cornides, Jakob, “Human rights and intellectual property. Conflict or convergence?”, *The journal of world intellectual property*, Ginebra, vol. 7, núm. 2, marzo de 2004, p. 140.

Geiger destaca, como peculiaridades de esta disposición, que parece proclamar la protección iusfundamental de la propiedad intelectual como un fin en sí mismo, además de que no hace la referencia —sí contenida en la DUDH y el PIDESC— de que la protección debe ser a favor de los creadores. Véase Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 35.

Por su parte, Deazley apunta que este es el primer instrumento internacional en materia de derechos humanos que habla expresamente de “propiedad intelectual”. Véase Deazley, Ronan, *op. cit.*, nota 47, p. 136.

Desde luego, dada esta protección iusfundamental que se le dio a la propiedad intelectual, esta última se beneficia de no poder ser afectada en su contenido esencial, según se desprende del artículo 52.1 de la propia carta. *Cfr.* Walter, Michael M., “Fundamental rights”, en Von Lewinski, Silke, y Walter, Michael M. (coords.), *European copyright law. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 77.

Dentro de este grupo también podríamos clasificar constituciones como las de Costa Rica,<sup>157</sup> Guatemala,<sup>158</sup> Honduras,<sup>159</sup> Panamá,<sup>160</sup> Paraguay<sup>161</sup> y Ucrania.<sup>162</sup>

En un *segundo grupo*, podemos encontrar a las constituciones que vinculan los derechos de los autores con la libertad de creación y la libertad de expresión, siguiendo así el tono sentado por la DUDH y los tratados que se inspiran en ella. Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución de Nicaragua indica:

Artículo 127. La creación artística y cultural es libre e irrestricta. Los trabajadores de la cultura tienen plena libertad de elegir formas y modos de expresión. El Estado procurará facilitarles los medios necesarios para crear y difundir sus obras y proteger su derecho de autor.

En la misma órbita encontramos a la Constitución venezolana de 1999, ya que dentro del capítulo relativo a los derechos culturales y educativos, se encuentra la siguiente disposición:

Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las

<sup>157</sup> Cuyo artículo 47 establece: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”.

<sup>158</sup> Su artículo 42 constitucional indica: “Derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales”.

<sup>159</sup> artículo 108: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la Ley”.

<sup>160</sup> artículo 49: “Todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención durante el tiempo y en la forma que establezca la ley”.

<sup>161</sup> Su artículo 110 establece: “Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”.

Cabe destacar que esta Constitución también hace una vinculación entre los derechos de autor y el derecho a la información, como se puede observar en el último párrafo de su artículo 29: “Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley”.

<sup>162</sup> El artículo 41 de esta Constitución, incluso antes de referirse al derecho de propiedad privada, establece que todos tienen el derecho de adueñarse de los resultados de su actividad creativa e intelectual.

condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Destaca también el artículo 42 de la Constitución de Portugal,<sup>163</sup> que sobre el particular señala:

#### Artículo 42

##### De la libertad de creación cultural

1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.
2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor

Otras constituciones que podríamos alinear en este segundo grupo, son las de Bielorrusia<sup>164</sup>, la República del Congo (antes Zaire),<sup>165</sup> Corea del Sur,<sup>166</sup> Croacia,<sup>167</sup> quizás España (aunque con ciertas reservas),<sup>168</sup> la Repú-

<sup>163</sup> Texto en español consultado en el siguiente sitio web: [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/txt/constitucion\\_portugal.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/txt/constitucion_portugal.html), diciembre de 2007.

Para más información sobre la protección autoral en esta Constitución, *cf.* Miranda, Jorge, "A Constituição e os direitos de autor" en Miranda, Jorge, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Portugal, Príncipe, 2006, pp. 329 y ss.

<sup>164</sup> El artículo 51 de su ley fundamental establece que la propiedad intelectual será protegida por ley.

<sup>165</sup> El artículo 36 de la respectiva Constitución impone al Estado el deber de proteger la propiedad intelectual.

<sup>166</sup> Artículo 22.2 de su Constitución.

<sup>167</sup> El cuarto párrafo del artículo 68 de su Constitución, protege los intereses morales y materiales que se deriven de actividades creativas.

<sup>168</sup> *Cfr.* Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, "Digito ergo sum: file sharing between copyright protection and freedom of speech", Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constitución y principios, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 6 a 10 de diciembre de 2010, p. 2.

El artículo 20.1 de la Constitución española establece: "Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades".

Sobre el inciso b) existe una controversia acerca de si ese es el fundamento constitucional de los derechos de autor. En los debates parlamentarios se propuso suprimir ese inciso b), y el grupo socialista (PSOE), en voz de Gregorio Peces-Barba, defendió su inclusión argumentando la importancia de los *derechos de autor* y que estos requerían mayor protección que la propiedad ordinaria.

Con base a lo anterior, y a la tendencia de proteger al autor en las constituciones y en los tratados sobre derechos humanos, así como por la ausencia de otro fundamento en la

blica de Georgia,<sup>169</sup> Letonia,<sup>170</sup> Lituania,<sup>171</sup> Mongolia,<sup>172</sup> Montenegro,<sup>173</sup> Mozambique,<sup>174</sup> Perú,<sup>175</sup> Rusia<sup>176</sup> y Serbia.<sup>177</sup>

Como *tercer grupo*, podríamos mencionar a las constituciones que tienen una cláusula de derecho intelectual “autónoma”, es decir, que no está vinculada (al menos expresamente) con la libertad de creación o con el derecho de propiedad, aunque en algunos casos se pueda encontrar en el sector económico de la respectiva Constitución. Tal es el caso de la Constitución colombiana, cuyo artículo 61 establece: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

Constitución española más convincente que la propiedad ordinaria, existe una corriente, nada menor, que estima al mencionado inciso *b)* como el fundamento constitucional de los derechos de autor. *Cfr.* por ejemplo, Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, nota 47, pp. 18 y 19; y Otero Lastres, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la constitución española de 1978”, *Revista jurídica española La Ley*, Madrid, núm. 2, 1986, pp. 370-379.

En contra, está la postura mayoritaria que afirma que el inciso *b)* sólo protege el derecho a crear, no el derecho sobre lo creado; que la Ley de Propiedad Intelectual es ordinaria y no orgánica; y que el fundamento constitucional de los derechos de autor es el mismo que el de la propiedad ordinaria, entre otros argumentos. *Cfr.*, por ejemplo, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentario al artículo 1o.”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 20-22; y Rogel Vide, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 15 y 16.

<sup>169</sup> El artículo 23.1 de su Constitución establece que el derecho a la propiedad intelectual será inviolable, y luego garantiza la libertad de creación intelectual.

<sup>170</sup> *Cfr.* su artículo 113, mismo que hace referencia expresa a los derechos de autor y a las patentes.

<sup>171</sup> El artículo 42 de esta Constitución establece que la ley debe proteger y defender los intereses espirituales y materiales de los autores sobre sus obras.

<sup>172</sup> Luego de referirse a la libertad creativa, el artículo 16.8 de esta Constitución indica que se protegen los derechos de autor y las patentes.

<sup>173</sup> El artículo 50 la Constitución de este Estado establece la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

<sup>174</sup> De acuerdo con el artículo 94.2 de su Constitución, el Estado debe proteger los derechos relativos a la propiedad intelectual, incluyendo los derechos de autor.

<sup>175</sup> Su artículo 2.8 indica que *toda persona* tiene derecho: “A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

Debido a la mención expresa que esta Constitución hace de la “propiedad”, podríamos incluirla en el primer grupo de constituciones, al cual ya nos referimos.

<sup>176</sup> Después de garantizar la libertad literaria, artística, científica y creativa, el artículo 44.1 de esta Constitución, indica que la propiedad intelectual deberá ser protegida por la ley.

<sup>177</sup> Al igual que la ley fundamental de Montenegro, el artículo 73 de la Constitución de Serbia prescribe la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

De igual forma, el artículo 33 constitucional de Uruguay determina: “El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley”.<sup>178</sup>

En este tercer grupo podemos incluir también a Brasil,<sup>179</sup> Eslovenia,<sup>180</sup> Estonia,<sup>181</sup> República Dominicana,<sup>182</sup> Suecia,<sup>183</sup> y México.

En el caso de la Constitución mexicana, nuestra cláusula de derecho intelectual está en el noveno párrafo del artículo 28 de la Ley Suprema vigente. Dicho párrafo establece que no se consideran monopolios los privilegios temporales que se concedan a autores, artistas e inventores.<sup>184</sup> Tal disposición la clasificamos en el tercer grupo, es decir, como cláusula autónoma, porque no está vinculada expresamente con la propiedad (que, de hecho, está contemplada en diverso artículo constitucional: el 27), ni tampoco con la libertad de creación o con las libertades informativas (artículos 4o., 6o. y 7o. de la Constitución; aunque cabe advertir que nuestra SCJN ha determinado que estos últimos principios informan la regulación de los derechos de autor).<sup>185</sup>

<sup>178</sup> Destaca que en esta Constitución, como en otras latinoamericanas, sigue vigente la concepción del “trabajo intelectual” como base de los derechos de autor. Por citar otro ejemplo, a continuación se transcribe el artículo 133 de la Constitución de Honduras: “Los trabajadores intelectuales independientes y el resultado de su actividad, deberán ser objeto de una legislación protectora”.

<sup>179</sup> Cfr. su artículo 5o., fr. XXVII y XXVIII.

Para un análisis detallado de la protección a los derechos de autor en esta Constitución, cfr. Piovesan, Flávia, “Direitos humanos e propriedade intelectual: proteção internacional e constitucional”, en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, 2a. ed., Juruá, 2008, vol. II, pp. 36 y ss.

<sup>180</sup> El artículo 60 de esta Constitución establece que, entre otros derechos, se garantizan los derechos de autor.

<sup>181</sup> El artículo 39 de su Constitución prescribe que los autores tienen derechos inalienables sobre sus obras, y que tales derechos deben protegerse por el Estado.

<sup>182</sup> Artículo 52: “Derecho a la propiedad intelectual. Se reconoce y protege el derecho de la propiedad exclusiva de las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley”.

<sup>183</sup> Artículo 19 de la Constitución de 1974.

De ahí que Rosén afirme que esta Constitución es la que, en toda la Unión Europea, da un apoyo más sólido a los derechos de autor. Cfr. Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 144, p. 364.

<sup>184</sup> De igual manera, con la reforma constitucional de 2009, se concedieron facultades expresas al Congreso de la Unión para legislar en materia de derechos de autor, como se aprecia en la fr. XXV del artículo 73 constitucional.

Este fundamento se complementa, en materia de creaciones industriales, por los artículos 73, fr. XXIX-F, y 89, fr. XV, de la Constitución.

<sup>185</sup> Sentencia de 16 de abril de 2007, dictada por el Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 25/2005, pp. 19 y 20.

Más dudoso es el caso de EUA. Su cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 8o., párrafo octavo)<sup>186</sup> aparentemente puede clasificarse como autónoma, pues no hace referencia ni a la propiedad, ni a las libertades de creación o informativas. Sin embargo, la mención expresa que hace a su propósito de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles”,<sup>187</sup> puede plantearnos la interrogante sobre si es más adecuado incluirla en el segundo de grupo de clasificación al que nos hemos referido.

En conclusión y resumiendo, podemos observar que existen dos grandes corrientes en cuanto a la protección constitucional a los autores: a) los países que expresamente confieren tal protección, y b) los países cuyas constituciones son omisas. En el primer caso, hay tres tendencias en cuanto a esa protección: vincularla con la propiedad, vincularla con las libertades de expresión y de creación, o no vincularla expresamente con algún principio. En el segundo caso, se está presentado el fenómeno de considerar la protección constitucional a los derechos de autor como implícita en la tutela concedida a la propiedad y a los derechos de la personalidad. Como bien dice Cullet: diferentes países y diferentes regiones del mundo tienen posiciones diversas respecto al lugar que deben ocupar las contribuciones culturales y científicas en el marco de los derechos humanos.<sup>188</sup>

Sin embargo, se advierte una creciente tendencia a incluir expresamente la protección de los autores como una cláusula constitucional,<sup>189</sup> y los países que no lo hacen de manera expresa han llegado a desprender tal protección de su Constitución mediante la interpretación de los tribunales. De ahí que podamos afirmar que, en mayor o menor medida, se puede encontrar alguna tutela constitucional a los derechos de autor.

En otro orden de ideas, analizando las cláusulas constitucionales de derecho intelectual previamente transcritas, podemos obtener una interesante conclusión: las constituciones no regulan a detalle los alcances y contenidos

Asimismo, cabe destacar que el artículo 73, fr. XXV, de la Constitución, aunque no es una cláusula de derecho intelectual (pues sólo contempla las facultades del legislador federal), vincula los derechos de autor a los temas culturales.

<sup>186</sup> Dicho párrafo establece que es facultad del Congreso de ese país: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

<sup>187</sup> De acuerdo con las acepciones usadas en la época de su redacción, la palabra “ciencia” se refería a toda forma de conocimiento y aprendizaje, mientras que las “artes útiles” se referían al objeto de protección de las patentes. *Cfr.* Hatch, Orrin G., y Lee, Thomas R., “To promote the progress of science: the copyright clause and Congress’s power to extend copyrights”, *Harvard journal of law and technology*, EUA, vol. 16, núm. 1, otoño 2002, pp. 7 y 8.

<sup>188</sup> Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 412.

<sup>189</sup> Las constituciones más recientes de Europa y América Latina son una muestra clara.

de los derechos de autor, sino que se deja al legislador ordinario una *amplísima libertad para configurar estos derechos*. Incluso, esa libertad de configuración a favor del legislador es reconocida expresamente en muchas constituciones (como la de Paraguay o la de El Salvador), que señalan que los derechos de autor se protegerán con los alcances que determine la ley.

Sin embargo, eso no impide que algunas constituciones den algunos parámetros *mínimos* al legislador para configurar la protección de los autores.

Efectivamente, un buen número de constituciones (como la de Estonia o Uruguay) no señalan que los derechos de autor deben ser forzosamente exclusivos, por lo que en muchos de estos países se pueden crear regímenes basados en derechos de remuneración. Otros estados, como Argentina, Brasil o República Dominicana, sí establecen como requisito mínimo la existencia de derechos de explotación, esto mediante el uso de expresiones como “propiedad” o “exclusividad”. Otros países, además, hacen referencia a los derechos morales, como es el caso de Croacia o de Chile (que incluso impone al legislador el deber de regular, por lo menos, las facultades de integridad y paternidad).

Otro parámetro mínimo de la regulación en los derechos de autor que establecen muchas constituciones es la temporalidad, como se puede apreciar en los casos de Argentina, Chile (cuya Constitución incluso señala que el plazo de protección no debe ser inferior a la vida del autor), Costa Rica, EUA o República Dominicana, por sólo mencionar algunos ejemplos. Esto es importante, ya que de disposiciones de este tipo se puede derivar la institución del dominio público.

Asimismo, y eso es muy relevante, muchas cartas magnas mencionan expresamente al *autor* (y no a empresas u otras entidades o personas) como los sujetos de protección constitucional en la materia; tal es el caso, por ejemplo, de Argentina, Brasil, Estonia, Lituania, Montenegro, Panamá o Serbia. De algunas de estas constituciones se puede desprender un mandato de *titularidad originaria* de los derechos a favor del autor,<sup>190</sup> lo cual es plenamente congruente con los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nos hemos referido en el apartado previo.

También destaca que varias constituciones, como la guatemalteca o la venezolana, hacen referencia a los acuerdos internacionales en materia autoral para configurar el contenido de los derechos de autor.

<sup>190</sup> Pereira dos Santos, Manoel J., “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral”, en Adolfo, Luiz Gonzaga Silva, y Wachowicz, Marcos (coords.), *Dereito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, Brasil, Jurá, 2006, p. 21.

Por lo que hace a la Constitución mexicana, particularmente en su artículo 28, encontramos los siguientes requisitos mínimos que debe respetar el legislador ordinario al regular los derechos de autor:

- La protección debe concederse directamente a los autores;
- Se le deben conceder “privilegios”, palabra anacrónica que históricamente podríamos asimilar al derecho de explotación, pero que, a través de una interpretación evolutiva, puede incluir otro tipo de estímulos a los autores (por ejemplo, derechos de remuneración, derechos morales, apoyos económicos, beneficios fiscales, etcétera),<sup>191</sup> de forma que en la Constitución no hay un mandato de que todo derecho de autor que se conceda debe ser un derecho de explotación,<sup>192</sup> antes al contrario, nuestra Ley Suprema deja libertad al legislador para elegir que clase de privilegios otorgará a los autores;<sup>193</sup>
- Esos privilegios deben ser temporales;
- Tales privilegios no deben considerarse jurídicamente monopolios, si es que llegan a ser exclusivos. Esto implica un deber constitucional a cargo del legislador de que, cuando expida normas de defensa de la competencia, no califique como monopolios o prácticas anticompetitivas a los derechos de autor, ni a su normal ejercicio.

Una vez que ya revisamos las menciones que hacen las constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, respecto de la protección que se debe conceder los autores, procederemos a ver cómo se ha interpretado esto por la academia, en particular en relación a la posibilidad de considerar a los derechos de autor como derechos humanos.

<sup>191</sup> Véase *infra* la nota al pie 477.

En contra, Pérez Miranda estima que, por virtud del artículo 28 constitucional, el legislador “sólo puede otorgar privilegios monopólicos, es decir, sólo puede otorgar derecho de exclusividad de explotación”. *Cfr.* Pérez Miranda, Rafael J., *Derecho de la propiedad industrial*, 4a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 223 y 224.

<sup>192</sup> En este sentido se ha pronunciado el Pleno de nuestra SCJN, al señalar que los privilegios previstos en el artículo 28 constitucional “pueden ser de carácter moral o patrimonial” (contradicción de tesis 25/2005, sentencia de 16 de abril de 2007, p. 17).

En igual tenor se ha pronunciado la Primera Sala de ese tribunal, en el amparo directo 11/2011, sentencia de 2 de mayo de 2012, p. 131

<sup>193</sup> En realidad, el alcance de dicha norma constitucional es que, si el legislador en su momento decide otorgar derechos exclusivos a los autores (entre otros “privilegios”), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, más no hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo.

#### IV. TENDENCIA DOCTRINAL DE RECONOCERLE EL CARÁCTER DE DERECHOS HUMANOS A LOS DERECHOS DE AUTOR

Hasta el momento, en este capítulo hemos constatado que en las constituciones de varios estados, pero sobre todo, en el derecho internacional, existen normas iusfundamentales de protección a los autores. Ahora cabe preguntarnos si esas normas son más que suficiente para concluir que los derechos de autor son derechos humanos. Para despejar esa incógnita, en el presente apartado revisaremos las opiniones doctrinales sobre el particular, mientras que en el siguiente apartado analizaremos los pronunciamientos de diversos organismos internacionales.

Hestermeyer nos refiere que, en tiempos recientes, varios académicos han afirmado que la propiedad intelectual está protegida por los derechos humanos;<sup>194</sup> o como dice Jokhadze: existe una tendencia a considerar los derechos de autor (e incluso la propiedad intelectual en general) como derechos humanos.<sup>195</sup> Consultemos entonces lo dicho por algunos exponentes de esa corriente, para poder valorar así sus argumentos.

Comencemos con Serrano Migallón, quien afirma: “El derecho de autor es reconocido como uno de los derechos básicos de la persona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.<sup>196</sup> En igual sentido se pronuncia Juan Ramón Obón León quien, a propósito de la DUDH, señala que el derecho de autor y el derecho a la cultura son derechos humanos.<sup>197</sup> Mientras que Pau Miserachs señala que, en 1948, la ONU elevó los dere-

<sup>194</sup> Hestermeyer, Holger, *Human rights and the WTO. The case of patents and access to medicines*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 78 y 85.

Mientras que, por su parte, Rodrigo Bercovitz advierte que: “Existe hoy en día una tendencia a incluir el derecho de autor entre los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones”. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *op. cit.*, nota 168, p. 20.

Mismo fenómeno es advertido por Spence, Michael, *Intellectual property*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 46 (quien considera que tal postura es extrema); y por Mahop, Marcelin Tonye, *op. cit.*, nota 69, p. 57.

<sup>195</sup> Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 92, p. 243.

<sup>196</sup> Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 34, p. 63.

<sup>197</sup> Obón León, J. Ramón, “Derecho de autor: marco de referencia y tratados internacionales” en VV.AA., *Las nuevas tecnologías y la protección del derecho de autor*, México, Themis, BMA, 1998, p. 9.

En diverso trabajo, este abogado afirma: “El Derecho de Autor es uno de los Derechos del Hombre”. Cfr. Obón León, J. Ramón, “Ilícitos contra el derecho de autor. El caso México” en VV.AA., *Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*, Buenos Aires, Instituto Interamericano del Derecho de Autor, 1981, p. 54.

chos de autor a la categoría de derechos humanos.<sup>198</sup> Por su parte, Margarita Soto Granado estima que la referida declaración “concede al derecho de autor el carácter de derecho fundamental”.<sup>199</sup>

Al explicar la evolución histórica de los derechos de autor, Lipszyc indica: “Finalmente, en el siglo XX el derecho de autor es universalmente reconocido como *derecho humano*”,<sup>200</sup> para luego destacar su inclusión en las constituciones nacionales, la DUDH y el PIDESC.<sup>201</sup>

Igualmente, como consecuencia del texto del PIDESC, Ysolde Gendreau concluye que los derechos de autor se han convertido en un derecho humano equiparable a la libertad de expresión.<sup>202</sup> Mientras que Jan Rosén indica que tal tratado demuestra la fuerte aceptación de los derechos del autor como un derecho humano básico.<sup>203</sup>

Mabel Goldstein habla de una “sistemática invocación del derecho de autor como parte de los derechos humanos, que se efectuara en los convenios y declaraciones internacionales a lo largo de casi medio siglo”.<sup>204</sup> Mientras que Ostergard indica: “The Universal Declaration of Human Rights recognizes IP as a universal human right”.<sup>205</sup> De igual forma, la jurista colombiana, Sofía Rodríguez Moreno, afirma lo siguiente respecto a la DUDH: “Por otra parte, el mencionado ordenamiento eleva a la categoría de derecho humano el derecho de autor, el cual encuentra allí mismo algunas de sus principales limitaciones en favor del acceso a la cultura, la información y el derecho a la educación”.<sup>206</sup>

<sup>198</sup> Miserachs i Sala, Pau, *Diccionario internacional del derecho de autor*, 2a. ed., Barcelona, Fausí, 1988, p. 21.

En el mismo sentido, Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2009, p. 7.

<sup>199</sup> Soto Granado, Margarita, “El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Textos de la nueva cultura de la propiedad intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 90.

<sup>200</sup> Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 38.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>202</sup> Gendreau, Ysolde, “Copyright and freedom of expression in Canada”, en Torremans, Paul L.C. (coord.), *Copyright and human rights. Freedom of expression — Intellectual property — Privacy*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004, p. 22.

<sup>203</sup> Rosén, Jan, “Freedom of expression”, *Quo vadis copyright? EBU copyright symposium*, Barcelona, 2006, p. 3.

<sup>204</sup> Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, La Rocca, 1995, p. 39.

<sup>205</sup> Ostergard Jr., Robert L., *The development dilemma: the political economy of intellectual property rights in the international system*, EUA, LFB Scholarly Publishing, 2003, p. 28.

<sup>206</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 48.

En el mismo sentido se pronuncian Ricardo Antequera Parilli,<sup>207</sup> Alma Araiza Hernández,<sup>208</sup> Gustavo Arosamena,<sup>209</sup> Estelle Derclaye,<sup>210</sup> Carlos Alberto Villalba,<sup>211</sup> Alejandra Castro Bonilla,<sup>212</sup> Rosemary Coombe,<sup>213</sup> Marcelo Bauzá,<sup>214</sup> Álvaro Garzón,<sup>215</sup> Enrico Bonadio y Oreste Pollicino,<sup>216</sup> Pedro Alfonso Labariega Villanueva,<sup>217</sup> Juan Carlos Monroy Rodríguez,<sup>218</sup> Oscar

<sup>207</sup> Antequera Parilli, Ricardo, “El derecho de autor como un derecho privado de interés público” en Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Bogotá, Temis, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 392.

<sup>208</sup> Araiza Hernández, Alma, “La propiedad intelectual: un derecho humano” en VV.AA., *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, p. 96.

<sup>209</sup> Arosamena, Gustavo, “Conflicto entre derechos de propiedad intelectual y (otros) derechos humanos: una breve esquematización”, *Revista jurídica de propiedad intelectual*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, t. II, 2009, p. 218.

<sup>210</sup> Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, pp. 138 y 139.

<sup>211</sup> Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 89, p. 153.

<sup>212</sup> Castro Bonilla, Alejandra, “La protección constitucional del derecho de autor en España”, *Noticias jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/>, diciembre de 2007.

En otro trabajo, la misma autora le reconoce a los derechos de autor una naturaleza compuesta y compleja, incluyendo su protección como derecho fundamental y sugiriendo la aplicación del principio de proporcionalidad cuando colisione con otro derecho fundamental; pero fuera de su reconocimiento en la DUDH, la citada autora no da mayores explicaciones del por qué es un derecho fundamental. *Cfr.* Castro Bonilla, Alejandra, “Costa Rica: El derecho de autor como un derecho humano”, *REDI. Revista electrónica de derecho informático*, núm. 50, agosto 2002, [www.vlex.com](http://www.vlex.com), diciembre de 2007.

<sup>213</sup> Coombe, Rosemary J., “Intellectual property, human rights & sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity”, *Indiana journal of global legal studies*, EUA, vol. 6, 1998, pp. 59-65.

<sup>214</sup> Bauzá, Marcelo, “Propiedad autoral en la era tecnológica e informacional. Un desafío no resuelto aún” en VV.AA., *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Federación Iberoamericana de Derecho e Informática, 2010, t. I, p. 106.

<sup>215</sup> Garzón, Álvaro, “El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales - Planteamiento. Panorámica y perspectivas globales” en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, pp. 38 y 39.

<sup>216</sup> Bonadio, Enrico, y Pollicino, Oreste, *op. cit.*, nota 168, p. 2.

<sup>217</sup> Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, “Consideraciones sobre el derecho de autor”, en Cienfuegos Salgado, David, y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 287.

<sup>218</sup> Monroy Rodríguez, Juan Carlos, “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe”, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009, p. 14.

Alberto Pérez Peña,<sup>219</sup> Richard Wilder,<sup>220</sup> Santiago Velázquez Velázquez,<sup>221</sup> Luis Anguita Villanueva,<sup>222</sup> y Helenara Braga Avancini (quien incluso considera derechos humanos, no sólo a los de autor, sino también a los conexos de los artistas).<sup>223</sup>

Por su parte, Hugenholtz señala que la protección del derecho de autor como derecho humano se desprende, en Europa, implícitamente de varias disposiciones constitucionales, así como de la DUDH y del PIDESC.<sup>224</sup> En igual sentido encontramos a Silke Von Lewinski.<sup>225</sup>

Siguiendo con esta tendencia, luego de citar el párrafo del artículo 28 de la Constitución mexicana, Larrea Legorreta, Larrea Soltero, Larrea Richerand y Pastor Escobar, llegan a la conclusión de que los derechos de autor son derechos fundamentales:

Se considera un Derecho Fundamental al estar comprendido dentro de las Garantías Individuales y por virtud del Artículo 1o. del mismo ordenamiento se les reconoce tanto a los autores nacionales como extranjeros...

[...].

El Derecho de Autor se considera del mismo nivel que el resto de los Derechos Fundamentales, estos de alguna manera se complementan entre sí, en

<sup>219</sup> Pérez Peña, Oscar Alberto, “El derecho de autor como derecho humano”, <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20derecho%20de%20autor.htm>, diciembre de 2007.

<sup>220</sup> Wilder, Richard, “Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales – La propiedad intelectual y los derechos humanos”, Helsinki, Foro sobre creatividad e invenciones – Un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, OMPI, Oficina Nacional de Patentes y Registros de Finlandia, octubre 2000, p. 5.

<sup>221</sup> Velázquez Velázquez, Santiago, “Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual”, *Revista jurídica*, Ecuador, núm. 24, 2008, p. 31.

<sup>222</sup> Anguita Villanueva, Luis, “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura”, en Iglesias Rebollo, César (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, Museo del Traje, Ministerio de Cultura, 2005, pp. 59 y 64.

<sup>223</sup> Braga Avancini, Helenara, “Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação”, Brasil, Tribunal Superior de Justicia, <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1937>, diciembre de 2007, pp. 3 y ss.

<sup>224</sup> Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 145, p. 4.

<sup>225</sup> Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 144.

En otro trabajo, esta misma profesora señala que la DUDH, el PIDESC y la Declaración de Bogotá protegen los derechos económicos y morales de los autores. *Cf.* Von Lewinski, Silke, “Intellectual property, nationality, and non-discrimination”, Ginebra, Discusión para conmemorar el 50 aniversario de la DUDH, 9 de noviembre de 1998, p. 5.

Incluso, en su impresionante tratado sobre derecho autoral internacional, la señalada investigadora alemana, califica a los derechos de autor como derechos humanos. Véase Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 592.

caso de colisión o conflicto se resuelve el caso en concreto tomando en cuenta cuál interés afecta de forma más importante a la colectividad.

Los Tribunales no han emitido resoluciones respecto al tema y la doctrina, tratándose de Tratadistas sobre Derechos de Autor, han dado un papel preponderante a éste sobre algunos otros derechos fundamentales como lo sería la libertad de expresión.<sup>226</sup>

De igual forma, de un análisis conjunto de los artículos 14 y 28 constitucionales, y a propósito de exponer el caso *Regalías* de la SCJN (contradicción de tesis 25/2005 —en la que, por cierto, no se calificó expresamente como derechos fundamentales a los derechos de autor, pero se les reconoció un sustento constitucional—), Silva García y Silva Meza incluyen a los derechos de autor dentro del catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución mexicana.<sup>227</sup>

Asimismo, encontramos a Suthersanen quien, sin reconocer expresamente que la DUDH contempla derechos de autor, sí indica que dicho instrumento “doubly guarantees the right to the protection of intellectual property rights and the right to share, inter alia, in scientific advancement and its benefits”.<sup>228</sup> Algo similar sucede con Dessemontet, quien a veces habla de que los derechos de autor son derechos humanos,<sup>229</sup> para luego referirse al derecho humano a la protección de los derechos de autor<sup>230</sup> (que no es lo mismo).

Todas las opiniones antes señaladas tienen algo en común: establecen que los derechos de autor son derechos humanos por el simple y sencillo hecho de que los instrumentos internacionales (o ciertas constituciones nacionales) hablan de la protección a los autores, pero no dan ningún argumento

<sup>226</sup> Larrea Legorreta, Manuel, Larrea Soltero, Ricardo E., Larrea Richerand, Gabriel E., y Pastor Escobar, Raúl, “Derecho de autor y libertad de expresión – Respuestas del Grupo Mexicano de la ALAI al cuestionario”, Jornadas de estudio de ALAI, Barcelona, junio 2006, p. 1.

<sup>227</sup> Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 483.

<sup>228</sup> Suthersanen, Uma, “Towards an international public interest rule? Human rights and international copyright law”, en Griffiths, Jonathan y Suthersanen, Uma (coords.), *Copyright and free speech. Comparative and international analyses*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 113 y 114.

En términos parecidos, sin reconocer que los derechos de autor sean derechos humanos, Dreyfuss señala que es mucho más fácil ver una dimensión de derechos humanos en los derechos de autor que en las patentes, en tanto hay una íntima interrelación entre “expresión” y “personalidad”, de forma que *proteger la expresión garantiza la dignidad humana*. Cfr. Dreyfuss, Rochelle Cooper, *op. cit.*, nota 8, p. 8.

<sup>229</sup> Dessemontet, François, “Copyright and human rights”, *www.unil.ch/cedidac/*, enero 2008.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 10.

de fondo o substancial para concluir que los derechos de autor son derechos humanos, simplemente se limitan a verificar el reconocimiento formal que hacen ciertas disposiciones en cuanto a la protección de los autores, lo que les lleva a concluir automáticamente que los derechos ahí establecidos son, precisamente, los derechos de autor (y no otro tipo de derechos).

Sin embargo, también hay autores que no se quedan en el aspecto formal, y van más allá. Por ejemplo, Torremans se refiere a la importancia del acto de creación y a los debates de fondo que llevaron a la protección de los autores en la DUDH y en el PIDESC, llegando a la conclusión de que es válida la pretensión de los derechos de autor de ser considerados derechos humanos. Este jurista señala que si un derecho tiene una pretensión pre-normativa de ser un derecho humano y luego el grupo social ha llevado esa pretensión a nivel normativo —y si además esa norma se adecua al sistema en forma coherente—, debe considerarse que hay una libertad básica (una condición social de carácter esencial para el mejor desarrollo del individuo); concluyendo que los derechos de autor y su inclusión en los instrumentos de derechos humanos cumplen esos requisitos.<sup>231</sup>

Para el jurista venezolano, Ricardo Colmener, la propiedad intelectual es un derecho humano, dado que protege uno de los caracteres más esenciales de los seres humanos: la capacidad de crear (en tanto no se concibe la creación intelectual sin la presencia de un ser humano).<sup>232</sup> Este autor encuentra que tal estatus de derecho humano de la propiedad intelectual no se deriva de un mero simplismo positivista (como su consagración en el PIDESC o la DUDH), “sino que se desprende de la misma esencia de la creación intelectual”.<sup>233</sup> Afirmándonos que:

Estas características esenciales circunscritas a la expresión del individuo, permiten extender o prolongar su propio ser, siendo inseparable y fundamental el nexo entre la (*sic*) creador y su obra. Este nexo entre el creador y su obra

<sup>231</sup> Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, pp. 4-10 y 19.

Incluso, este autor estima que los derechos de autor deben ponderarse con otros derechos humanos y que los resultados de la ponderación variarán de caso en caso, afirmando que: “The higher the level of creativity and the more important the input of the creator is, the stronger the Human Rights claim of copyright will be. Not all works and not all situations will give copyright the same strength in its claim to Human Rights status and in its balancing exercise with other Human Rights”. *Ibidem*, p. 19.

<sup>232</sup> Colmener, Ricardo, “Propiedad intelectual, nuevos paradigmas, nuevas respuestas, el derecho humano de propiedad intelectual”, *JuríPolis. Revista de derecho y política del departamento de derecho*, México, ITESM-CCM, núm 4, s/f, p. 4. Visible en [www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis](http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis), diciembre de 2007.

<sup>233</sup> *Idem*.

no es más que el derecho de la propiedad intelectual... Las expresiones del intelecto particularizan e individualizan a la persona, enfatizando sus cualidades y habilidades inherentes. Esta concepción explica el nexo natural entre la obra intelectual y su creador, el intelecto y su expresión son una continuación del ser humano, constituyendo la mayor diferencia entre los humanos y otros seres vivos.<sup>234</sup>

Posteriormente, y basado en el pensamiento de Hegel, Colmener afirma que “todo hombre goza de la propiedad sobre su propia persona”, por lo que todo aquello que provenga de su persona le pertenece. Por consiguiente, la obra intelectual corresponde a su creador tanto por provenir de su trabajo y esfuerzo intelectual, como por el resultado de la manifestación de su personalidad, de donde deriva un “derecho humano de propiedad intelectual”.<sup>235</sup>

Por su parte, Antonio Delgado Porras afirma que el derecho de autor es un derecho humano en virtud de los contenidos de la DUDH y del PIDESC.<sup>236</sup> Empero, su argumento no sólo se queda en los aspectos formales cuando añade:

A mi juicio, mediante el Derecho de Autor, en tanto derecho moral, lo que se asegura es la libre representación de la personalidad del autor en la forma en que ha querido proyectarla y quiere mantenerla en la obra; y en tanto derecho patrimonial, lo que con él se garantiza son las condiciones económicas y sociales indispensables para que esa libertad sea efectiva. Desde ambas perspectivas el Derecho de Autor es un derecho humano de libertad.<sup>237</sup>

Esto lo lleva a concluir que, aunque se suele incorporar al derecho de autor dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, no es un derecho de prestación, sino un derecho de libertad; partiendo del supuesto de que muchos derechos económicos, sociales y culturales están organizados como derechos de libertad y no como derechos de prestación.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 7.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 7. El citado abogado, también llega a esa conclusión mediante la derivación de la propiedad intelectual de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la privacidad.

<sup>236</sup> Delgado Porras, Antonio, “Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales” en Delgado Porras, Antonio, *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, t. I, p. 286.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp. 286 y 287.

En términos similares, Carboni explica que, en materia de derechos de autor, suele prevalecer la dimensión individual. *Cfr.* Carboni, Guilherme, “Conflitos entre direito de autor e

André Kéréver considera que hay dos enfoques para contestar a la pregunta sobre si los derechos de autor son derechos fundamentales: uno de derecho positivo y otro filosófico.<sup>239</sup> Desde el enfoque de derecho positivo, la respuesta es afirmativa para este autor, quien luego de revisar la DUDH y el PIDESC, establece que es un acierto que tales instrumentos “afirmen la asimilación del derecho de autor a los derechos fundamentales y universalmente reconocidos en la época de la mundialización”.<sup>240</sup> En cuanto al enfoque filosófico, Kéréver indica que para ser considerados como tales, los derechos humanos deben cumplir dos condiciones: que sean fundamentales (su privación equivale a negar la existencia y dignidad del ser humano) y que sean universales (por lo que no vale el relativismo cultural). En cuanto a los derechos de autor, reconoce la existencia de dos regímenes jurídicos: el *copyright* (al que también llama “derecho de autor de empresa”) y el “derecho de autor de los creadores”,<sup>241</sup> para posteriormente afirmar que: “Solo el derecho de autor, que nace en la persona del creador puede por su propia naturaleza, asimilarse a los derechos humanos. Ahora bien, el régimen de los ‘derechos de autor de los creadores’ no está universalmente reconocido, puesto que cohabita en el planeta con el copyright”.<sup>242</sup>

Cuestión que lo lleva a preguntarse si esa no universalidad del régimen jurídico del “derecho de autor de los creadores”, le impediría a estos ser considerados como derechos humanos; a lo que contesta que, aunque en ciertas zonas del mundo predomine el *copyright*, eso “no permite negar el carácter universal de los valores en que se funda el derecho de autor de la persona del creador”.<sup>243</sup> Ahora bien, de acuerdo con Kéréver ¿cuáles son esos valores que le dan a los derechos de autor la nota fundamentalidad? En primer lugar, encuentra una relación estrecha entre la libertad de expresión “entendida como libertad de creación cultural y el derecho de autor en su concepción humanista y personalista”.<sup>244</sup> Lo que remata con esta interesante aseveración: “Como la obra expresa la personalidad de su creador, el vínculo

liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, en De Carvalho, Patricia Luciane (coord.), *Propriedade intelectual. Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, Brasil, Juruá, 2005, vol. I, p. 427.

<sup>239</sup> Kéréver, André, *op. cit.*, nota 10, p. 18.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pp. 18 y 19.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>243</sup> *Idem*.

Conclusiones parecidas son expresadas por Antonio Delgado. *Cfr.* Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, nota 79, pp. 85-88.

<sup>244</sup> Kéréver, André, *op. cit.*, nota 10, p. 20.

entre el creador y la obra, al igual que los derechos que lo sancionan, es indisoluble y persiste después de la divulgación que consiste en poner la obra a disposición de la sociedad”.<sup>245</sup>

Inclusive, Kéréver invoca las ideas de Kant (particularmente su noción de derechos de autor como *ius personalissimum*),<sup>246</sup> para sustentar la vinculación de la obra con la personalidad del autor, en tanto que la obra es un discurso en nombre propio.<sup>247</sup> A lo que añade:

La huella de la personalidad del autor es independiente del mérito y se manifiesta con distinta intensidad según el tipo de obra. Aparece con bastante claridad en las obras de ficción o imaginación, ya que éstas dimanar de la persona de su creador. Resulta más difícil descubrirla en las obras utilitarias, en las que el elemento estético debe ser compatible con la funcionalidad que se desea alcanzar.<sup>248</sup>

De manera que —concluye Kéréver— hay que “ser consciente de lo que la humanidad dejaría de ser si se limitara a contemplar y explotar las obras del pasado sin cultivar la creación de obras nuevas”,<sup>249</sup> por lo que estima que hay que “preservar esta dimensión esencial de la *dignidad humana*”<sup>250</sup> (énfasis añadido).

Más circunscrita es la visión de Afori, quien se inclina a pensar que los derechos de autor tienen el estatus de derechos humanos únicamente en los casos en que se sirve a los intereses personales de los autores, de manera que, el centro de los derechos de autor como derechos humanos, lo es el aspecto de los derechos morales (los derechos económicos se usarían sólo mediatamente para proteger los intereses personales de los autores).<sup>251</sup>

Postura contraria adopta Ronald Cass, quien señala que los derechos de propiedad intelectual son derechos humanos por el simple y sencillo hecho de que son sólo un tipo de derechos de propiedad, y los derechos de propiedad (no importando su clase) son derechos humanos, como demuestran sus nociones históricas desde Aristóteles.<sup>252</sup>

<sup>245</sup> *Idem*.

<sup>246</sup> Para una breve glosa de las ideas de Kant sobre los derechos de autor, véase el subcapítulo I, número 3 del capítulo segundo de la presente obra.

<sup>247</sup> Kéréver, André, *op. cit.*, nota 10, p. 20.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>250</sup> *Idem*.

<sup>251</sup> Afori, Orit Fischman, *op. cit.*, nota 86, pp. 524 y 525.

<sup>252</sup> Case, Ronald A., “Intellectual property and human rights”, *Engage*, EUA, The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, vol. 7, núm. 1, marzo 2006, p. 91.

En términos un poco más ambiguos encontramos a Chapman, quien primero establece la importancia que, para la comunidad interesada en los derechos humanos, existe en afirmar que los derechos de autor son derechos humanos,<sup>253</sup> para luego indicar que los redactores de la DUDH y del PIDESC decidieron reconocer como derecho humano las reclamaciones de propiedad intelectual de los autores,<sup>254</sup> y que se ha prestado poca atención a la interpretación de la propiedad intelectual como un derecho humano,<sup>255</sup> lo que parece indicar que tal autora sí considera a los derechos de autor como derechos humanos. Empero, la citada pensadora a veces habla, de un *enfoque* o una orientación de derechos humanos hacia la propiedad intelectual,<sup>256</sup> más que afirmar que la propiedad intelectual es en sí misma un derecho humano. De cualquier forma, el argumento sustantivo de Chapman es el siguiente:

A human-rights orientation acknowledges that intellectual products have an intrinsic value as an expression of human dignity and creativity. Put another way, artistic and scientific works are not first and foremost economic commodities whose value is determined by their utility and economic price tag.<sup>257</sup>

Vemos que en el pensamiento de Chapman vuelve a aparecer la noción de dignidad del creador intelectual, y, además, nos recuerda algo en lo que la UNESCO ha insistido mucho: que los bienes culturales no deben ser tratados como cualquier otro bien, pues aunque pueden considerarse mercancías, son mercancías como ninguna otra.<sup>258</sup> De igual forma, el Comité DESC, en su observación general número 21 sobre el derecho de toda persona a tomar parte en la vida cultural,<sup>259</sup> reconoció que los bienes culturales tienen una dimensión económica, aunque no se reducen sólo a ella.<sup>260</sup>

Este segundo grupo de autores reseñados nos dan una serie de argumentos para concluir que los derechos de autor son derechos humanos, con muchas ideas sugerentes. La valoración de estos argumentos la hacemos en

<sup>253</sup> Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 6.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 13. Asimismo, establece como caso de excepción a los abogados de derechos indígenas.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>257</sup> *Idem*.

<sup>258</sup> *Meeting of experts on audiovisual services: improving the participation of developing countries*, Documento de trabajo preparado por la Secretaría de la UNESCO, París, octubre de 2002, p. 5.

<sup>259</sup> Documento E/C.12/GC/21.

<sup>260</sup> Párrafo 43.

el subcapítulo VI, del presente capítulo, al exponer nuestra opinión personal sobre el particular.

Una vez dicho lo anterior, veremos la opinión que se ha ido generando en los foros internacionales, la cual, como se constatará, no coincide con la doctrina citada en el presente apartado.

## V. LA POSTURA OFICIAL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES COMPETENTES

En tiempos recientes, diversos organismos internacionales han comenzado a analizar las relaciones entre derechos humanos y propiedad intelectual.<sup>261</sup> Algunos de esos análisis nos darán luz sobre la forma en que tales organismos han interpretado las normas iusfundamentales internacionales de protección a los autores, y esto nos ayudará para poder concluir si los derechos de autor son o no derechos humanos.

### 1. *La resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU*

El 17 de agosto de 2000, la Subcomisión de Derechos Humanos adoptó una resolución intitulada “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos”.<sup>262</sup> Si bien ya previamente se habían dado esfuerzos de organismos internacionales para abordar este tema,<sup>263</sup> la resolución 2000/7 constituye el punto de partida para una serie de trabajos en la materia.

Dicha resolución 2000/7 es un documento breve que puede dividirse en preámbulo y puntos resolutivos. Dentro de su preámbulo, destaca la afirmación de la Subcomisión de que existen conflictos (actuales o potenciales) entre la implementación del ADPIC y la realización de derechos económicos, sociales y culturales, en particular por lo que respecta a impedimentos para transferencia de tecnología a países en desarrollo, el disfrute del derecho a la alimentación, el aprovechamiento de los recursos de las comunidades indígenas, y las restricciones al acceso de fármacos patentados (y sus implicaciones en el derecho a la salud).

<sup>261</sup> Una referencia de los foros internacionales donde se inició la discusión del tema, puede encontrarse en Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 156, pp. 135 y 136.

<sup>262</sup> Documento E/CN.4/SUB.2/RES/2000/7.

<sup>263</sup> Por ejemplo, en noviembre de 1998 la OMPI realizó el panel de discusión “Propiedad intelectual y derechos humanos”.

Como se puede apreciar, los aspectos que mayormente llamaron la atención de la Subcomisión están enfocados, más bien, al tema de patentes y no tanto al de derechos de autor. Se destaca también que el punto de partida de dicho organismo es claramente conflictual, pues su supuesto inicial es la existencia de un conflicto entre los derechos humanos y la llamada propiedad intelectual, por lo que adopta el *modelo de conflicto*.<sup>264</sup>

Por lo que hace a los puntos resolutivos de la resolución 2000/7, destacamos los siguientes:

- Se reconoce que el derecho de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales sobre sus obras, es un derecho humano; sin embargo, se indica que tal derecho está sujeto a los límites que dicte el interés público;<sup>265</sup>
- Se declara que la implementación del ADPIC no refleja adecuadamente la naturaleza e indivisibilidad de todos los derechos humanos, por lo que existen contradicciones *aparentes* entre el régimen de la propiedad intelectual previsto en el ADPIC y el derecho internacional de los derechos humanos;<sup>266</sup>
- Se recuerda a los gobiernos la primacía de las obligaciones de derechos humanos por encima de los acuerdos y las políticas económicas;<sup>267</sup>
- Se solicita a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales que tomen medidas en sus leyes e implementen políticas que sean conformes con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, para proteger la *función social de la propiedad intelectual*.<sup>268</sup>

Tales resolutivos nos evidencian, en primer lugar, que se reconoce la existencia de un derecho humano a la protección de los autores, aunque no se explica el alcance de tal derecho, ni se dice si se identifica con los derechos de autor. En segundo lugar, la Subcomisión ve a la propiedad in-

<sup>264</sup> Comparten esta opinión Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 134; y Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 65.

Sobre el modelo de conflicto, véase la nota al pie 6 del presente capítulo.

<sup>265</sup> Resolutivo 1.

<sup>266</sup> Resolutivo 2.

Véase también Koopman, Jerzy, “Introduction: intellectual property rights as human rights”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 99.

<sup>267</sup> Resolutivo 3.

<sup>268</sup> Resolutivos 5 y 6.

lectual como una mera “política económica”, cuando en realidad es más que eso.<sup>269</sup> No obstante lo anterior, se le reconoce a la propiedad intelectual una “función social”,<sup>270</sup> lo cual creemos es un punto interesante, pues nos demuestra que el derecho intelectual no es una disciplina ociosa, sino que tiene una razón de ser, concretamente, tiene una función social.<sup>271</sup> En tercer lugar, las contradicciones entre derechos humanos y propiedad intelectual son calificadas de “aparentes”, lo que hace evidente que la Subcomisión no quiso hacer un dictamen definitivo, sino que dejó la puerta abierta a análisis posteriores para confirmar que tan cierta es esa aparente contradicción.

Empero, como afirma Okediji, la Subcomisión describe la incompatibilidad entre los derechos humanos y la implementación que se ha hecho del ADPIC, poniendo así un énfasis en el *efecto* de los derechos intelectuales, y no tanto en la *materia* misma de tales derechos.<sup>272</sup>

Con el fin de ahondar en las relaciones entre propiedad intelectual y derechos fundamentales, la Subcomisión pidió el apoyo de diversos organismos. En particular, destaca que solicitó un análisis a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el impacto del ADPIC en los derechos humanos,<sup>273</sup> alentó al Comité DESC a clarificar la relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos a través de una observación general,<sup>274</sup> así como solicitó al Secretario General de la ONU un reporte sobre el tema.<sup>275</sup>

Veamos a continuación los documentos oficiales que atendieron ese llamado de la Subcomisión.

## 2. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

Como consecuencia de la resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el 27 de junio de 2001 la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ela-

<sup>269</sup> De hecho, Derlaye destaca la poca profundidad de análisis que tiene este documento, considerando que está en un nivel meramente general y/o político e, incluso, demagógico. *Cfr.* Derlaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 134.

<sup>270</sup> *Cfr.* Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 179, p. 24.

<sup>271</sup> Sobre este tema, véase Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 47, pp. 133 y ss.

<sup>272</sup> Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 366.

<sup>273</sup> Resolutivo 10.

<sup>274</sup> Resolutivo 11. De aquí se derivará la observación general 17 del Comité DESC, la cual se analiza a profundidad en el subcapítulo VI, número 6, del presente capítulo.

<sup>275</sup> Resolutivo 15.

boró un informe denominado “Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio”.<sup>276</sup>

La Alta Comisionada reconoce que el ADPIC puede afectar diversos derechos humanos, pero decidió limitar su informe al derecho a la salud<sup>277</sup> (lo que nos lleva, otra vez, a temas de patentes y no de derechos de autor); lo cual no es obstáculo para que, antes de entrar a ese tema, la Alta Comisionada exponga algunas reflexiones generales sobre la propiedad intelectual y los derechos humanos, mismas que nos serán de utilidad.

Un primer aspecto que nos llama la atención, es que la Alta Comisionada advierte que el artículo 15 del PIDESC reconoce que es necesario encontrar un *equilibrio* al proteger intereses públicos y privados en el ámbito de la propiedad intelectual, agregando que

...se puede decir que el Pacto —se refiere al PIDESC— obliga a los Estados a concebir un sistema de propiedad intelectual que compagine la promoción de los intereses públicos generales para acceder de la manera más fácil posible a los nuevos conocimientos con la protección de los intereses de los autores e inventores de esos conocimientos.<sup>278</sup>

Esto nos evidencia que, a decir de la Alta Comisionada, hay un *vínculo directo* entre el artículo 15 del PIDESC y el derecho de la propiedad intelectual, al punto de afirmar que: “existe un cierto grado de compatibilidad entre el artículo 15 y los sistemas tradicionales de propiedad intelectual”.<sup>279</sup>

Lo anterior nos lleva a concluir que, a diferencia de Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Alta Comisionada no adopta el modelo de conflicto, sino el *modelo de compatibilidad*<sup>280</sup> entre los derechos humanos y la propiedad intelectual.

En tal tenor, la Alta Comisionada destaca que existen diferencias entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos (como los derechos culturales), principalmente en cuanto a que los derechos intelectuales son otorgados por los estados, mientras que los derechos humanos

<sup>276</sup> Documento E/CN.4/Sub.2/2001/13.

<sup>277</sup> Párrafo 2 del informe.

<sup>278</sup> Párrafo 10.

En igual sentido, Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 218.

<sup>279</sup> Párrafo 12. Inclusive, en la nota al pie número 4 del informe, se destaca que los trabajos preparatorios del PIDESC se centraron en la protección de los derechos de autor y, en menor medida, en las patentes.

<sup>280</sup> Coinciden en esta opinión, Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 73.

Sobre el modelo de compatibilidad, *cf.* la nota al pie número 6 del presente capítulo.

sólo son reconocidos por los estados; así como señala que los derechos humanos son inalienables, cuando los de propiedad intelectual pueden ser cedidos y tienen una duración limitada (aunque reconoce que no siempre es así, como en el caso de los derechos morales).<sup>281</sup>

No obstante esas diferencias, la Alta Comisionada reitera su visión del modelo de compatibilidad, al señalar: “Los derechos de propiedad intelectual como los enunciados en el Acuerdo sobre los ADPIC podrían ser no obstante un medio para hacer efectivo el artículo 15, siempre y cuando el otorgamiento y el ejercicio de esos derechos sirva para promover y proteger los derechos humanos”.<sup>282</sup>

Por tal motivo, con acierto, Ruth Okediji indica que la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos no se opone a los sistemas de propiedad intelectual en sí mismos, sino sólo a los sistemas que se encuentren desequilibrados.<sup>283</sup>

Una vez hechas esas afirmaciones sobre los derechos humanos y la propiedad intelectual en general, la Alta Comisionada procede a hacer el análisis en sede del ADPIC. Esto es muy correcto, pues la Alta Comisionada distingue así entre la propiedad intelectual en abstracto y la propiedad intelectual como está regulada en el ADPIC.<sup>284</sup> Con esto se evitan simplismos y condenas en general a disciplina del derecho intelectual.

Ya respecto del ADPIC, el documento en glosa nos dice que este tratado no ha adoptado un planteamiento de derechos humanos en relación con la propiedad intelectual,<sup>285</sup> ya que, en tal acuerdo internacional, los derechos humanos se expresan como excepciones a la norma, más que como principios rectores en sí mismos.<sup>286</sup> De cualquier forma, la Alta Comisionada no considera que “la protección de los objetivos comerciales sea necesariamente incompatible con la promoción de los derechos humanos”.<sup>287</sup>

Un punto de particular atención para la Alta Comisionada, es que aunque el ADPIC pregona un equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y otros bienes o derechos, no ofrece orientación en cuanto a la forma de lograr dicho equilibrio.<sup>288</sup>

<sup>281</sup> Párrafo 14.

<sup>282</sup> Párrafo 15.

<sup>283</sup> Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 368.

<sup>284</sup> Como bien indica Antequera, los derechos de autor tienen una “dimensión humana” que no aparece en el ADPIC. *Cfr.* Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 15.

<sup>285</sup> Párrafo 21.

<sup>286</sup> Párrafo 22.

<sup>287</sup> *Idem.*

<sup>288</sup> Párrafo 23.

Con esto terminamos con lo que ahora nos interesa puntualizar del informe elaborado por la Alta Comisionada. Avancemos a los otros documentos oficiales.

### 3. *El reporte del Secretario General de la ONU*

También como consecuencia de la resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Secretario General de la ONU envió, el 6 de marzo de 2001, a los gobiernos de los países miembros de Naciones Unidas, así como a organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, una petición de información para la realización de un reporte.

El día 14 de junio de 2001 el Secretario General emitió el informe intitolado “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos”,<sup>289</sup> el cual contiene una glosa de la postura de Brasil y Pakistán (que fueron los dos únicos estados que respondieron a la solicitud del Secretario General) y de diversas organizaciones (UNCTAD, OMC, Instituto Max Planck, Greenpeace, Asociación Internacional de Escritores y Directores de Obras, etcétera).

Toda vez que este informe no establece ninguna postura u opinión del Secretario General, sino sólo resúmenes de posturas ajenas, nos abstendremos de profundizar sobre este documento.

### 4. *La resolución 2001/21 Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU*

El 26 de agosto de 2001, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU volvió a pronunciarse sobre el tema de la propiedad intelectual y los derechos humanos, lo que hizo a través de su resolución 2001/21.<sup>290</sup>

Se trata de un breve documento donde la subcomisión reitera sus posicionamientos, en especial, con miras a la cumbre de Doha de la OMC.<sup>291</sup> Para el objeto de la presente investigación,<sup>292</sup> los puntos más destacados de la resolución en comento son:

<sup>289</sup> Documento E/CN.4/Sub.2/2001/12.

<sup>290</sup> Documento E/CN.4/Sub.2/Res/2001/21.

<sup>291</sup> Conferencia ministerial de la OMC, realizada del 9 al 13 de noviembre de 2001.

<sup>292</sup> La resolución aborda aspectos que ahora no nos interesan, como por ejemplo, el cuestionamiento de que si la figura jurídica de las patentes es, en sí misma, contraria a los derechos humanos.

- Reitera que “existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales”;<sup>293</sup>
- Acoge con satisfacción el informe de 27 de junio de 2001 elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;<sup>294</sup>
- Recuerda a los gobiernos la primacía de los derechos humanos sobre las políticas y acuerdos económicos;<sup>295</sup>
- Pide a los gobiernos que elaboren normas para proteger la función social de la propiedad intelectual;<sup>296</sup>
- Solicita a los gobiernos tener presente sus obligaciones en materia de derechos humanos durante la cumbre de Doha, en noviembre de 2001;<sup>297</sup>
- Exhorta al cumplimiento de las obligaciones derivadas del PIDESC “inclusive en el contexto de los regímenes internacionales de propiedad intelectual”.<sup>298</sup>

Como se observa, la subcomisión reiteró su adhesión al *modelo de conflicto*,<sup>299</sup> lo que es interesante, dado que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ya había abierto la brecha para transitar por el modelo de compatibilidad.

##### 5. *Declaración de 2001 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU*

Esta declaración, intitulada “Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual”,<sup>300</sup> fue un paso intermedio del Comité DESC hacia la preparación de una observación general sobre la materia.<sup>301</sup> Como reconoce ese comité, la rápida evolución del debate sobre la propiedad intelectual lo llevó a adoptar una declaración lo antes posible, para

<sup>293</sup> Párrafo 11 de su preámbulo.

<sup>294</sup> Resolutivo 2.

<sup>295</sup> Resolutivo 3.

<sup>296</sup> Resolutivo 4.

<sup>297</sup> Resolutivo 6.

<sup>298</sup> Resolutivo 7.

<sup>299</sup> Coinciden con esta opinión, Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 65.

<sup>300</sup> Documento E/C.12/ 2001/15.

<sup>301</sup> Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 420.

poder así identificar algunos de los puntos clave del tema con relación a los derechos humanos, sin perjuicio de refinarlos y ampliarlos al momento de emitir su observación general sobre la propiedad intelectual y el PIDESC.<sup>302</sup>

Dicha declaración inicia reconociendo la amplia importancia de la creación, titularidad y control de la propiedad intelectual, así como que esta puede ser un medio para promover o inhibir el disfrute de ciertos derechos humanos (en particular los del PIDESC).<sup>303</sup> De lo anterior se observa que el comité parte del *modelo de compatibilidad* entre los derechos fundamentales y la propiedad intelectual, pues reconoce que la propiedad intelectual puede servir para promover el disfrute de los derechos humanos.<sup>304</sup>

Esto se confirma cuando el comité promueve el desarrollo de sistemas de propiedad intelectual y el uso de los correspondientes derechos en forma *equilibrada*, de manera que se protejan los intereses de los autores pero, al mismo tiempo, se promueva el disfrute de los derechos humanos (incluso, también habla de la función social de la propiedad intelectual).<sup>305</sup> Señala el comité que los derechos humanos derivan de la dignidad inherente de todas las personas, por lo que los regímenes de propiedad intelectual deben promover y proteger todos los derechos humanos.<sup>306</sup>

Posteriormente, el comité hace una distinción entre los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual. Señala que los primeros son fundamentales porque derivan del ser humano como tal, mientras que los segundos sólo son instrumentales (pues son medios que utilizan los Estados para incentivar la inventiva y la creatividad en beneficio de la sociedad). Asimismo, determina que los derechos humanos son inalienables, mientras que los derechos de propiedad intelectual pueden revocarse, licenciarse o transmitirse a otras personas.<sup>307</sup>

Esta última afirmación es incorrecta, pues en el capítulo segundo del presente trabajo pudimos constatar la existencia de derechos intelectuales que son inalienables, como los derechos morales y los derechos de simple remuneración. Incluso, en países como México, Alemania o España, la titularidad de los derechos de explotación no puede transmitirse *inter vivos*.

<sup>302</sup> Párrafo 2 de esa declaración.

<sup>303</sup> Párrafo 1.

<sup>304</sup> Conuerdan con esta observación, Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 73.

En contra, y sin dar mayor explicación, Derclaye considera que este documento adopta el modelo de conflicto. *Cf.* Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 134.

<sup>305</sup> Párrafo 4.

<sup>306</sup> Párrafo 5.

<sup>307</sup> Párrafo 6.

De igual forma, el comité indica que aunque la propiedad intelectual tradicionalmente ha protegido a autores y creadores individuales, cada vez se está enfocando más a proteger intereses económicos y corporativos; lo que lo lleva a este organismo a concluir que la protección a los autores, bajo el artículo 15 del PIDESC, no necesariamente coincide con los derechos de propiedad intelectual que establecen las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales.<sup>308</sup> Sobre esto último profundizará el comité en su observación general 17, de 2005, como se puede apreciar en el siguiente apartado del presente capítulo.

Otro punto destacado de la declaración en glosa, es que el Comité DESC establece que, al adoptar regímenes de propiedad intelectual, los estados y otros actores deben tomar en cuenta la protección de los derechos humanos de las personas que sufren de desventajas y marginación.<sup>309</sup>

En cuanto a la formación de políticas y normas de propiedad intelectual, el comité reconoce el derecho de todos los posibles afectados de participar en los procesos de toma de decisiones, apuntando que dicha participación debe ser activa e informada.<sup>310</sup>

Un aspecto muy importante para la presente investigación, es la afirmación del comité de que el artículo 15 del PIDESC establece la *necesidad de equilibrar* la protección de los intereses públicos y privados en el conocimiento. De manera que cuando los estados adopten o revisen sus sistemas de propiedad intelectual deben tener en mente la necesidad de ese equilibrio.<sup>311</sup>

Concluye el comité que es de fundamental importancia que las normas internacionales sobre derechos humanos se integren en los procesos de expedición y de *interpretación* de los derechos de propiedad intelectual. Para lograr ese fin, el comité señala que es importante establecer un *mecanismo de derechos humanos para la revisión de la propiedad intelectual*.<sup>312</sup> Coincidimos plenamente con dicha apreciación, a tal grado que el presente trabajo tiene como propósito indagar cuál es el mecanismo más viable para ese fin y cómo podría utilizarse.

<sup>308</sup> Párrafo 6.

<sup>309</sup> Párrafo 8.

<sup>310</sup> Párrafo 9.

<sup>311</sup> Párrafo 17.

Sobre este equilibrio consideramos acertadas las palabras de Cornides (*op. cit.*, nota 156, p. 150), quien afirma que la protección de la propiedad intelectual no debe de ser ni muy modesta, ni excesiva, pues cualquier desvío del equilibrio frustraría su propósito, además de que acarrearía una injusticia.

*Cfr.* también Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 77, p. 135.

<sup>312</sup> Párrafo 18.

Se puede observar que, en este documento, no se está negando la importancia de la propiedad intelectual, ni se le está satanizando; antes al contrario, reconoce su valor. Sin embargo, se han advertido algunas desviaciones, de manera que lo que se sugiere es, más bien, un enfoque de derechos humanos para la propiedad intelectual.<sup>313</sup> Asimismo, y contrario a lo que dijo la Subcomisión de Derechos Humanos, el Comité DESC no está subordinando los intereses protegidos por la propiedad intelectual a los intereses colectivos, sino que se pronuncia a favor de un equilibrio.

Desde luego, el documento más importante que ha emitido el Comité DESC sobre el tema, es la observación general 17, misma que estudiamos a continuación.

6. *La observación general número 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 2005.*

El 21 de noviembre de 2005, el Comité DESC de la ONU adoptó su observación general número 17, relativa al artículo 15.1.c del PIDESC (mismo que contiene lo que ese documento llama “derecho de toda persona a 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”).<sup>314</sup> Como se verá a continuación, esta observación general adopta el *modelo de compatibilidad*.

Dicho documento evidencia un enfoque humanista de la propiedad intelectual, pues, alejándose de una visión meramente utilitarista (aunque no la abandona del todo), y como se ha apuntado,<sup>315</sup> desarrolla una línea de pensamiento kantiana y hegeliana, en donde se pone especial acento en la dignidad del creador y en los vínculos entre el autor y su obra.

La observación general 17 nos será de suma utilidad para responder a la pregunta materia de este capítulo: ¿los derechos de autor son derechos humanos? Además, se trata de una fuente de la mayor autoridad (quizá la más importante hasta el momento)<sup>316</sup> sobre la interpretación del artículo

<sup>313</sup> Sobre este enfoque, véase Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 92, p. 264.

<sup>314</sup> Esta observación general fue publicada como documento oficial de la ONU como E/C.12/GC/17, el 12 de enero de 2006.

Con posterioridad, el documento fue modificado para llegar a una “versión editada definitiva”, que sólo pule algunos puntos, pero no cambia su sentido general.

La versión original del documento puede consultarse en el *Boletín de derecho de autor*, París, UNESCO, enero-marzo 2006, pp. 3 y ss.

<sup>315</sup> Seuba, Xavier, “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes”, <http://www.descweb.org/files/cap12.pdf>, mayo de 2010, p. 11.

<sup>316</sup> Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 188.

15.1.c del PIDESC.<sup>317</sup> Para un fácil análisis y exposición de los aspectos más destacables de la observación general 17, dividiremos el tema en los siguientes apartados.

### A. *Distinción entre derechos humanos y propiedad intelectual*

El primer punto que trata este documento, consiste en dejar en claro que los derechos intelectuales no son derechos humanos.<sup>318</sup> Esta distinción es de gran trascendencia para el Comité DESC, lo que se evidencia al ser el primer tópico que aborda en la observación.

Inicia el documento afirmando que el derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de sus producciones, es un derecho humano “que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona”, lo que lo distingue de *la mayoría* de los derechos reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual.<sup>319</sup>

<sup>317</sup> Sobre la significación, en general, de estos instrumentos, nos explica Carbonell: “Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, precisando las obligaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales”, agregando que: “Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia”. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2005, p. 62.

De hecho, como bien dice Hernández Cruz, estas observaciones generales *constituyen interpretación auténtica* del PIDESC. *Cfr* Hernández Cruz, Armando, *op. cit.*, nota 89, p. 101.

Véase también Meza Flores, Jorge Humberto, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre 2011, pp. 1145 y 1146.

<sup>318</sup> Párrafos 1 a 3 de la observación general.

Véase Fernandini, Claudia, Torsen, Molly, y Wong, Tzen, “Cultural diversity and the arts: contemporary challenges to copyright law”, en Dutfield, Graham, y Wong, Tzen (coords.), *Intellectual property and human development. Current trends and future scenarios*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 284.

Tal postura del comité, en opinión de Dutfield y Suthersanen, implica un giro drástico a la tendencia que venía dándose de considerar a los derechos de propiedad intelectual como derechos humanos. Véase Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 218.

En la misma tónica, *cf.* Wong, Mary W.S., nota 105, p. 812.

<sup>319</sup> Es posible que la expresión “la mayoría”, haya sido utilizada con el fin de que tal afirmación no fuera categórica, dejando abierta la posibilidad al reconocimiento de que existen derechos en los sistemas de propiedad intelectual cuyo fundamento inmediato es la dignidad humana, como es el caso de los derechos morales.

Acto seguido, el comité establece que los derechos humanos son fundamentales, inalienables y universales, mientras que los derechos de propiedad intelectual son, generalmente, de índole temporal y que “a menudo con excepción de los derechos morales” son susceptibles de transacción, enmienda y hasta renuncia.<sup>320</sup> De tal forma que los derechos humanos (incluido el del artículo 15.1.c del PIDESC) son inherentes a la persona humana como tal; en cambio, el comité indica que los derechos intelectuales son, principalmente, medios de los que se valen los estados para estimular a creatividad y la inventiva, alentar la difusión de producciones y el desarrollo de las identidades culturales, así como preservar la integridad de tales producciones.<sup>321</sup>

El punto de distinción que, en nuestra opinión, es el más debatible de los que expresa el Comité DESC, es aquel que indica que, mientras el derecho humano previsto en el artículo 15.1.c del PIDESC protege la vinculación entre los autores y sus creaciones, así como los intereses materiales básicos para su nivel de vida adecuado, “los regímenes de propiedad in-

<sup>320</sup> En la redacción original del documento se hablaba de que la mayoría de derechos de propiedad intelectual son susceptibles de revocación, autorización de su ejercicio o de cesión a terceros.

Se observa que, desde su texto original, los redactores estaban pensando, más bien, en los derechos de explotación, pues tales observaciones no son aplicables a los derechos morales. Aunque también es importante puntualizar que, en buena medida, esas observaciones tampoco son aplicables a los derechos de remuneración. Desde luego, el Comité DESC pasó por alto que hay países (como México) en el que la titularidad de los derechos de explotación no puede cederse.

La nueva redacción parece ya reconocer que hay casos en donde los derechos de explotación no se pueden ceder, por lo que habla, más bien de transacciones (como los contratos que se celebran en países como Alemania o España). Esta nueva redacción, con el uso de la palabra “a menudo”, deja abierta la puerta a casos en que existan derechos no transmisibles, pero que sean diferentes a los derechos morales.

<sup>321</sup> En el mismo sentido, *cf.* Olmos Pérez, Alexandra, “Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección de la salud”, *Amicus curiae*, UNAM, Facultad de Derecho, México, año I, núm. 10, p. 10.

Sin embargo, esa aseveración del Comité, si bien es cierta, es también incompleta, en tanto no todos los derechos de la llamada propiedad intelectual cumplen con esas funciones, como es el caso de los signos distintivos, tales como las marcas o las denominaciones de origen (en los que no se protege la creatividad sino la distintividad).

Además, como vimos en el capítulo segundo de la presente investigación, la justificación *utilitarista* de la llamada propiedad intelectual no es la única que está presente en las leyes de derechos de autor vigentes en el mundo, pues dicha justificación suele aparecer mezclada con la de carácter *humanista* de protección a los autores. Resulta criticable que el Comité DESC de a entender que los derechos de autor tienen una justificación principalmente utilitarista, cuando en realidad la concepción humanista es la que prevalece en el mayor número de legislaciones del mundo, y cuando en el resto de la observación general se da un importante apoyo a la visión humanista de los derechos de autor.

lectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales”.<sup>322</sup>

Consideramos desafortunada tal apreciación, pues en materia de derecho autoral —al menos en la tradición neorromanista—,<sup>323</sup> si bien están presentes los intereses económicos de terceros, estos pasan a un segun-

<sup>322</sup> Aquí el comité hace una generalización desafortunada, pues está hablando en términos amplios de “propiedad intelectual”, pero no está diferenciando entre los regímenes de la llamada propiedad industrial y el de los derechos de autor (que si bien tienen semejanzas, son más sus diferencias); y tal aseveración del comité es, en buena medida, predicable en materia de derecho industrial, pero mucho más cuestionable en materia de derechos de autor, al menos en los sistemas del *droit d’auteur*.

El comité está incurriendo, así, en la falacia del accidente, la cual consiste “en afirmar algo que es verdadero en ciertos aspectos o para ciertos casos, pero se atribuye al conjunto. De un hecho particular se pasa a una generalización”. Cisneros Farías, Germán, *Lógica jurídica*, México, 2a. ed., Porrúa, 2004, p. 105.

Por consiguiente, estimamos totalmente acertadas las palabras de Afori cuando señala que “one should not refer to intellectual property rights as a whole, but inspect the underpinnings of each separately”. Cfr. Afori, Orit Fischman, *op. cit.*, nota 86, p. 522. De hecho, esta jurista considera que, dadas sus características propias, los derechos de autor son mejores candidatos que las patentes para ser considerados derechos humanos. *Ibidem*, p. 523.

Generalizaciones como la que se critica, también dejan de advertir un aspecto trascendental que separa a la llamada propiedad industrial de los derechos de autor: mientras que las relaciones en la primera son simplemente bipolares (entre titular del derecho y usuario), las relaciones en los segundos son triangulares (pues además de los usuarios finales, están los autores y los empresarios —existiendo frecuentemente tensiones entre estos dos últimos—). Cfr. Cornish, William R., y Llewelyn, David, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, Londres, 6a. ed., Thomson, Sweet & Maxwell, 2007, p. 402.

De igual forma, Geiger nos recuerda que, en materia autoral, siempre están involucrados los intereses de tres actores: el autor, el público y los explotadores. Cfr. Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 149, p. 25.

En el mismo sentido encontramos las palabras de Ortland y Schmücker: “conflicts about copyright arise from antagonistic interests of authors, publishers (or distributors) and users”. Ortland, Eberhard, y Schmücker, Reinold, “Copyright & art”, *German law journal*, vol. 6, núm. 12, 2005, p. 1771.

En la misma tónica, cfr. Porsdam, Helle, *From civil rights to human rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 148.

Coincidimos con Drexel cuando afirma que es una falacia pensar que los intereses del autor y del explotador de la obra son los mismos. Cfr. Drexel, Josef, “Constitutional protection of authors’ moral rights in the European Union – Between privacy, property and the regulation of the economy”, en Ziegler, Katia S. (coord.), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, EUA, Hart Publishing, 2007, p. 175.

Desafortunadamente, el debate actual sobre los derechos de autor está tendiendo a pasar por alto el carácter triangular de las relaciones en la materia (lo que se traduce en un relegamiento de la figura del autor), lo cual consideramos una inadecuada simplificación.

<sup>323</sup> Drassinower claramente explica que las posturas utilitaristas o instrumentalistas en la materia (como la dominante en los países de *copyright*) son indiferentes a la dignidad de los autores y los derechos que derivan de ella. Cfr. Drassinower, Abraham, “A rights-based view

do término frente a los intereses de los propios autores y la tutela de su dignidad,<sup>324</sup> como se puede constatar en instituciones jurídicas tales como la facultad moral del autor de retirar la obra del comercio, el tuitivo régimen contractual en materia de derechos de explotación, la facultad moral para impedir que se modifique la obra, los diversos derechos de remuneración que se confieren con carácter cuasi-personalísimo a los autores (como el *droit de suite*, el derecho de regalías por comunicación pública o el derecho de remuneración por copia privada, todos ellos normalmente incómodos a los intereses empresariales), la regla de titularidad originaria de todos los derechos a favor del autor, etcétera; figuras que ya se explicaron en el capítulo segundo del presente trabajo y que usualmente chocan con los intereses económicos y empresariales<sup>325</sup> que, a decir del comité, son los protegidos principalmente.

De ahí que coincidamos con la crítica que Dutfield y Suthersanen hacen de dicha afirmación del Comité DESC, pues la misma enfatiza la titularidad empresarial de los derechos intelectuales, soslayando la necesidad de

of the idea/expression dichotomy in copyright law”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, Canadá, vol. XVI, núm. 1, 2003, p. 5.

<sup>324</sup> Como bien afirman Cornish y Llewelyn, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del *copyright*, los sistemas de derechos de autor simbolizan una preferencia por los creadores sobre los empresarios. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 322, p. 379.

En la doctrina mexicana, Jalife explica esta situación de la siguiente forma: “Por sí mismos, los derechos de autor no reciben protección de cara a su vocación comercial, sino como un medio de defensa básico de la creatividad”. Jalife Daher, Mauricio, *Competencia desleal. Régimen jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2008, p. 114.

De igual forma, Pierre Sirinelli explica que en la mayoría de los regímenes actuales de derechos de autor, la protección de las inversiones de los empresarios no es una preocupación tan fuerte como la de proteger a los autores. *Cfr.* Sirinelli, Pierre, “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, estudio presentado en el taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 10.

<sup>325</sup> Por ejemplo, se ha destacado que los derechos morales suelen atacarse por los cabildeiros (*lobbyists*) de los empresarios, por considerar que llevan a interminables complicaciones y fortalecen indebidamente la posición de los autores. *Cfr.* Cornish, William R., y Llewelyn, David, *op. cit.*, nota 322, p. 487.

Asimismo, respecto de los derechos de simple remuneración, se ha puesto de manifiesto que estos benefician primordialmente a los autores, y no tanto a editores u otros empresarios. Véase Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 225, p. 55.

De hecho, como bien indica Sundara, en materia de derechos de autor existen muchas normas destinadas a resolver las tensiones entre autores y editores. *Cfr.* Sundara Rajan, Mira T., *Copyright and creative freedom. A study of post-socialist law reform*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 211.

protección de los derechos de los creadores y no sólo la tuela a los empresarios.<sup>326</sup> Por lo que no resulta aceptable la afirmación de que los derechos de autor tengan como vocación principal la protección de las inversiones comerciales.

En este sentido, son de particular importancia las siguientes palabras de Adolf Dietz, uno de los principales expertos en derecho autoral:

El peligro es que si nos olvidamos de los autores e intérpretes, toda la construcción de la protección de los derechos de los autores y sus obras, con... sus fuertes características de derechos morales y su altamente sofisticado paquete de derechos exclusivos y remuneración, sucumbiría y ya no sería políticamente aceptable.<sup>327</sup>

Creemos que es más preciso hablar, como lo hace Rosén, de una *tendencia* reciente a enfatizar los aspectos más mercantiles de la propiedad intelectual en la arena internacional.<sup>328</sup> Esto se debe a que el GATT (luego OMC) comenzó a prestar atención a la propiedad intelectual en las rondas de Tokyo y Uruguay, lo que derivó en el ADPIC, como se indicó en el capítulo segundo del presente trabajo; sin embargo, eso no se traduce en que los derechos de autor sean una cuestión estrictamente comercial y que no tengan fundamentos y fines humanistas.<sup>329</sup>

Además, el alcance que el comité le atribuye al derecho humano de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales

<sup>326</sup> Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 219.

En este sentido, Seuba indica: “el Comité olvida que los derechos de propiedad intelectual también pueden otorgarse a particulares, y que de hecho ello es frecuente especialmente en el campo artístico”. *Cfr.* Seuba, Xavier, *op. cit.*, nota 315, p. 14.

<sup>327</sup> Dietz, Adolf, “Cinco pilares de la protección moderna europea de derechos de autor” en VV.AA., *Derecho de autor: un desafío para la creación y el desarrollo*, Chile, LOM Ediciones, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2004, p. 163.

<sup>328</sup> Rosén, Jan, *op. cit.*, nota 203, p. 4.

Sobre esta tendencia, véase, Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 40; y Jalife Daher, Mauricio, *op. cit.*, nota 324, p. 114.

<sup>329</sup> Como bien dice Hugenholtz, el *droit d'auteur* de matiz europeo tradicionalmente ha estado rodeado de una “mística de derecho natural”, basado principalmente en nociones de justicia. *Cfr.* Hugenholtz, Bernt, *op. cit.*, nota 145, p. 2.

De igual forma, Silke Von Lewinski indica que: “the natural law quality is argued to be one of the distinctive features of the continental author’s rights system”. Von Lewinski, Silke, *op. cit.*, nota 225, p. 3.

Mientras que Dutfield y Suthersanen afirman: “Indeed, the more conventional civil law perspective has always been that the protection of authors and inventors are both economic and cultural issues, with pecuniary and humanistic elements imbibed in both sets of laws”. Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 220.

que le correspondan por razón de sus producciones (vinculación entre los autores y sus creaciones, y protección a los intereses materiales mínimos para un nivel de vida adecuado), está presente en el actual régimen mexicano de derechos de autor.

En efecto, la “vinculación entre los autores y sus creaciones” está expresamente tutelada por los derechos *morales*, tanto a nivel nacional (artículo 21 de la LFDA) como internacional (artículo 6o. bis del Convenio de Berna), por lo que tal punto no es válido para hacer una distinción y para decir que “los regímenes de propiedad intelectual” protegen principalmente intereses empresariales y comerciales.

Por lo que hace al alcance del derecho del artículo 15.1.c del PIDESC, respecto a la protección a los intereses *materiales* mínimos para un nivel de vida adecuado de los creadores, esto también está muy presente en las legislaciones autorales. Por ejemplo, en México tal propósito se pretende lograr mediante el otorgamiento de derechos de explotación al autor a título originario (artículo 26 de la LFDA), la limitación temporal de 15 años a los contratos sobre esos derechos y la presunción de un plazo de duración de 5 años a falta de pacto expreso en el contrato (artículos 30 y 33 de la LFDA), la onerosidad forzosa en los contratos sobre el derecho de explotación (artículos 30 y 31), los formalismos en los contratos cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de pleno derecho (artículo 30 *in fine*), la presunción de que a falta de pacto el contrato es no exclusivo (artículo 35), la imposición al cesionario en exclusiva de la obligación de una efectiva explotación de la obra so pena de rescisión del contrato (artículos 36, 55, 59 y 63), la inembargabilidad e impignorabilidad de los derechos de explotación (artículo 41), la división de las facultades y modalidades del derecho de explotación y la interpretación restrictiva de los contratos (artículo 28), la concesión al autor de derechos de remuneración con carácter irrenunciable (artículos 26 bis y 92 bis), etcétera.

Mientras que en la legislación comparada, podemos encontrar otros ejemplos de normas protectoras de los intereses materiales del autor, por ejemplo, las leyes autorales de Alemania (artículos 26, 27, 28, 31, 32, 36, 37, 41, 54 y 54a), Argentina (artículos 40 y 47), Austria (artículos 23, 24, 29 y 33), Brasil (artículos 4o., 31, 38, 49, 50 y 51), Colombia (artículos 73, 77, 78, 106, 108, 131, 139, 143, 145, 151 y 152), Dinamarca (artículos 38, 39, 52, 54, 55, 57, 58a y 62), Ecuador (artículos 44, 45, 66, 70 y 76), España (artículos 23, 24, 25, 43, 46, 47, 48, 50, 55 y 90), Francia (artículos L 122-7, L 122-8, L 122-9, L 131-3, L 131-4, L 131-5, L 133-1 y L 311-1), Grecia (artículos 5o., 13.4, 15.2 y 18.3), Guatemala (artículos 22, 23, 72, 73 y 82), Hungría (artículos 9.2, 20, 42.3 y 51), Nicaragua (artículos 26, 46, 47, 50, 51, 54, 57.5 y 58), Países Bajos (artículos 12a, 15c, 16c y 16h), Panamá

(artículos 36, 55, 57 y 65), Paraguay (artículos 24, 34, 86, 87, 89, 90 y 91), Portugal (artículos 41, 43, 49, 54, 82 y 91), Rusia (artículos 17, 16, 30.4 y 31), Suecia (artículos 26j, 26k, 28 y 29) y Venezuela (artículos 23, 50, 51, 55 y 58), por sólo mencionar algunas disposiciones —sin ánimo exhaustivo— de ciertos países.

A la luz de todas esas normas protectoras de los intereses pecuniarios de los seres humanos identificados como “autores”, creemos que no se sostiene la conclusión de que las leyes de derechos de autor “protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales”.

No queremos aquí que se nos malinterprete, pues como se verá a continuación, coincidimos con el Comité DESC en que los derechos de autor no son derechos humanos<sup>330</sup> (así como también coincidimos con la práctica totalidad de su observación general 17); sin embargo, creemos que el criticado argumento del comité es un tanto forzado para tratar de desmarcar a los derechos humanos de la propiedad intelectual, cayendo en lugares comunes que no se justifican normativamente (al menos en los sistemas del *droit d’auteur*), y que no toman en cuenta la tradición humanista de las legislaciones de derechos de autor. Nos da la impresión de que, al inicio del documento, el comité quiso deslindar a los derechos humanos de la “contaminación” que le pudiera acarrear la llamada propiedad intelectual, sobre todo por la impopularidad que esta última ha tenido recientemente en algunos sectores.<sup>331</sup> Empero, esa desvinculación inicial es más bien aparente, pues del resto del documento se desprende una interesante interrelación entre los derechos humanos y los derechos de autor.<sup>332</sup>

<sup>330</sup> Cfr. *infra* las conclusiones a las que llegamos en el número 2 del presente subcapítulo, en donde exponemos la diferencia entre el *derecho humano a la protección jurídico-autoral* (que es el previsto en el artículo 15.1.c del PIDESC y disposiciones semejantes) y los *derechos de autor* como tales (que son los que prevén las leyes autorales). Empero, la distinción entre dichos derechos no significa que no tengan relación alguna; antes al contrario, los segundos dependen y encuentran fundamento en el primero.

<sup>331</sup> Impopularidad justificada en algunos aspectos, pero no en otros.

<sup>332</sup> Sobre esto, afirma Cullet que la posición del comité sobre la separación entre derechos humanos y derechos de propiedad intelectual es menos clara de lo que aparece en el párrafo inicial de la observación general 17. Cfr. Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 421.

Véase también, Morten Haugen, Hans, “General comment no. 17 on ‘authors rights’”, *The journal of world intellectual property*, Ottawa, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 60 y 61.

De hecho, en el resto de la observación general 17, el comité reitera lo afirmado previamente por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el sentido de que hay un vínculo directo entre el artículo 15 del PIDESC y la propiedad intelectual.

Sin embargo, únicamente tomando como base esa afirmación del comité (en el sentido de que la propiedad intelectual no es un derecho humano), Wong llega a la errónea conclusión de que tal organismo está adoptando el modelo de conflicto. Cfr. Wong, Mary W.S., nota 105, p. 812.

Una vez asentadas esas premisas básicas, el Comité DESC llega a la conclusión (y aquí empiezan los matices) de que el alcance a la protección de los intereses morales y materiales del autor, prevista en el artículo 15.1.c del PIDESC, no coincide *necesariamente* con los derechos de propiedad intelectual. Por lo que finalmente advierte el comité: “Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15”.

Así las cosas, el PIDESC contempla un derecho humano a la protección de los intereses de los autores sobre sus creaciones.<sup>333</sup> Mismo que es diferente a los derechos de autor.<sup>334</sup>

### B. Finalidad y relación con otros derechos humanos

Una vez deslindado este derecho humano respecto de los derechos de autor, el comité procede a hacer algunas manifestaciones sobre el propósito del primero y su interacción con otros derechos humanos.<sup>335</sup>

En primer lugar, el comité señala que el derecho del artículo 15.1.c del PIDESC “tiene por finalidad fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y a las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto”.<sup>336</sup> De donde se deriva que tal derecho está intrínsecamente relacionado con los demás derechos previstos en el artículo 15 del PIDESC: los derechos a participar en la vida cultural, a gozar del beneficio del progreso científico y sus aplicaciones, y la libertad para la investigación científica y la actividad creadora.<sup>337</sup>

<sup>333</sup> Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 139.

<sup>334</sup> En este tenor, Nwauche distingue el derecho fundamental previsto en el PIDESC (al que llama “derecho a la propiedad intelectual”) de los derechos de propiedad intelectual. *Cfr.* Nwauche, Enyinna S., *op. cit.*, nota 151, pp. 6 y 7.

En los mismos términos, véase Nilsson, Stina, *Copyright exceptions and limitations for the benefit of persons with disabilities – Access to cultural life and information*, tesis para obtener la maestría en derechos humanos y propiedad intelectual, Suecia, Universidad de Lund, 2007, p. 19.

<sup>335</sup> Párrafo 4 de la observación general.

<sup>336</sup> Finalidad que, curiosamente, es una de las que tradicionalmente se le reconoce a los derechos de autor (principalmente desde la postura utilitarista). Sobre éste particular, nos indica Chapman: “The very existence of intellectual property rights was originally justified on the grounds that incentives and rewards to artists and inventors results in benefits to society”. Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 22.

Por tal razón, Morten concluye que el Comité DESC no está atacando ni rechazando la llamada propiedad intelectual. *Cfr.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 332, p. 65.

<sup>337</sup> En relación a estos derechos, el propio Comité DESC emitió, en el año 2009, su observación general 21, identificada como E/C.12/GC/21.

La relación entre esos derechos y el derecho humano en estudio es, según el Comité DESC, que “los refuerza y los limita recíprocamente”.<sup>338</sup> A reserva de que el propio comité profundiza más adelante sobre esa observación, es importante destacar desde ahora estos dos puntos: *el reforzamiento y la limitación recíproca entre esos derechos*.

Así, el derecho humano de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, no es contrario al derecho a la cultura o a las libertades de creación e investigación, antes al contrario, los *refuerza*; como a su vez, el derecho en estudio es reforzado y fortalecido por estos últimos. De ahí que, *prima facie*, no se puede hacer una argumentación iusfundamental correcta en el sentido de que proteger los intereses económicos y morales de los autores sea algo contrario al derecho a la cultura o a otros derechos.<sup>339</sup> De igual forma, ninguno de esos derechos es absoluto, por lo que se *restringirán* los unos a los otros, sin que sea uno de ellos el que siempre deba predominar.

De hecho, el comité llega al punto de afirmar que el derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, es una salvaguarda de la libertad para la investigación científica y la actividad creadora.<sup>340</sup> En dicha tónica encontramos las palabras de Kartashkin, quien afirma: “A meaningful participation in cultural life and use of the benefits of scientific progress is possible only if there is effective protection of copyright”.<sup>341</sup>

En cuanto a la “dimensión económica” (para utilizar las palabras del comité) del derecho humano en análisis, esta lo hace vincularse con otros derechos del PIDESC, como el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido (artículo 6.1), el derecho a percibir una remuneración adecuada (artículo 7.a), y el derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11.1).<sup>342</sup> Asimismo, el comité vincula el derecho humano de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras, a los siguientes derechos humanos extraídos de los tratados regionales y universales: el derecho a la propiedad, la libertad de

<sup>338</sup> Como bien afirma Yu, los diversos párrafos del artículo 15 del PIDESC sirven a metas comunes y están estrechamente vinculados, por lo que si se malinterpreta un párrafo se puede afectar el objetivo del otro párrafo. *Cfr.* Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, pp. 1071 y 1072.

<sup>339</sup> Lo que nos demuestra, como detallaremos más adelante, que el *modelo de conflicto* entre la propiedad intelectual y los derechos humanos es erróneo.

<sup>340</sup> Párrafo 4 de la observación general.

<sup>341</sup> Kartashkin, Vladimir, “Economic, social and cultural rights”, en Vasak, Karel (coord.), *The international dimensions of human rights*, París, Greenwood Press, UNESCO, 1982, vol. 1, p. 128.

<sup>342</sup> Párrafo 4 de la observación general.

expresión (incluida la libertad de investigar y recibir información e ideas de toda clase y difundirlas), el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana, y el derecho a participar en las actividades culturales.<sup>343</sup>

Como bien indican Austin y Zavidow, es fácilmente apreciable que el Comité DESC vincula este derecho humano de los autores a la *dignidad* inherente de toda persona,<sup>344</sup> lo que, a decir de estos comentaristas, es correcto, pues las amenazas (pasadas y presentes) a la libertad autoral ponen de manifiesto la necesidad de ver la autoría y la creatividad como temas de derechos humanos, dado que muchos autores no tienen garantizada la posibilidad de crear, ni la de ganarse la vida con sus obras.<sup>345</sup>

### C. Contenido del derecho en estudio

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más importantes de la observación general 17 es aquel relativo al contenido del derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre las obras.

Indica el comité que ese derecho está previsto en términos genéricos en el PIDESC, “sin especificar las modalidades de dicha protección”, la cual debe ser *efectiva*, agregando:

Sin embargo, la protección prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe reflejar necesariamente el nivel y los medios de protección que se encuentran en los actuales regímenes de derechos de autor, patentes u otros regímenes de propiedad intelectual, siempre que la protección disponible sea adecuada para garantizar a los creadores los intereses morales y materiales que les correspondan por sus obras, como se establece en los párrafos 12 a 16 *infra*.<sup>346</sup>

Aquí hay algunos puntos a destacar. El primero, aunque parezca obvio, es que *debe protegerse a los autores* (tanto en sus intereses morales como en los económicos), y que esa protección ha de ser efectiva. Por lo tanto, desde un punto de vista iusfundamental, debe desecharse toda propuesta que tenga como propósito privar de protección a los autores, ya que existe una obligación internacional de los estados para proteger a los creadores.

El segundo punto, es que el régimen de protección a los autores que brinde un determinado Estado, *no necesariamente* debe reflejar los contenidos de las actuales leyes sobre derechos de autor, lo que significa que es optativo

<sup>343</sup> *Idem*.

<sup>344</sup> Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 102, pp. 11 y 12.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>346</sup> Párrafo 10 de la observación general.

adoptar una legislación de este tipo.<sup>347</sup> Los estados pueden elegir entre cumplir su obligación internacional adoptando alguno de los regímenes (hablar en singular de “un régimen” se nos hace simplista e impreciso) de derechos de autor que conocemos hoy en día, pero pueden también implementar otro régimen diferente (siempre y cuando queden *efectivamente* protegidos los intereses morales y materiales de los autores). Esto nos pone en evidencia que los regímenes actuales de derechos de autor (como el vigente en México) son una forma en que los estados pueden implementar su obligación de proteger los intereses económicos y morales de los autores, lo cual *no contraviene el PIDESC*, en principio.<sup>348</sup> De hecho, el propio comité señala que tal pacto

...no impide en modo alguno a los Estados Partes adoptar unas normas más elevadas de protección en los tratados internacionales sobre la protección de los intereses morales y materiales de los autores o en la legislación nacional, siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto.<sup>349</sup>

Esto es plenamente coincidente con la consideración de los derechos humanos como mandatos de optimización,<sup>350</sup> en tanto los intereses morales y económicos de los autores deben protegerse *en la mayor medida de lo posible*, y su único freno serán otros mandatos de optimización que en algunos casos lleguen a contraponerse (como la educación o el acceso a la cultura). Además, el Comité DESC reconoce que los tratados y leyes nacionales sobre derechos de autor son las normas en las que, precisamente, se prevé la protección de los intereses morales y económicos de los autores.

Aquí encontramos un *vínculo directo* entre el artículo 15.1.c del PIDESC y la normatividad en materia de derechos de autor: la segunda es una de las maneras en que los estados han implementado su obligación internacional de carácter iusfundamental de proteger los intereses de los autores sobre sus obras.

Inclusive, cuando en el 2009 el comité emitió su observación general número 20 (relativa a la no discriminación en materia de derechos económi-

<sup>347</sup> En este sentido, *cf.* Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 369.

De igual forma, Dutfield y Suthersanen explican que la no exigencia de modalidades particulares de protección a los autores, es la interpretación tradicional que se ha hecho del artículo 15 del PIDESC. *Cf.* Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 218.

<sup>348</sup> Como bien dice Morten, la observación general acepta que el PIDESC sea implementado por sistemas estándar de propiedad intelectual. *Cf.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 332, p. 58.

<sup>349</sup> Párrafo 11 de la observación general.

<sup>350</sup> Respecto de los mandatos de optimización, *cf.* el subcapítulo III, número 1 del capítulo primero.

cos, sociales y culturales),<sup>351</sup> afirmó que en la observación general 17 analizó la prohibición de discriminación *en relación con los derechos de autor*,<sup>352</sup> lo que nos demuestra que, en la visión de este órgano, la protección derivada del artículo 15 del PIDESC se concretiza, principalmente, regulando los derechos de autor.

Regresando a lo señalado por el comité en la observación general 17, este organismo determina el alcance de los “intereses morales” que deben ser protegidos. Luego de reconocer que el propósito de los redactores del artículo 27.2 de la DUDH era “proclamar el carácter intrínsecamente personal de toda creación de la mente humana y la consiguiente relación duradera entre el creador y su creación”, el comité establece que los intereses morales a los que se refiere el PIDESC, comprenden el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus obras y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones y modificaciones a sus producciones, citando el artículo 6o. bis del Convenio de Berna.<sup>353</sup> Sobre este particular, el documento indica:

El Comité destaca la importancia de reconocer el valor de las producciones científicas, literarias y artísticas como expresiones de la personalidad de su creador y observa que la protección de los intereses morales figura, aunque en distinta medida, en la mayor parte de los Estados, independiente del sistema jurídico vigente.<sup>354</sup>

De nueva cuenta, se puede apreciar una relación directa entre el PIDESC y las leyes de derechos de autor de los países; en este caso, respecto de los derechos morales. Además, se aprecia influencia de la filosofía humanista de los derechos de autor (“naturalista” o de “derecho natural”, dirían algunos) en las observaciones del comité. Así, aunque la observación general 17 inicia con una fuerte carga utilitarista, posteriormente va introduciendo una visión más humanística sobre los derechos de autor.

Por lo que se refiere a los “intereses materiales” de los autores, el Comité DESC inicia destacando su estrecha vinculación con otro derecho humano: el derecho a la propiedad; asimismo hace referencia a los derechos de los trabajadores a una remuneración adecuada. Estos intereses materiales de los autores no guardan —a decir del comité— una relación directa con la personalidad del creador, “sino que constituyen un requisito para el goce del derecho a un nivel de vida adecuado”.<sup>355</sup>

<sup>351</sup> Documento E/C.12/GC/20, fechado el 2 de julio de 2009.

<sup>352</sup> Párrafo 6 de esa observación general 20.

<sup>353</sup> Párrafos 12 y 13 de la observación general 17.

<sup>354</sup> Párrafo 14.

<sup>355</sup> Párrafo 15.

Tal objetivo de que los autores tengan un nivel de vida adecuado, se puede cumplir “mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del *derecho exclusivo a explotar* su producción científica, literaria o artística”<sup>356</sup> (énfasis añadido).

Lo anterior resulta muy importante, pues queda claro que la obligación internacional de proteger los intereses económicos de los autores puede lograrse mediante el otorgamiento de derechos *exclusivos* sobre las obras, es decir, a través de lo que conocemos como *derechos de explotación*. Esto nos refuerza el vínculo directo entre el PIDESC y las legislaciones autorales, y entre los derechos de autor (concretamente los derechos de explotación) y el derecho humano de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre las obras de que sea autora.

De ahí que los derechos de explotación encuentren sustento y razón de ser en el derecho humano previsto en el artículo 15.1.c del PIDESC, ya que es una de las maneras en que un país puede proteger los intereses materiales de los autores y cumplir con sus obligaciones iusfundamentales derivadas de tal tratado.

Sin embargo, la concesión de derechos de explotación no es la única vía con que cuentan los estados para proteger los intereses materiales de los autores, pues el Comité DESC también reconoce la posibilidad de “pagos únicos”. Esto nos abre la puerta a otro tipo de derechos de autor: los *derechos de remuneración* (también existentes hoy en día, pero con menor impacto que los derechos de explotación). Por lo tanto, el PIDESC no descarta la posibilidad de sistemas que regulen únicamente derechos de remuneración,<sup>357</sup> ni de sistemas mixtos (donde se conjunten derechos de explotación y de remuneración).

<sup>356</sup> Párrafo 16.

<sup>357</sup> Un sistema de este tipo ha sido propuesto y desarrollado teóricamente por William Fisher, profesor de la Universidad de Harvard. *Cfr.* Fisher III, William W., *Promises to keep. Technology, law, and the future of entertainment*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 199 y ss.

Una propuesta similar puede encontrarse en Netanel, Neil Weinstock, “Impose a non-commercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harvard journal of law & technology*, EUA, vol. 17, núm. 1, otoño 2003, pp. 31 y ss.

También pueden encontrarse referencias a un sistema de derechos de remuneración por uso de música en Internet, en Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 102, p. 21.

Ideas sugerentes sobre el tema pueden encontrarse en Zimmerman, Diane Leenheer, “Authorship without ownership: reconsidering incentives in a digital age”, *De Paul law review*, Chicago, núm. 52, verano 2003, pp. 1121 y ss.

Un sistema de esta clase propone Delia Lipszyc, no para los derechos de autor, pero sí para la protección al folclore. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 16, p. 104.

Asimismo, los “pagos únicos” pueden derivar en sistemas que no existan derechos de autor de contenido económico, por ejemplo, procurando los intereses materiales de los autores a través de becas estatales, pensiones a los autores, entregas periódicas de despensas y medicinas a los creadores, etcétera, lo cual también cumpliría con el PIDESC, siempre y cuando aseguren un nivel digno de vida.<sup>358</sup>

Bien afirma Chapman, al interpretar el artículo 15.1.c del PIDESC, que: “While the Covenant requires all States parties to provide some form of intellectual property protection, it offers wide latitude regarding the manner in which this is done”.<sup>359</sup> En el mismo tenor indica Torremans que: “a lot of freedom is left to Contracting States in relation to the exact legal format of that protection”.<sup>360</sup> Mientras que Geiger explica:

It is important to emphasize that neither the UDHR nor the ICESCR determine that the material and immaterial interests of the creator should be protected by the way of a *property right*. That means that within the scope of these conventions, other means of protection can certainly be envisaged by the legislators. These two texts thus leave countries a great room to manoeuvre, while at the same time guaranteeing creators a just remuneration for their work, which makes these judicial instruments particularly modern and flexible means to embed the matter.<sup>361</sup>

El que los estados tengan libertad para configurar el tipo de protección a los autores, nunca ha sido un aspecto controvertido, como apuntan Dutfield y Suthersanen, pues históricamente los países han realizado esto a través de diversos regímenes de protección.<sup>362</sup>

<sup>358</sup> En este sentido, Austin y Zavidow destacan que la observación general 17 no precisa las fuentes de las cantidades destinadas a asegurar los ingresos de los autores. *Cfr.* Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 102, p. 30.

<sup>359</sup> Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 74, p. 15.

<sup>360</sup> Torremans, Paul L.C., *op. cit.*, nota 1, p. 8.

Igualmente, véase Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 174; Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 139; Wong, Mary W.S., nota 105, p. 813.

Por su parte, Fiona Macmillan coincide en que ni el PIDESC, ni la DUDH, exigen necesariamente una protección de la propiedad intelectual en los términos que prevalece hoy en día. *Cfr.* Macmillan, Fiona, “Human rights, cultural property and intellectual property”, en Burri-Nenova, Mira, y Graber, Christoph Beat (coords.), *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*, Reino Unido, Edward Elgar, 2008, p. 77.

En el mismo sentido, *cfr.* Morten Haugen, Hans, *op. cit.*, nota 332, p. 58.

<sup>361</sup> Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 139, p. 112 (énfasis en el texto original).

Del mismo autor, también *cfr.* Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, pp. 31 y 32.

<sup>362</sup> Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 219.

En cuanto al tópico de la duración, el Comité DESC indica que el “período de protección de los intereses materiales en virtud del apartado c) de párrafo 1 del artículo 15 no debe por fuerza abarcar toda la vida del creador”.<sup>363</sup> Si bien el comité no descarta la situación hoy prevaleciente (en la que los derechos de explotación duran toda la vida del autor y un cierto número de años *post mortem*), abre la posibilidad a que la protección sea inferior a la vida del autor.

Creemos que esta visión es una consecuencia de la lamentable tendencia de aumentar desproporcionadamente los plazos *post mortem* de duración del derecho de explotación.<sup>364</sup> Sin embargo, cabe hacernos unas preguntas: si la protección de los intereses materiales de los autores deriva directamente del derecho a un nivel de vida adecuado, ¿por qué esta limitación temporal a tal protección durante la vida del autor? ¿qué no los autores tienen derecho a un nivel de vida adecuado durante, valga la redundancia, toda su vida? ¿por qué privar a los autores en su tercera edad de los beneficios económicos de las obras que crearon en su etapa productiva? ¿por qué permitir una limitación de este tipo a la única fuente de ingresos de un buen número de autores profesionales? Son sólo algunas cuestiones que dejamos para la reflexión, y en las que no nos detendremos, pues nos desviarían del propósito del presente capítulo, pero que nos inclinan a pensar que la afirmación del comité respecto a la duración no fue muy afortunada y que, incluso, podrían ser contrarias a los derechos humanos de los adultos mayores.

Una vez explicado el alcance del derecho humano en estudio, pasemos a ver qué dice el comité respecto de sus restricciones.

#### D. Restricciones al derecho

El Comité DESC indica que el derecho humano de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre las obras de su creación “está sujeto a limitaciones y debe equilibrarse con los demás derechos reconocidos en el Pacto”; tales restricciones han de “ser compatibles con la naturaleza de esos derechos, perseguir fines legítimos y

<sup>363</sup> Párrafo 16 de la observación general.

<sup>364</sup> En México, mediante reformas a la LFDA publicadas el 23 de julio de 2003 en el *DOF*, se aumentó la duración de los derechos de explotación a toda la vida del autor más 100 años después de su muerte, cuando antes el número de años *post mortem auctoris* era de 75.

A nivel mundial es muy conocida la *Copyright Term Extension Act* de 1998 de EUA (también llamada *Sonny Bono Term Extension Act*), que aumentó en este país el número de años *post mortem auctoris* del *copyright* para llegar a 70 (antes eran 50 años). La Suprema Corte de justicia de ese país estimó como constitucional esa ley en el polémico caso *Eldred vs. Ashcroft*.

ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática”, además de que deben ser determinadas por ley.<sup>365</sup>

Se aprecia que aquí están aflorando nociones como las que ya vimos en el capítulo primero al estudiar el principio de proporcionalidad, y en particular, la ponderación. Inclusive, el propio comité establece que “las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse”.<sup>366</sup> Lo que nos vuelve a demostrar el mandato de optimización respecto de este derecho humano, pues se deben proteger los intereses morales y económicos de los autores en la mayor medida de lo posible, según las posibilidades (jurídicas, en este caso), y nunca sin afectar el núcleo esencial<sup>367</sup> de los derechos de los autores.<sup>368</sup>

Un aspecto que nos llama la atención, es que el comité señala que la “imposición de limitaciones puede por tanto, en determinadas circunstancias, requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada”.<sup>369</sup> Sin profundizar sobre el particular, el comité parece estar respaldando derechos de simple remuneración derivados de restricciones al derecho de explotación (las llamadas “licencias legales”);<sup>370</sup> un ejemplo sería el derecho conocido como “de remuneración compensatoria por copia privada”, que permite cobrar ciertas cantidades de dinero como

<sup>365</sup> Párrafo 22 de la observación general.

Austín y Zavidow puntualizan que este es un parámetro diferente a la regla de los tres pasos. *Cfr.* Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 102, p. 19.

En igual sentido, Wong, Mary W.S., nota 105, p. 814.

Sobre la regla de los tres pasos profundizamos en el siguiente capítulo, mientras que en capítulo quinto la contrastamos con otros criterios (como el principio de proporcionalidad).

<sup>366</sup> Párrafo 23 de la observación general.

*Cfr.* el subcapítulo V, del capítulo primero de la presente investigación para más datos sobre el principio de proporcionalidad en general, y el subcapítulo V, número 2, letra B, para el subprincipio de necesidad en particular (regla de intervención mínima o elección del medio más benigno).

<sup>367</sup> Respecto de la garantía del contenido esencial, *cfr.* el subcapítulo VI, número 4, del capítulo primero.

<sup>368</sup> Sobre esta cuestión, Wong opina: “These statements suggest that restrictions on an author’s exclusive rights are permissible so long as they do not encroach on the personal link between the author, her creation and the necessary exploitation of such creations which assure that author’s ability to lead an autonomous life”. Wong, Mary W.S., nota 105, p. 814.

<sup>369</sup> Párrafo 24 de la observación general.

<sup>370</sup> De hecho, Cullet estima que estas consideraciones del comité han sido tomadas directamente de los regímenes existentes en materia de propiedad intelectual. *Cfr.* Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

Para una explicación más amplia de las licencias legales, remitimos al lector al capítulo cuarto de la presente investigación.

contrapartida a una restricción que el legislador hace a la facultad exclusiva de reproducción.<sup>371</sup>

Posteriormente, el comité considera que el derecho fundamental en estudio no es independiente del resto de los derechos reconocidos en el PIDESC, por lo que los estados “tienen la obligación de lograr un equilibrio” entre ese derecho y los demás previstos en ese tratado.<sup>372</sup> Por lo tanto, “no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones”.<sup>373</sup>

En este sentido, Sundara nos explica que: “The question of protection versus access to intellectual works in the human rights documents seems like a restatement of the classic intellectual property problem of balancing the potentially contradictory principles of creation and use”.<sup>374</sup> Muchas de estas ideas las retomaremos en el capítulo quinto.

En otro orden de ideas Xavier Seuba muestra su preocupación de que la observación general 17 sirva para reforzar la tendencia del crecimiento desmedido de la propiedad intelectual y para afectar otros derechos humanos que eventualmente se contrapongan.<sup>375</sup> Además de que dicha opinión va a contrapelo de la mayoritaria (que considera que el plantear el debate en términos de derechos humanos sirve para frenar esa tendencia y restablecer el equilibrio),<sup>376</sup> parece obviar el texto y espíritu mismo de la observación general 17, que expresamente habla de la obligación de los estados de llegar a un equilibrio y no privilegiar los intereses privados a costa de los intereses públicos. De hecho, como demostramos en el capítulo quinto de la presente investigación, el principio de proporcionalidad es una útil herramienta para lograr tal equilibrio y el máximo respeto posible a *todos* los derechos humanos involucrados.

<sup>371</sup> Un análisis más detallado de este derecho puede encontrarse en el subcapítulo VIII, número 2, letra D del Capítulo Cuarto.

<sup>372</sup> Sobre esto, véase Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 179, p. 20; y Morales Montes, Marco Antonio, “Análisis normativo de las limitaciones al derecho de autor bajo los principios del derecho de acceso a la información, libertad de expresión y la educación”, *De jure. Revista de investigación y análisis*, Universidad de Colima, tercera época, año 9, núm. 4, mayo 2010, p. 232.

<sup>373</sup> Por todo, véase párrafo 35 de la observación general.

De ahí que Garzón afirme que se “ha querido poner de relieve el carácter complementario que tiene el ejercicio de los derechos individuales del creador con el derecho que tiene el conjunto de los hombres, es decir, la sociedad, a acceder a la educación y a la cultura”. Garzón, Álvaro, *op. cit.*, nota 215, p. 39.

<sup>374</sup> Sundara Rajan, Mira T., *op. cit.*, nota 325, p. 215.

<sup>375</sup> Seuba, Xavier, *op. cit.*, nota 315, pp. 8 y 14.

<sup>376</sup> Como ejemplo, véase Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 30; y Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 149, p. 36.

### E. Condiciones de aplicación del artículo 15.1.c del PIDESC

El comité establece dos condiciones esenciales de aplicación del artículo 15.1.c del PIDESC: la disponibilidad y la accesibilidad.<sup>377</sup>

La condición de *disponibilidad* significa que los estados parte del PIDESC deben disponer de una legislación y reglamentación adecuadas para proteger los intereses morales y materiales de los autores, así como toda clase de recursos judiciales, administrativos y demás apropiados para lograr ese fin.

La *accesibilidad* implica tener acceso a esos recursos judiciales y administrativos, entre otros. Esa accesibilidad se debe dar en cuatro campos, a saber:

- *Accesibilidad física*. Los tribunales nacionales y organismos encargados de protección a los autores deben estar a disposición de todos los estratos de la sociedad, incluyendo autores con discapacidades.
- *Accesibilidad económica (asequibilidad)*. El acceso a los mencionados recursos debe ser asequible, económicamente hablando, incluso para grupos desfavorecidos o marginados. Indicando el comité:

Por ejemplo, cuando un Estado decide cumplir los requisitos del apartado c del párrafo 1 del artículo 15 mediante formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual, los gastos administrativos y judiciales conexos deben basarse en el principio de equidad y debe garantizarse que esos recursos sean asequibles a todos.<sup>378</sup>

Tal afirmación, además, nos reitera que los estados pueden implementar el artículo 15.1.c del PIDESC mediante “formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual”, es decir, mediante derechos de autor.<sup>379</sup> De nueva cuenta, se reitera la adhesión del Comité DESC al modelo de compatibilidad.

- *Accesibilidad a la información*. El comité la define como el derecho a buscar, recibir y difundir información sobre la estructura y funcionamiento del régimen jurídico para la protección de los intereses de

<sup>377</sup> Párrafo 18 de la observación general.

<sup>378</sup> Párrafo 18, inciso ii).

<sup>379</sup> De ahí que Helfer explique que las obligaciones derivadas del artículo 15.1.c del PIDESC se traslapan con el Convenio de Berna, principalmente con las cláusulas relativas a la facultad de reproducción y a los derechos morales. Véase Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 92, p. 991.

los autores. La información debe estar disponible en los idiomas de las minorías lingüísticas y de los pueblos indígenas.

- *Calidad de protección.* Los procedimientos de protección a los intereses morales y materiales de los autores deben administrarse en forma competente y expedita por jueces y otras autoridades competentes.

#### F. *Obligaciones de los Estados parte*

El comité empieza indicando que las obligaciones que se derivan del artículo 15.1.c del PIDESC *tienen un efecto inmediato*. Reconoce la progresividad del respectivo derecho humano, en el sentido de que los estados tienen la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles a la plena aplicación del derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre sus obras. Además, determina que hay una presunción “de que no es permisible adoptar medidas regresivas en relación con el derecho a la protección de los intereses morales y materiales del autor”, y si se adoptan medidas de ese tipo, el Estado tiene la carga de acreditar que tal medida está justificada en relación con la totalidad de derechos del PIDESC y sólo después de haber hecho un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles.<sup>380</sup>

Siguiendo los cánones en materia de derechos sociales,<sup>381</sup> el Comité DESC establece tres tipos de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir.

En este sentido, la obligación de *respetar* el derecho humano de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales sobre las obras de su creación, que tienen los estados, implica que estos se abstengan de violar el derecho de los autores a ser reconocidos como creadores de sus producciones, y a oponerse las deformaciones, mutilaciones y modificaciones de sus producciones; asimismo, los estados “deben abstenerse de interferir injustificadamente en los intereses materiales de los autores, que son necesarios para que los autores puedan gozar de un nivel de vida adecuado”.<sup>382</sup>

La obligación de *proteger* implica, según el comité, que los estados aseguren la protección de los intereses morales y materiales de los autores frente

<sup>380</sup> Véase, por todo, los párrafos 25-27 de la observación general en glosa.

<sup>381</sup> *Cfr. supra* el apartado 4 del capítulo primero del presente estudio.

Véase también, Chapman, Audrey R., *op. cit.*, nota 69, p. 12; y el documento intitulado *Economic, social and cultural rights. Handbook for national human rights institutions*, Ginebra, ONU, 2005, pp. 15-20.

<sup>382</sup> Párrafo 30 de la observación general.

a infracciones cometidas por terceros. Especialmente, los estados deben impedir que terceros infrinjan el derecho de los autores a reivindicar la autoría sobre sus obras y a que no se alteren sus creaciones, así como impedir que terceros menoscaben los intereses materiales de los autores sobre sus producciones.

Para ello, los Estados deben impedir el uso no autorizado de producciones científicas, literarias o artísticas fácilmente accesibles o reproducibles con tecnologías modernas de comunicación o reproducción, por ejemplo estableciendo sistemas de administración colectiva de los derechos de los autores, o aprobando leyes que dispongan que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a sus producciones y ofrecerles una remuneración adecuada. Los Estados deben velar por que los autores reciban una indemnización adecuada de terceros por los perjuicios irrazonables que hayan sufrido como consecuencia del uso no autorizado de sus producciones.<sup>383</sup>

Llama la atención la preocupación que causa en el Comité DESC la facilidad con que las nuevas tecnologías pueden mermar los intereses económicos de los autores, así como su inclinación a prohibir “usos *no autorizados*” (lo que implica un sistema de derechos de explotación,<sup>384</sup> recomendando incluso su gestión colectiva,<sup>385</sup> como sucede actualmente en la mayoría de legislaciones autorales, incluida la mexicana), aunque también menciona un sistema controlado de derechos de remuneración. Lo que sí queda claro, es que *sería contrario al PIDESC el uso no remunerado de obras*. Si no se retribuye a los autores por el uso de sus obras, se está afectando su derecho humano a que se protejan sus intereses materiales sobre sus producciones.

Asimismo, al imponerse a los estados la obligación de impedir usos no autorizados, esto significa que deben tener expedita la realización de medidas cautelares de cesación de los hechos presumiblemente ilícitos (*in-*

<sup>383</sup> Párrafo 31.

<sup>384</sup> Como bien afirma Cullet, esta afirmación del comité refleja una inclinación por un modelo de derechos monopolísticos. *Cfr.* Cullet, Philippe, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

<sup>385</sup> De hecho, Austin y Zavidow afirman que la gestión colectiva de derechos podría ser una exigencia de los derechos humanos, explicando que: “given the prohibitive transactions costs associated with individualized enforcement of copyrights, efficient and fair collective rights management may be the only realistic way to secure author’s right to derive income from their work”. Austin, Graeme W., y Zavidow, Amy G., *op. cit.*, nota 102, p. 30.

*Cfr.*, también en este sentido, Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 203.

Mientras que Villalba afirma que “el nivel de protección de los derechos de autor no resiste la ausencia de sociedades de autores por muy alto que sea el nivel de la legislación interna e internacional”. Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 89, p. 156.

*junctions*); mientras que la referencia a la indemnización adecuada, es una clara alusión a la acción de daños y perjuicios.<sup>386</sup>

Por lo que se refiere a la obligación de *cumplir*, el Comité DESC indica que esta se traduce en lo siguiente:<sup>387</sup>

- Que los estados prevean procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole, que sean adecuados para que los autores defiendan sus intereses materiales y morales;
- Que los estados faciliten la formación de asociaciones profesionales y de otra índole que representen los intereses de los autores (incluyendo los desfavorecidos o marginados), adoptando medidas positivas financieras o de otra índole;
- Que los estados garanticen que los autores participen en la gestión de asuntos públicos y en todo proceso relevante de toma de decisiones que repercutan en sus derechos o intereses.

### G. Obligaciones básicas

Explica el comité que los estados están obligados a satisfacer los niveles mínimos de los derechos mencionados en el PIDESC, lo que lo lleva a concluir que el artículo 15.1.c de ese tratado establece un mínimo de obligaciones básicas, mismas que son de efecto inmediato<sup>388</sup> y consisten en lo siguiente:

- Adopción de *medidas legislativas* (y de otra índole) necesarias para asegurar una efectiva protección de los intereses económicos y morales de los autores;
- Proteger el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones, y a oponerse a las deformaciones, mutilaciones o modificaciones a las mismas o a cualquier atentado contra ellas, que perjudique su honor o reputación;
- Respetar y proteger los intereses materiales básicos de los autores que les correspondan sobre sus obras, que les signifiquen *como mínimo* un nivel de vida adecuado;

<sup>386</sup> Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 92, p. 991.

<sup>387</sup> Párrafo 34 de la observación general.

<sup>388</sup> Por lo tanto, los estados no pueden dar justificación alguna para no cumplir con estas obligaciones esenciales, ni cobijarse en la progresividad de los derechos sociales, pues se trata de obligaciones mínimas que no admiten demora o pretexto. *Cfr.* Meza Flores, Jorge Humberto, *op. cit.*, nota 317, pp. 1140-1145.

- Garantizar a los autores (especialmente vulnerables y marginados) el acceso igualitario a los procedimientos adecuados, que les permitan obtener una reparación en caso de que no se hayan respetado sus intereses morales y materiales;
- Lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger efectivamente los intereses morales y económicos de los autores y otros derechos del PIDESC, como los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

En otras palabras, dichas obligaciones mínimas son:

- Expedir leyes (y otros ordenamientos) para la protección de los autores (estando permitido lo que el comité llama “sistema tradicional de propiedad intelectual”). En el caso de México, tenemos la LFDA y su reglamento, así como sus leyes supletorias;
- Proteger las facultades morales de paternidad e integridad, por lo menos. Esto se cumple en México con las fr. II, III y IV del artículo 21 de la LFDA;
- Dar elementos para que los autores obtengan ingresos económicos derivados de sus obras para que tengan un nivel de vida adecuado (como vimos, aquí el Comité DESC da varias opciones: establecer derechos exclusivos —que permitan controlar los usos no autorizados de las obras— o sistemas de pagos únicos —por ejemplo, sistemas controlados de derechos de remuneración o cualquier otra clase de sistema en donde se retribuya económicamente al autor—). México, como la práctica totalidad de los países, ha optado por un sistema basado en los derechos de explotación (artículos 24 y 27 de la LFDA), aunque también contempla algunos derechos de remuneración (artículos 26 bis y 92 bis de la ley autoral);
- Establecimiento de autoridades y vías para reclamar las violaciones a los derechos de los autores. En nuestro país la LFDA establece un sistema procesal mixto<sup>389</sup> en el que se pueden acudir a procedimientos civiles, penales y administrativos, además de interesantes mecanismos de solución alternativa de disputas como el arbitraje y la avenencia,<sup>390</sup>

<sup>389</sup> Rangel Medina, David, “Aspectos relevantes de la nueva ley autoral mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. XLVIII, núms. 219-220, mayo-agosto 1998, p. 226.

<sup>390</sup> Sin embargo, hay que decir que este es el punto más débil en el sistema mexicano de protección los intereses de los autores, pues al igual que en otras materias, la justicia aquí deja mucho que desear.

- Que la protección a los autores no menoscabe injustificadamente otros derechos humanos. Esto se suele hacer mediante la implantación de un sistema de restricciones a los derechos de explotación,<sup>391</sup> así como con otros mecanismos (no protección de las ideas, agotamiento de la facultad de distribución, licencias obligatorias, etcétera), mismos que se contemplan en la LFDA. Esto nos muestra la importancia del objeto de la presente investigación, pues el tema de las restricciones al derecho de explotación es clave para una imperante armonía entre los derechos humanos que aplican en el ámbito cultural; de ahí que sea necesario someter a análisis el sistema de restricciones. Por otro lado, en el caso de los sistemas que estuvieran integrados sólo por derechos de remuneración o por otro tipo de pagos únicos (es decir, en los que no haya derechos de explotación), consideramos que esta obligación se traduciría en que los pagos no sean excesivamente gravosos y que, en algunos casos excepcionales, hubiera liberación del pago.

## VI. OPINIÓN PERSONAL

Una vez revisados los instrumentos jurídicos relevantes, así como el contexto del debate y las principales ideas que intentan justificar que los derechos de autor son derechos humanos, procederemos a formular nuestra opinión sobre este punto, y de esta manera contestar la pregunta planteada en el título del presente capítulo.

Para esto, recogeremos varias de las cosas señaladas en los apartados previos (en particular el análisis del Comité DESC, así como los textos constitucionales y los instrumentos internacionales estudiados), y nos serviremos de las teorías de los derechos fundamentales elaboradas por Luigi Ferrajoli y Robert Alexy para procesar esta información. Lo anterior en tanto la primera teoría nos dará los elementos claves para responder a la cuestión planteada, mientras que la segunda nos ilustrará sobre los efectos jurídicos que esa respuesta trae aparejada en el mundo de los derechos de

<sup>391</sup> Torremans indica que una de las formas en que se equilibra a los derechos de autor con otros intereses, es mediante limitaciones y excepciones a las reglas sobre la violación a los derechos de autor. *Cfr.* Torremans, Paul L.C., nota 231, p. 11.

Mientras que el jurista brasileño, Eduardo Pimenta, explica que las restricciones a los derechos de autor son el instrumento con el que el legislador busca equilibrar los intereses privados del autor y los intereses públicos de la colectividad. *Cfr.* Pimenta, Eduardo Salles, *op. cit.*, nota 47, p. 82.

autor<sup>392</sup>. Ambas teorías fueron expuestas en el capítulo primero de la presente investigación, por lo que remitimos ahí al lector para una visión más completa de ellas.

Así las cosas, en el presente apartado pretendemos demostrar dos puntos: *a)* que los derechos de explotación de autor no son derechos humanos, pero que existe un derecho humano a la protección de los autores; y *b)* que hay una estrecha relación entre ese derecho humano y los derechos de autor.

### 1. *El derecho a la protección jurídico-autoral como derecho humano*

De la revisión que hicimos de las posturas que abogan por considerar a los derechos de autor como derechos humanos, nos percatamos que incurren en una confusión entre dos cosas que, a nuestro entender, son diversas: por un lado los derechos concretos que tienen los autores sobre sus obras, y por otro lado, el derecho humano de toda persona a que se le proteja en

<sup>392</sup> Esta elección atiende, además, a la importancia que el pensamiento de dichos académicos tiene, en general, en el mundo de los derechos fundamentales, y, en particular, en la jurisdicción constitucional latinoamericana. Sobre esto, *cfr.* Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 11.

En este sentido, Mathews y Sweet afirman que, probablemente, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy es el libro más importante e influyente de teoría constitucional de los últimos 50 años. *Cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, p. 93.

En la misma tónica sobre la importancia del pensamiento de Alexy, véase Kumm, Matthias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement”, en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 132.

Por lo que hace a las ideas de Ferrajoli, Carbonell indica: “Estamos frente a uno de los teóricos más importantes de Europa y, con toda probabilidad, uno de los más importantes del mundo”. Carbonell, Miguel, “Presentación. La teoría garantista de Luigi Ferrajoli” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México, trad. de Marina Gascón, UNAM, Facultad de Derecho, 2006, p. 9.

E incluso, con relación a México, Carbonell refiere que Ferrajoli es de los autores que más huella ha dejado en nuestra SCJN en los últimos tiempos. Véase Carbonell, Miguel, “Ponencia introductoria a la mesa de derechos fundamentales”, videoconferencia del *Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina*, México, 18 de marzo de 2009, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultable en la videoteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=33&t=4&m=303&p=143&mx=1>.

Mientras que De Cabo y Pisarello, valorando la envergadura intelectual del Ferrajoli y su aportación, la han equiparado a la hecha por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*. *Cfr.* De Cabo, Antonio, y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales” en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 9 y 10.

caso de que llegue a crear una obra. Para lograr una mayor claridad en la exposición, a este último derecho lo llamaremos “derecho a la protección jurídico-autoral”.<sup>393</sup>

Entonces, es importante distinguir entre el *derecho a la protección jurídico-autoral* y los *derechos de autor*, en tanto sólo el primero tendrá el estatus de derecho humano (y todo lo que eso acarrea). Para poder realizar esa distinción es importante que, previamente, dejemos asentado el por qué el derecho a la protección jurídico-autoral es un derecho humano o fundamental.

Iniciemos, entonces, analizando si el derecho a la protección jurídico-autoral (previsto en la DUDH y el PIDESC, entre otros instrumentos) puede ser considerado un derecho humano a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli. Como se explicó en su oportunidad,<sup>394</sup> este jurista indica que

...son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>395</sup>

Veamos si el derecho a la protección jurídico-autoral cumple con esas condiciones para poder ser considerado un derecho fundamental.

En primer lugar, está el requisito de la *adscripción del derecho fundamental por una norma jurídica positiva*. Lo que llamamos derecho a la protección jurídico-autoral cumple con tal requerimiento pues, como vimos previamente en este capítulo, existen tratados y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos que consagran este derecho a la protección con motivo

<sup>393</sup> Esta expresión es mucho más concisa y fácil de usar que el término “derecho de toda persona a 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”, utilizado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, e incluso que algunas otras denominaciones propuestas por la doctrina, como la expresión “derecho a la protección de los intereses en las creaciones intelectuales”, propuesta por Yú. *Cfr.* Yú, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1043.

Otra expresión que se ha propuesto para este derecho fundamental es “derecho humano de los creadores”, impulsada por Austin y Helfer. *Cfr.* Austin, Graeme W., y Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 6, p. 173.

<sup>394</sup> Véase el subcapítulo 2, número 2, del capítulo primero de la presente obra.

<sup>395</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

de la creación intelectual. De igual forma, varias constituciones nacionales, con diversos alcances y enfoques, otorgan un derecho a tal protección. Así, existen disposiciones iusfundamentales de las que se desprende la norma positiva de derecho fundamental.

Aterrizando estas ideas en el orden jurídico mexicano, podemos concluir que existen normas de derecho interno que contemplan el derecho humano a la protección jurídico-autoral, toda vez que el PIDESC y el Protocolo de San Salvador están incorporados al derecho mexicano por el procedimiento previsto en el artículo 133 constitucional, por lo que son ley suprema de nuestro país y gozan de protección y garantías en términos del artículo 1o. de la Constitución.

Incluso por esta vía podemos sumar a la CADH (artículo 21), que si bien no se refiere expresamente a la protección de los autores, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que contempla la tutela económica y moral a los autores (caso *Palamara Iribarne*). Y si tomamos en cuenta que las sentencias de ese tribunal deben tomarse como parámetro interpretativo por nuestras autoridades, según ha determinado el Pleno de la SCJN,<sup>396</sup> parece no haber inconveniente jurídico en invocar la CADH como disposición jurídica positiva en México para fundamentar el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

Más problemática es la cuestión de si podemos desprender del noveno párrafo del artículo 28 constitucional una norma que adscriba el derecho a la protección jurídico-autoral en México; esto en virtud de que el texto normativo sólo se refiere a los derechos de los autores como una excepción al principio constitucional de libre concurrencia, más nunca señala expresamente que debe protegerse a todo aquel que cree una obra. Empero, una reinterpretación de ese artículo (en especial vinculada con el artículo 1o. de nuestra Ley Suprema) nos podría llevar a concluir que hay un mandato *implícito* de protección a los autores, es decir, una norma iusfundamental adscrita,<sup>397</sup> ya que si dicha protección autoral es tan importante como para que el constituyente la haya establecido como una excepción a la libre concurrencia, no se concibe que no exista un deber constitucional de dar tal protección,<sup>398</sup> aunque desde luego, esto no nos lleva inmediatamente a deri-

<sup>396</sup> “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 551.

<sup>397</sup> Para más datos sobre este tipo de normas, remitimos a la explicación que hicimos de Alexy en el subcapítulo 2, número 3, del capítulo primero de la presente investigación.

<sup>398</sup> De hecho, esta es la postura tomada por el Pleno de nuestra SCJN, cuando al interpretar el artículo 28 constitucional, concluye: “La Constitución, en tal sentido, ha sentado las

var la existencia de un *derecho humano* del deber jurídico implícito contenido en el artículo 28. No desarrollaremos aquí una argumentación intentando demostrar que de tal disposición se puede desprender el referido derecho fundamental, pues por el momento nos bastan los artículos 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador (y hasta el 21 de la CADH) para probar que en México existe el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

En segundo lugar, de la definición de Ferrajoli se desprende el requisito de que tal *adscripción que haga la norma jurídica sea “universal”*, ya sea como consecuencia del estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar. El derecho a la protección jurídico-autoral satisface sin mayor problema ese requisito, pues el PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen ese derecho “a toda persona”, como generalmente lo suelen hacer también las constituciones nacionales que contemplan ese derecho.

En el caso de México, esa universalidad se desprende de los propios tratados incorporados al derecho nacional y su protección constitucional, pues la universalidad vendría de la mano del artículo 1o. de la Constitución, que concede derechos humanos a toda persona.

De esta característica de universalidad, Ferrajoli desprende la nota de *indisponibilidad* de los derechos fundamentales, destacando “su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares”.<sup>399</sup> La indisponibilidad del derecho a la protección jurídico-autoral está expresamente prevista en el PIDESC<sup>400</sup> y en el Protocolo de San Salvador,<sup>401</sup> así como en las constituciones nacionales que lo prevén. Incluso, en el caso de la Constitución mexicana, la indisponibilidad de este derecho humano se desprendería de los artículos 1o. y 29.

Y en tercer lugar, Ferrajoli nos indica que el derecho *debe ser un derecho subjetivo*, es decir, una expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no

bases para proteger, respetar y fomentar los intereses morales y materiales que correspondan a las personas por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas” (contradicción de tesis 25/2005, sentencia del 16 de abril de 2007, p. 17).

Criterio que es también expresado por la Primera Sala de la SCJN, al determinar que el artículo 28 de la Constitución ordena la protección y ejercicio efectivo de los derechos de autor (amparo directo 11/2010, sentencia del 1o. de diciembre de 2010, pp. 113 y 114).

Asimismo, la propia Primera Sala, en uno de los más relevantes asuntos sobre el tema, el caso “TV Azteca”, estableció que el artículo 28 constitucional, junto con otras disposiciones iusfundamentales, establece una clara protección a los autores, tanto en su vertiente económica como en su vertiente moral (amparo directo 11/2011, sentencia del 2 de mayo de 2012, p. 131).

<sup>399</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 129, p. 292.

<sup>400</sup> *Cfr.* sus artículos 4o. y 5o.

<sup>401</sup> *Cfr.*, asimismo, sus respectivos artículos 4o. y 5o.

sufrir lesiones). Esto, desde luego, se cumple en el caso del derecho a la protección jurídico-autoral, pues como se deriva de la ya estudiada observación general 17 del Comité DESC, este derecho impone a los estados una obligación de no lesión (expectativa negativa del titular del derecho), pero sobre todo de realizar ciertas actividades o prestaciones (expectativa positiva del titular del derecho).<sup>402</sup> Las expectativas positivas y negativas que se derivan del derecho a la protección jurídico-autoral, las referimos con mayor atención en el número 3 del presente capítulo.

Por lo tanto, se concluye que el derecho a la protección jurídico-autoral es un derecho humano a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli.

A la misma conclusión se llega a través de la teoría de Robert Alexy, la cual fue también expuesta en el capítulo primero del presente estudio. Efectivamente, como en su oportunidad se explicó,<sup>403</sup> Alexy indica que derecho fundamental como un todo (*Grundrecht als Ganzes*) es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas en forma recíproca y adscritas a una disposición iusfundamental.<sup>404</sup>

En primer lugar, comencemos por ubicar las disposiciones de derecho fundamental relativas al derecho a la protección jurídico-autoral. En este caso tenemos, como ya se dijo, a los artículos correspondientes del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, así como a varios artículos de constituciones nacionales que prevén la protección a los autores, en tanto cumplen los requisitos formales para ser consideradas como *disposiciones iusfundamentales* (ya que se trata de artículos cuya finalidad expresa es regular derechos fundamentales).<sup>405</sup> De esas disposiciones se desprenden interpretativamente *normas de derecho fundamental* que establecen el derecho a la protección jurídico-autoral.

En el caso del orden jurídico interno mexicano, las normas iusfundamentales que se desprenden del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, son *normas directamente estatuidas*, en tanto hay una “traducción inmediata” de la disposición iusfundamental. En el caso de que consideráramos que del artículo 28 constitucional se puede extraer el derecho a la protección

<sup>402</sup> Como vimos en el subcapítulo IV del primer capítulo de la presente investigación, los derechos humanos no son absolutamente de prestación o de abstención, sino que implican un haz de facultades, tanto de carácter negativo como positivo.

<sup>403</sup> *Supra* subcapítulo 2, número 3 del capítulo primero.

<sup>404</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 244.

<sup>405</sup> En el caso mexicano las disposiciones de derecho fundamental serían aquellas contenidas, principalmente, en el Capítulo I del Título Primero de nuestra Constitución (artículos 1o. al 29), así como las contenidas en los tratados de derechos humanos.

jurídico-autoral, encontraríamos una *norma adscrita*, pues se derivaría de una fundamentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas<sup>406</sup> (en este caso, la norma directamente estatuida sería una restricción constitucional a la libre concurrencia).

En segundo lugar, si bien Alexy se refiere a un sistema mixto de normas iusfundamentales, en tanto concurren principios y reglas, podemos destacar que los artículos 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador *contienen principios*, ya que nos encontramos frente a mandatos de optimización. En efecto, su aplicación no es “todo o nada” (no pueden subsumirse), sino que admiten un cumplimiento paulatino, de manera que exigen que algo se realice en la mayor medida (dentro de lo fáctica y jurídicamente posible).<sup>407</sup> Particularmente, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador ordenan, en forma abstracta y general, que se protejan los intereses morales y económicos que los autores tengan sobre sus producciones, lo que deben hacer los estados atendiendo a sus posibilidades fácticas (por ejemplo, recursos presupuestarios) y atendiendo a sus posibilidades jurídicas (que son las reglas y principios que eventualmente podrían resultar opuestos a la protección de los autores). Precisamente, estas normas opuestas pueden ser, en algunos casos, las que se desprenden de los propios artículos 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador, como el derecho a la cultura; en otros casos pueden ser las normas iusfundamentales previstas en diversos instrumentos, como las relativas al derecho a la información (contemplado en el PIDCP). Así las cosas, la optimización de la protección a los autores encontrará su freno en la optimización de otros intereses, como el acceso a la cultura (y viceversa). Sobre esto volveremos después.

De igual forma, podemos constatar que las normas iusfundamentales que prevén el derecho a la protección jurídico-autoral en diversas constituciones nacionales, suelen estar estructuradas también en forma de principios y, sólo en ciertos casos, hacen alguna referencia o puntualización respecto al perfil o características que deben tener los derechos que se concedan a los autores. Por ejemplo, tenemos el caso de las constituciones que señalan que tales derechos deben ser temporales y/o deben ser derechos exclusivos (por ejemplo, utilizando la expresión “propiedad”), en cuyo caso serían reglas concretas que coexisten a la par del respectivo principio,<sup>408</sup> y que conjuntamente integran un derecho fundamental como un todo.

<sup>406</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, pp. 70 y 71.

<sup>407</sup> En general, sobre la distinción entre principios y reglas, *cf.* el subcapítulo III, número 1 del capítulo primero de la presente investigación.

<sup>408</sup> Como bien explica Alexy, tanto reglas como principios “pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, p. 138.

En tercer lugar, el derecho a la protección jurídico-autoral se integra por un haz de posiciones jurídicas, que son derechos a algo, libertades y competencias. Aunque estas posiciones son estudiadas con mayor detalle al revisar las relaciones entre ese derecho humano y los derechos de autor (*infra* subcapítulo VI, número 3 del presente capítulo), no son muy difíciles de advertir, y podemos señalar, como ejemplo de algunas de ellas: que el Estado no impida u obstaculice que el autor se beneficie económicamente de su obra, que el Estado dicte leyes para que el autor pueda obtener esos beneficios materiales, que se establezcan tribunales a los que puedan acudir los autores a hacer valer sus derechos, etcétera.<sup>409</sup>

Así, de conformidad con la teoría de Robert Alexy, el derecho a la protección jurídico-autoral también colma todos los requisitos para ser considerado un derecho fundamental.

Una vez revisadas las concepciones de Ferrajoli y Alexy, nos queda claro que el derecho a la protección jurídico-autoral *es* un derecho humano. Cuestión diferente a aquella sobre si tal derecho *debiera* ser un derecho humano o fundamental. Como se dijo en el capítulo primero, esto último es una cuestión de filosofía política, cuya respuesta excedería por mucho los objetivos de la presente investigación, la cual se basa, además, en las normas existentes (los derechos fundamentales que *son*).<sup>410</sup>

Empero, con el propósito de no sólo hacer un análisis descriptivo (sino también prescriptivo), y sin profundizar mayormente sobre el particular, señalaremos que nuestra postura es que el derecho a la protección jurídico-autoral sí debe ser un derecho humano, y que es acertado contemplarlo como tal en los instrumentos internacionales en la materia y en diversas constituciones. Esto debido a la noción de *dignidad humana*,<sup>411</sup> en tanto, las

<sup>409</sup> Véase la observación general 17 del Comité DESC, en particular sus párrafos 18, 30, 31 y 34.

<sup>410</sup> Hacemos nuestras las palabras de MacQueen cuando afirma: “In analysing the IP/human rights interface, it is important, I think, to focus on the legal texts we have, rather than those we might have or would wish to see”. MacQueen, Hector L., “Towards utopia or irreconcilable tensions? Thoughts on intellectual property, human rights and competition law”, *SCRIPT-ed*, Reino Unido, vol 2, núm. 4, diciembre 2005, p 460.

<sup>411</sup> El maestro Peter Häberle indica que la dignidad humana es la premisa del estado cultural (premisa antropológico-cultural), e incluso afirma que tal dignidad es el vértice de los derechos fundamentales. *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1, 115 y 146.

Para comprender la noción de “dignidad humana” el citado profesor se refiere a la cuestión de cómo se permite al ser humano llegar a ser persona. *Ibidem*, p. 170.

Por su parte, Gregorio Peces-Barba ve en la dignidad humana la base de la ética pública de la modernidad, que se realiza socialmente a través del derecho. La dignidad humana se

obras son un reflejo del ser de sus creadores, es decir, son una extensión de la persona que nos la muestra como lo que es (como ser único e irrepetible).<sup>412</sup> Además, si los autores dedican tiempo y esfuerzo (trabajo) a crear obras, es justo que el autor obtenga una retribución o beneficio material por esa labor,<sup>413</sup> que le permita, como señaló el Comité DESC, tener un nivel digno de vida.<sup>414</sup> La dignidad humana implica que no se le trate al autor como cosa o instrumento, sino como un fin; cuestión a la que también se refiere el artículo 21.3 de la CADH cuando impide *cualquier* forma de “explotación del hombre por el hombre”.

Así, se aprecia que el fundamento que algunos dan para considerar los derechos de autor como derechos humanos (dignidad humana y reflejo de la personalidad), puede considerarse, en realidad, el fundamento del derecho a la protección jurídico-autoral y que lo dota del estatus de derecho fundamental.

manifiesta, entre otras formas, en la creación de belleza desde cánones estéticos plurales (origen del arte y la literatura), y en la comunicación y el diálogo (origen del lenguaje y la cultura). *Cfr.* Peces-Barba, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 86 y 87.

Mientras que Fernández Segado indica que la dignidad es, en realidad, la fuente de todos los derechos fundamentales. Véase Fernández Segado, Francisco, “Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico” en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 25 y 26.

Sobre la dignidad humana como base de los derechos fundamentales, *cfr.*, también, Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, julio-diciembre 2011, pp. 7-12; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 135, p. 25; Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 156, p. 137; y Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, IMDPC, 2009, p. 95.

Dicha premisa de los derechos humanos también la encontramos a nivel internacional. Por ejemplo, el primer párrafo del preámbulo de la DUDH parte de la base de que hay una “dignidad intrínseca” de los miembros de la familia humana, mientras que su quinto párrafo también hace referencia a la dignidad humana.

<sup>412</sup> Esto se traduce, entre otras cosas, en que el pensamiento o concepción artística del autor no sea tergiversada (mediante ataques a la integridad de la obra), y en que no se le niegue al autor tal calidad respecto de sus obras, es decir, que se reconozca que son fruto de su intelecto, un reflejo de su personalidad.

<sup>413</sup> Bien dice el maestro Rangel Medina que el autor debe aprovecharse de su trabajo, de forma que “las ‘regalías’ serán, en cierto modo, los salarios de los trabajadores intelectuales”. Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 34, p. 113.

Por su parte, Häberle indica que trabajo y propiedad están conectados con la esencia humana y con su dignidad. Véase Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 411, p. 254.

<sup>414</sup> Observación general 17, párrafos 2 y 15.

Adicionalmente, estimamos que la justificación material del derecho a la protección jurídico-autoral como derecho humano puede encontrar su sustento en su carácter de “ley del más débil”. En efecto, Ferrajoli establece como criterio axiológico de fundamentación de los derechos fundamentales su papel como “leyes del más débil”, siendo una alternativa a la ley del más fuerte, que sería la que predominaría en su ausencia.<sup>415</sup> La regulación jurídica de los derechos de autor (que, como se explica más adelante, deriva del derecho a la protección jurídico-autoral) tiene una fuerte dosis tuitiva a favor del autor, pues se funda en la posición del autor como parte débil en sus relaciones jurídicas (primordialmente ante empresarios),<sup>416</sup> lo que incluso se puede observar —aunque en menor medida— en los sistemas de *copyright*.<sup>417</sup> Esto ha llevado a algunos, como ya vimos, a sostener que el derecho autoral es una rama del derecho social,<sup>418</sup> similar al derecho laboral. Pero además, en tiempos recientes, se puede decir que la facilidad con la que actualmente se pueden reproducir y difundir obras, genera también una *posición fáctica de debilidad* de los autores frente a los consumidores o usuarios de las obras. Las nuevas tecnologías han puesto a los autores, en relación con el uso de sus obras por parte de terceros, en una posición de debilidad (tácticamente, el autor es más débil frente a los consumidores).

De hecho, Delia Lipszyc califica este problema como la “debilidad estructural” de los autores, la cual radica, entre otros factores en: la inmaterialidad de la obra (que no permite su custodia física), la situación de infe-

<sup>415</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 118 y 127.

<sup>416</sup> Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE, CERLALC, 2004, p. 24; Colombet, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, trad. de Petite Almeida, 3a. ed., Madrid, UNESCO, CINDOC, 1997, pp. 102 y 103; Espín Alba, Isabel, *op. cit.*, nota 13, p. 137; Lipszyc, Delia, y Villalba Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 146; Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, nota 34, p. 110.

<sup>417</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Goldstein, Paul, “Paternalism and autonomy in copyright contracts”, en Bently, Lionel, y Vaver, David (coords.), *Intellectual property in the new millennium. Essays in honour for William R. Cornish*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004, p. 260.

<sup>418</sup> A guisa de ejemplo, Loredó Hill define al derecho autoral “como un conjunto de normas de derecho social, que protegen el privilegio que el Estado otorga por determinado tiempo, a la actividad creadora de autores y artistas, ampliando sus efectos en beneficio de intérpretes y ejecutantes”. Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 58, p. 91.

El igual forma, Farrell Cubillas estima al derecho autoral como derecho social, posición que justifica invocando la exposición de motivos de nuestra ley de derechos de autor de 1947, en la que legislador señaló que la “evolución del derecho de autor acusa un marcado paralelismo con el derecho obrero”; asimismo, el referido jurista indica que se protege al autor por ser económicamente débil. *Cfr.* Farrell Cubillas, Arsenio, *op. cit.*, nota 13, pp. 72 y 74.

rioridad de los autores frente a los empresarios, que la oferta de obras suele ser superior a la demanda, etcétera.<sup>419</sup>

Finalmente, y en otro orden de ideas, cabe decir que el derecho humano a la protección jurídico-autoral es, probablemente, el derecho humano más olvidado o más ignorado que exista, al que se le ha prestado muy poca atención, tanto en la academia como en los tribunales, y durante mucho tiempo, también en los foros internacionales.

Por todo lo antes dicho, no consideramos acertadas las posturas doctrinales que le confieren a los derechos de autor el estatus de derechos humanos (mismas que fueron referidas en el subcapítulo IV del presente capítulo), pues confunden a los derechos de autor con el derecho humano que les da origen, como veremos a continuación.

## 2. *Distinción entre los derechos de autor y el derecho humano a la protección jurídico-autoral*

Como apuntamos, un error muy común en la doctrina ha sido confundir los derechos de explotación (derechos ordinarios) con el derecho a la protección jurídico-autoral (derecho humano), lo que lleva a la equivocada conclusión de que los derechos de autor son derechos humanos. Para demostrar la diferencia entre ambos tipos de derechos (y por consiguiente, que los derechos de explotación de los autores no son derechos humanos), seguiremos apoyándonos en el pensamiento de Luigi Ferrajoli, y nos valdremos principalmente de criterios estructurales.

Dado que el presente trabajo se centra en los *derechos de explotación*, el análisis que a continuación realizamos se enfoca a esa clase de derechos de autor, por lo que no pretendemos aquí aportar conclusión alguna sobre si los derechos morales son derechos humanos.<sup>420</sup> Tampoco pretendemos hacerlo respecto de los derechos de simple remuneración.

<sup>419</sup> Lipszyc, Delia, “Los autores y el derecho”, en Asuaga, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 99.

<sup>420</sup> Respecto de este tema, Colina Hernández, después de no encontrar sustento constitucional expreso para los derechos morales, indica que estos se desprenden del ejercicio de la libertad fundamental de creación artística (parte de la libertad de expresión), lo que la lleva a concluir que “el derecho moral del autor, como se ha podido observar, no es otorgado por una norma de carácter fundamental, sino que deriva de ella. Es decir, el derecho moral surge de haber ejercitado la libertad (fundamental) de manifestarse artísticamente, lo que no lo convierte en derecho fundamental”. Colina Hernández, Verónica, *El derecho moral del autor como derecho fundamental*, tesina para optar por el grado de especialista en derecho de la propiedad intelectual, México, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2007, p. 84.

En el capítulo primero del presente trabajo vimos que Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Con independencia de lo acertado o no que pudiera ser el uso de la expresión “derechos patrimoniales” y de esa clasificación bipartita que hace el citado profesor italiano, la referida distinción nos será muy útil para evidenciar el punto clave en el que estriba la diferencia entre el derecho de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral.

Para hacer la distinción, Ferrajoli toma el caso del derecho de propiedad, que suele ser invocado en constituciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este autor distingue entre el “derecho a ser propietario” y el “concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”, siendo el primero un derecho fundamental y el segundo un derecho patrimonial.<sup>421</sup>

Ferrajoli encuentra cuatro diferencias estructurales entre ambos derechos, de las cuales consideramos la más importante aquella que confronta la universalidad de uno y la singularidad del otro (diferencia que es, además, la más útil para efectos del presente apartado). Los derechos fundamentales (incluido el derecho a ser propietario) son universales, ya que su titularidad pertenece a todos, o lo que es lo mismo: *toda* persona tiene el derecho a ser propietario. Por ende, los derechos fundamentales son *incluyentes*. En cambio, los derechos patrimoniales (incluido el concreto derecho de propiedad sobre un bien, o sea, un determinado derecho real de propiedad) son singulares, dado que existe un específico titular para cada uno de ellos; por lo tanto, el derecho real de propiedad sobre la casa X pertenece únicamente al propietario Y de esa casa, y a nadie más. Lo que significa que los derechos patrimoniales son *excluyentes*.<sup>422</sup>

Estimamos que esta es la diferencia primordial entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación del autor. Veamos.

Posición contraria la encontramos en la justicia constitucional comparada, particularmente, la Corte Constitucional colombiana en reiteradas ocasiones ha señalado que los derechos morales son derechos fundamentales (y que, por ende, la Decisión Andina 351 de 1993 forma parte del bloque de constitucionalidad de ese país, pero sólo por cuanto hace a los derechos morales), como se puede apreciar en sus sentencias C-155 de 1998, C-1490 de 2000, C-988 de 2004 y C-1118 de 2005.

De igual forma, Roberta Rosenthal Kwall considera que, dadas sus características, los derechos morales de autor tienen una pretensión fundada de ser considerados derechos humanos. *Cfr.* Rosenthal Kwall, Roberta, *op. cit.*, nota 77, p. 136.

Sobre este debate, *cfr.* también Roselló Manzano, Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, Fundación AISGE, ASEDA, 2011, pp. 35-38.

<sup>421</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 395, p. 45.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 46.

Efectivamente, el derecho a la protección jurídico-autoral es *universal*, en tanto pertenece a todo ser humano. Por el mero hecho de ser personas, todos tenemos un derecho a que, si creamos una obra, el Estado nos brinde cierta protección sobre esa obra. Este no es un derecho que pertenezca sólo a quienes adquieran la calidad de “autor”, sino a toda persona, pues existe con independencia de que se haya creado o no una obra, como sucede también con el derecho contra las detenciones arbitrarias, pues no es un derecho que pertenezca únicamente a quienes hayan sido víctimas de una detención arbitraria, sino abstractamente a todo individuo. Inclusive, el derecho a la protección jurídico-autoral no está supeditado a que exista una obra, pues se es titular de él desde el momento mismo en que se adquiere la personalidad y no desde el momento en que se cree una obra.

Se aprecia, así, el carácter *incluyente* del derecho a la protección jurídico-autoral, pues todos (autores o no) gozamos de él. Esto se observa claramente en el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y la DUDH, en tanto esos instrumentos reconocen el referido derecho fundamental “a toda persona”. Como dice Colina Hernández: “Todos los individuos pueden ser autores”,<sup>423</sup> de la misma forma que existe la posibilidad de todos los individuos de poder transitar por el país, de expresar sus ideas o de ser propietarios; ante dichas potencialidades, se reconocen los derechos humanos a toda persona.

Acontece lo contrario con el derecho de explotación, que es esencialmente *singular*, debido a que, de entrada, sólo se confiere originariamente a las personas que tengan la calidad de “autor”, como se desprende de los artículos 5o., 12 y 26 de la LFDA. Pero además, si un autor X crea la obra Y, el derecho de explotación sobre esa obra únicamente pertenece a X, por lo que, en principio, nadie más puede ser titular de ese derecho concreto y único sobre la obra Y.<sup>424</sup> De ahí que el derecho de explotación sea, en esencia, *excluyente*.<sup>325</sup>

<sup>423</sup> Colina Hernández, Verónica, *op. cit.*, nota 420, p. 94.

<sup>424</sup> Los derechos de explotación pueden transmitirse por causa de muerte, y en muchos países, también por actos *inter vivos*. En otros países, como Alemania, Austria, España y México, aunque se habla de “transmisión” entre vivos, no hay un verdadero acto traslativo de la titularidad del derecho de explotación, sino algo más bien parecido a un usufructo, en donde se cede temporalmente el *ius utendi* y el *ius fruendi*, pero se conserva la nuda titularidad del derecho de explotación.

Cfr. Rodríguez Tapia, José Miguel, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 212; Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law, and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 219; Baylos Corroza, Hermenegildo, *op. cit.*, nota 12, p. 606; De la Parra Trujillo, Eduardo, “La transmisión del derecho de explotación en la Ley Federal del Derecho de Autor”, *Revista de derecho privado*, nueva época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VI, núms. 16-17, enero-agosto 2007, p. 106 (con serios errores de edición).

Pongamos un ejemplo. Desde el instante de su nacimiento, Gabriel García Márquez adquirió el derecho humano a la protección jurídico-autoral, por el mero hecho de ser persona y sin excluir al resto de los seres humanos de ese derecho fundamental. Sin embargo, en ese momento Gabriel García Márquez carecía de derecho de autor alguno, en tanto todavía no había creado una obra concreta. Así, la titularidad del derecho a la protección jurídico-autoral no se identifica con la titularidad de derechos de autor (particularmente, de derechos de explotación).

Con posterioridad, Gabriel García Márquez creó la obra *Cien años de soledad*, y fue precisamente en ese momento (y no antes), que adquirió la titularidad de un concreto derecho de explotación, únicamente sobre esa obra. Ahí entra la distinción, pues mientras todos los seres humanos seguimos siendo titulares de un derecho a la protección jurídico-autoral (situación que no se vio modificada o afectada por la creación de *Cien años de soledad*), sólo Gabriel García Márquez adquirió la titularidad del derecho de explotación sobre la referida obra, titularidad de la que todos estamos excluidos en principio.

Por lo tanto, no se puede decir que el derecho de explotación de los autores sea un derecho humano, en tanto no es universal (no todas las personas son titulares del derecho de explotación sobre *Cien años de soledad* o sobre otras obras), sino singular, concreto y específico.

Y dado que el derecho humano previsto en los artículos 27.2 de la DUDH y 15.1.c del PIDESC (entre otros ordenamientos) es universal — pues se confiere a toda persona —, se puede concluir que ese derecho no se

Asimismo, hay países que contemplan hipótesis concretas en que la titularidad originaria del derecho de explotación a favor de personas distintas del autor, como por ejemplo, en los casos de obras colectivas o, en menor medida, de obras por encargo (no todos los países que regulan esta figura confieren la titularidad originaria al comitente, sino la configuran más bien como un contrato de cesión de derechos —incluso, presuntiva—). En el caso de México, nuestra LFDA concede al autor la titularidad originaria del derecho de explotación al no haber ningún caso de excepción a la norma prevista en su artículo 26, ya que ni siquiera las hipótesis de las obras por encargo o creadas bajo relación laboral, derogan esta máxima de la titularidad originaria.

De cualquier forma, ya sea en el caso de transmisiones (entre vivos o por causa de muerte), o en los raros casos de titularidad originaria a favor de personas diversas al autor en la legislación comparada, no se pierde la nota de *singularidad* del derecho de explotación, pues sea quien sea su titular, sólo él goza de ese derecho concreto, excluyendo a cualquier otra persona.

Cosa diferente es que, si algunas normas niegan al autor la titularidad originaria del derecho de explotación, tales normas violen o no el derecho humano a la protección jurídico-autoral.

<sup>425</sup> En este sentido, véase Miranda, Jorge, *op. cit.*, nota 163, p. 328.

identifica con el derecho autoral de explotación, en tanto este es singular, pues potencialmente sólo pueden adquirirlo los autores, y una vez adquirido, excluye de su titularidad al resto de las personas en relación a una obra concreta.

Si bien el criterio de universalidad es el que más claramente nos sirve para distinguir el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación, el criterio de indisponibilidad nos refuerza lo antes dicho. En este sentido, Ferrajoli explica que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos,<sup>426</sup> lo que también resulta claramente predicable respecto del derecho a la protección jurídico-autoral, en tanto no puede ser transmitido a terceros (por actos *inter vivos* o *mortis causa*), no puede renunciarse, no puede gravarse, no puede ser removido por las autoridades estatales, etcétera.

En cambio, los derechos de explotación no reúnen todas esas características. De entrada, siempre son transmisibles por causa de muerte (cosa que no puede concebirse respecto de los derechos humanos, pues no podemos imaginar, por ejemplo, que una persona herede su libertad de expresión o su derecho a la salud a otra), incluso en países como México, Alemania o España, en donde los derechos de explotación no pueden transmitirse por actos entre vivos<sup>427</sup> (aunque sí puede disponerse limitadamente de ellos mediante contratos, exclusivos o no; e incluso, sus frutos pueden sujetarse a embargo o prenda).<sup>428</sup> Además, en otros países como Francia, Italia o Argentina, el derecho de explotación es libremente enajenable *inter vivos*.

De hecho, esta cuestión de la indisponibilidad de los derechos humanos, nos lleva a otro argumento para demostrar la diferencia entre el derecho a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación: a los derechos humanos se les sustrae de decisiones de la política y del mercado, es decir, pertenecen a la esfera de lo indecidible.<sup>429</sup> En este sentido, y como se indica en *infra* en el número 3, el derecho a la protección jurídico-autoral forma parte de la esfera de lo indecidible, pues no se puede decir que no

<sup>426</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 395, pp. 47 y 48.

<sup>427</sup> Para una explicación sobre el particular, *cf. supra* el subcapítulo V, número 2, letra E, del capítulo segundo.

<sup>428</sup> *Cfr.* principalmente los artículos 30, 33, 35 y 41 de la LFDA.

La transmisión *mortis causa* de los derechos ha sido reconocida por la Primera Sala de la SCJN, como se puede observar en la tesis “DERECHOS DE AUTOR. SU TRANSMISIÓN ES PROCEDENTE A TRAVÉS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XIII, junio de 2001, p. 235.

<sup>429</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 129, p. 131; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, p. 432; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. de Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 94.

se protejan los intereses materiales de los autores. En cambio, la existencia o no de derechos de explotación sí están en la esfera de lo decidible, pues como se desprende de la observación general 17 del Comité DESC, los estados pueden válidamente conceder sólo derechos de remuneración y no derechos de explotación e, incluso, pueden válidamente no conceder derechos de autor, sino otros estímulos económicos como entregar cheques a los autores, darles becas para su subsistencia, etcétera. Es decir, los países cuentan con un amplio margen para decidir cómo cumplen con su obligación iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores, por lo que el otorgar o no derechos de explotación, *forma parte de su ámbito decisorio*,<sup>430</sup> de ahí que tales derechos no puedan calificarse de fundamentales, pues están dentro de la esfera de lo decidible.

Así las cosas, aunque no se puede decidir que no se protejan los intereses materiales de los autores, sí se puede decidir mediante qué instrumentos se puede lograr esa protección (lo cual puede ser o no a través de derechos de explotación). Por lo tanto, los derechos de explotación son *contingentes*, mientras que el derecho humano a la protección jurídico-autoral es *necesario*.

Finalmente, un último punto que nos refuerza la distinción entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral, consiste en que los primeros son horizontales, mientras el segundo, como todo derecho humano, es vertical. En efecto, como indica Ferrajoli, las relaciones de los titulares de los derechos patrimoniales son de tipo “civilista”, cuando las de los titulares de derechos fundamentales son, más bien, de tipo publicista, es decir, del individuo ante el Estado (principalmente, y con independencia de la posibilidad adicional de una *Drittwirkung*).<sup>431</sup> En el caso de los derechos de explotación, se puede apreciar una notoria eficacia horizontal entre el titular de tales derechos y los usuarios de obras, mientras que en el derecho a la protección jurídico-autoral hay una relación jurídica primordialmente vertical, entre el titular del derecho y el Estado.

Entonces, cuando los citados tratados en materia de derechos humanos hacen referencia al derecho de beneficiarse *materialmente* de las obras de las que una persona sea autora, ¿están hablando del derecho de explotación de los autores (al que nuestra ley llama “derecho patrimonial”)? No, en realidad está aludiendo a otro derecho diferente, que es el derecho a la protección jurídico-autoral, cuyo alcance es que su titular (toda persona) pueda exigirle al Estado que realice ciertas actividades (e incluso abstenciones) con el fin de que todo individuo pueda obtener beneficios materiales de las obras que llegue a

<sup>430</sup> Sobre las interrelaciones entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral, profundizamos *infra* en el número 3 del presente capítulo.

<sup>431</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 395, pp. 49 y 50.

crear (de ser el caso); lo cual es cosa muy diferente a un derecho de controlar una obra concreta y específica, de tipo excluyente y oponible *erga omnes*.

Así, independientemente de la teoría que se adopte para explicar la naturaleza jurídica del derecho de explotación (propiedad, derecho intelectual, propiedad especial, derecho real diverso de la propiedad, etcétera),<sup>432</sup> lo que sí nos debe de quedar muy claro, es que tal derecho no tiene la naturaleza jurídica de un derecho humano.<sup>433</sup>

Pero esto no significa que no exista relación alguna entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación. Antes al contrario, los segundos son instrumentales respecto del primero, pues la forma más común (que no la única) en que los estados cumplen su obligación de proteger los intereses materiales que toda persona pudiera llegar a tener sobre las obras que crease es, precisamente, mediante el otorgamiento de derechos de explotación a todos aquellos que lleguen a producir obras.

Un Estado que no prevea medios y mecanismos para proteger los intereses materiales sobre las obras que potencialmente pudieran crearse, violaría el derecho humano a la protección jurídico-autoral. En el siguiente apartado profundizamos sobre las relaciones entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación.

De hecho, lo expresado en el presente apartado coincide con la observación general 17 del Comité DESC, en la que se distinguen los derechos de propiedad intelectual (en nuestro caso, el derecho autoral de explotación) y “el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15” del PIDESC (al que nosotros llamamos “derecho a la protección jurídico-autoral”).<sup>434</sup> Además en dicha observación general se afirma que un Estado puede cumplir con ese derecho humano mediante el actual régimen de derechos de autor,<sup>435</sup> formas tradicionales de propiedad intelectual<sup>436</sup> o

<sup>432</sup> Véase *supra* el número 1 del presente capítulo.

<sup>433</sup> En terminos parecidos, aunque con diferente argumentación jurídica, *cfr.* Buganza González, María del Carmen, *op. cit.*, nota 130, p. 85.

<sup>434</sup> *Cfr.* los párrafos 1 y 2 de esa observación.

<sup>435</sup> Párrafo 10.

Stoll y Von Hahn, luego de reconocer que la distinción entre intereses morales y materiales son propias de la regulación de los derechos de autor, concluyen que: “This leads to the conclusion that existing intellectual property laws, which ensure a certain protection based on international standards and national laws, safeguard the standard set forth in Art. 27 (2) and Art. 15 (1) (c) in an adequate manner”. *Cfr.* Stoll, Peter-Tobias, y Von Hahn, Anja, “Indigenous peoples, indigenous knowledge and indigenous resources in international law”, en Von Lewinski, Silke (coord.), *Indigenous heritage and intellectual property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 18.

<sup>436</sup> Párrafo 18, inciso a), subinciso ii).

mediante el impedimento al uso no autorizado de obras<sup>437</sup> (es decir, mediante el otorgamiento de derechos de explotación a los autores), aunque desde luego, esa no es la única forma de cumplimiento.

En el mismo tenor, Nwauche indica que los “derechos *de* propiedad intelectual” son una expresión del “derecho *a la* propiedad intelectual” (derecho humano previsto en el PIDESC), es decir, el segundo es un *derecho fundacional* que sirve de base para los primeros. De esta forma, el conceder derechos de propiedad intelectual es una manera de reconocer el derecho a la propiedad intelectual (al que nosotros llamamos “derecho a la protección jurídico-autoral”).<sup>438</sup>

De igual manera, tanto Okediji,<sup>439</sup> como Dutfield y Suthersanen<sup>440</sup> hablan de un “derecho *a la* propiedad intelectual” protegido como derecho humano por el artículo 15 del PIDESC.<sup>441</sup>

Así las cosas, la distinción entre el derecho humano a ser propietario y el derecho real de propiedad sobre un bien concreto, es muy similar a aquella entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y el derecho de explotación sobre una obra específica. Por lo que no se puede concluir que los derechos reales de propiedad y los derechos de explotación sean derechos humanos, aunque existan normas *iusfundamentales* que se refieran a la propiedad o a la protección de lo autores.

Empero, tanto los derechos de explotación como el derecho a la protección jurídico-autoral comparten la característica de ser “derechos subjetivos”,<sup>442</sup> sin embargo, mientras que el derecho a la protección jurídico-autoral puede calificarse de “fundamental o humano” (por las razones ya expresadas), los derechos de explotación no. Esa sería la diferencia específica entre ambas clases de derechos subjetivos.<sup>443</sup>

Una vez diferenciados ambos derechos, pasemos al siguiente apartado, donde profundizaremos respecto a los vínculos que existen entre ellos.

<sup>437</sup> Párrafos 31 y 45.

<sup>438</sup> *Cfr.* Nwauche, Enyinna S., *op. cit.*, nota 151, pp. 7 y 9.

<sup>439</sup> Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 367.

<sup>440</sup> Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, pp. 220 y 221.

<sup>441</sup> Sobre esto, también véase Belder, Lucky, “Introduction: human rights as restrictions to intellectual property rights”, en Grosheide, Willem (coord.), *Intellectual property and human rights. A paradox*, Reino Unido, Edward Elgar, 2010, p. 177.

<sup>442</sup> Para la noción de “derecho subjetivo” que utilizamos en la presente investigación, *cf.* las notas al pie 395 y 460 de este capítulo.

<sup>443</sup> Incluso, podrían darse argumentos adicionales, como el apuntado por Grosheide en el sentido de que los derechos humanos, en general, pertenecen al ámbito del llamado derecho público, mientras que los derechos de propiedad intelectual se encuentran ubicados, más bien, en el derecho privado. *Cfr.* Grosheide, Willem, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

### 3. *Relaciones entre los derechos de autor y el derecho humano a la protección jurídico-autoral*

Si bien es un error común considerar a los derechos de explotación como derechos humanos, también hay otro error recurrente que es el negar relación alguna entre los derechos de autor (y las leyes y los tratados que actualmente los regulan), por un lado, y el derecho humano a la protección jurídico-autoral, por el otro. Generalmente, en esta equivocación incurren los que ideológicamente se oponen a todo aquello que suene a “propiedad intelectual”. Desde un punto de vista jurídico, esta postura es igual de reprochable que aquella que afirma que los derechos de explotación son derechos humanos.

Por consiguiente, en el presente apartado analizaremos la relación que existe entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación de los autores.

De entrada, debido a su estatus de derecho humano, el derecho a la protección jurídico-autoral está investido de ciertos caracteres que incidirán en sus relaciones con otro tipo de derechos subjetivos.

Uno de esos principales caracteres, como ya se dijo, es la pertenencia del derecho a la protección jurídico-autoral a la *esfera de lo indecible*. Dworkin explica que los derechos fundamentales son triunfos políticos frente a las mayorías,<sup>444</sup> lo que significa que al consagrarse el derecho a la protección jurídico-autoral como un derecho humano (por ejemplo en una Constitución nacional, en la DUDH y en el PIDESC), se cristalizó un triunfo político frente a la colectividad, por lo que *la cuestión de proteger o no a los autores se extrajo del poder decisorio de las mayorías* (incluso, democráticamente electas). Así, el derecho a la protección jurídico-autoral se encuentra dentro de la esfera de lo no decidable (que sí o que no), por lo que ni el legislador, ni el mercado, ni ningún otro poder, pueden decidir que no se proteja a los autores, ni negar que esa protección debe abarcar tanto los intereses morales como también los económicos de los creadores, ya que respecto de tal protección ninguna mayoría “ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”.<sup>445</sup>

Como consecuencia, los estados no pueden quitarle la protección a los autores, tanto en su vertiente moral como en su vertiente material (que es la que ahora nos interesa). Cualquier propuesta que consista en implementar

<sup>444</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 5a. reimp., Barcelona, Ariel, 2002, p. 37.

<sup>445</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 415, p. 131.

En el primer capítulo hacemos referencia a la aceptación que ha hecho la SCJN de este tipo de conceptos, así como a doctrina adicional.

algún tipo de política pública que implique dejar a los autores sin protección respecto de sus obras, sería contraria al derecho humano a la protección jurídico-autoral, debido a que *no se puede decidir que no se proteja a los autores*.<sup>446</sup>

De hecho, en este tenor, Dutfield y Suthersanen indican que el artículo 15 del PIDESC obliga a los estados a diseñar sistemas de propiedad intelectual (equilibrados, desde luego, para no afectar los otros intereses protegidos por ese tratado).<sup>447</sup> De ahí que los países parte de ese acuerdo no puedan negar protección a los autores.

Una segunda característica del derecho a la protección jurídico-autoral que va a incidir en su relación con otros derechos, es que las normas ius-fundamentales que lo prevén son principios, lo que se traduce en *mandatos de optimización*.<sup>448</sup>

Si los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,<sup>449</sup> la consecuencia es que los artículos 15.1.c del PIDESC y 14.1.c del Protocolo de San Salvador (entre otras disposiciones) *ordenan* que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. ¿Qué es ese algo que debe realizarse? Pues la protección a los autores, es decir, *los estados deben proteger, en la mayor medida de lo posible, los intereses morales y materiales de los autores sobre sus producciones*.

Eso no significa que la protección a los autores deba ser desorbitada, exagerada o absoluta (como no lo es ningún derecho humano), pues el mandato de optimización derivado del derecho humano a la protección jurídico-autoral se encuentra enmarcado dentro de las posibilidades jurídicas existentes, es decir, opera en relación con otras normas que pudieran oponerse en ciertas circunstancias.<sup>450</sup> En estos casos, habrá de usarse el principio de proporcionalidad para determinar qué principio deberá ceder ante el otro en el caso concreto de colisión normativa.<sup>451</sup>

<sup>446</sup> Como ejemplo de una propuesta de este tipo, podemos mencionar la de Brian Martin, quien propone la supresión total de la llamada propiedad intelectual. Cfr. Martin, Brian, *Information liberation. Challenging the corruption of information power*, Londres, Freedom Press, 1998, pp. 46 y 56.

En el capítulo sexto referimos con mayor amplitud esta corriente de pensamiento que pugna por la abolición absoluta de los derechos de autor.

<sup>447</sup> Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 218.

<sup>448</sup> Sobre los principios, véase el subcapítulo III, número 1 del primer capítulo de la presente investigación.

<sup>449</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, p. 86.

<sup>450</sup> *Idem*.

<sup>451</sup> En este sentido, véase Piovesan, Flávia, *op. cit.*, nota 179, p. 2.

Cfr. el subcapítulo V del capítulo primero del presente estudio para más información sobre el principio de proporcionalidad.

Esto nos lleva a uno de los puntos torales del presente trabajo. Los derechos humanos son interdependientes y complementarios entre sí,<sup>452</sup> por lo que, desde la dogmática iusfundamental, no puede considerarse que la protección a los autores sea esencialmente contraria o contrapuesta a otros valores como la libertad de expresión o la educación (como erróneamente plantea el modelo de conflicto). Antes al contrario, a la luz de la teoría de los principios, el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos humanos, como los derechos a la cultura, a la información o a la educación, son complementarios entre sí y todos ellos deben realizarse en la mayor medida de lo posible (optimizarse).<sup>453</sup>

Desde luego, y a pesar de lo anterior, en sociedades plurales y multi-culturales se presentan casos en que dos o más derechos humanos suelen colisionar en aspectos concretos. Como se indicó en el capítulo primero del presente estudio, el principio de proporcionalidad es la herramienta idónea para resolver esas colisiones, por lo que mediante una ponderación entre el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos fundamentales, se irán estableciendo restricciones recíprocas y se irá concretando el alcance de los respectivos mandatos de optimización.

De hecho, dada la eficacia horizontal que llegan a tener los derechos humanos, Geiger advierte que estos se vuelven cada vez más importantes en los litigios privados —incluyendo aquellos en materia de propiedad intelectual—, por lo que los jueces civiles ahora aplican más el principio de proporcionalidad.<sup>454</sup>

Así, habrá casos en que la protección a los autores tendrá que ceder ante la libre difusión de información, como también habrá casos en que

Desde luego, y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, en algunos podrá prevalecer el principio a favor del autor, y en otros casos el principio que opere en contra, por lo que no cabe afirmar que al ponderar principios siempre prevalezca el interés público por encima de los intereses privados de los autores. *Cfr.* Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 92, p. 266.

Para más detalles sobre el particular, remitimos al lector al subcapítulo VI, número 4, letra B del capítulo sexto de la presente investigación.

<sup>452</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 135, p. 32; Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 136, p. 91; Nowak, Manfred, *op. cit.*, nota 126, p. 27.; VV.AA., *La igualdad de los modernos...*, *cit.*, nota 109, p. 18.

Destaca, sobre el particular, lo señalado en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 en su artículo 5o., en relación a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales. *Cfr.* la nota al pie 128 del presente capítulo.

<sup>453</sup> El mandato de optimización es claro en el artículo 2.1 del PIDESC, el cual establece la obligación de los estados parte de realizar todas las medidas necesarias para lograr “la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis añadido), lo que, obviamente, incluye tomar medidas para llegar a una plena efectividad en la protección a los autores.

<sup>454</sup> Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 30.

suceda lo contrario; todo dependerá de las circunstancias del asunto concreto.

En este sentido, Jokhadze nos hace ver que los párrafos del artículo 27 de la DUDH se refieren a diversas clases de beneficiarios, pues en el segundo de ellos el eventual beneficio es directamente para los autores, mientras que el primer párrafo beneficia directamente a la colectividad.<sup>455</sup> Sobre el particular, afirma Wong:

It is immediately obvious that these provisions simultaneously recognize creators' rights as well as the interests of the wider public in knowledge acquisition, learning, and cultural development... The inherent tension in copyright law —balancing the public interest in encouraging creativity and achieving progress (by incentivizing and rewarding authors/creators) and the public interest in accessing and sharing knowledge so as to enable social and cultural development— is clearly reflected in these provisions.<sup>456</sup>

Por consiguiente, no debemos de olvidar la interrelación que hay entre los derechos previstos en los dos párrafos del artículo 27 de la DUDH, ya que ninguno prevalece sobre el otro. Se trata, pues, como ya se dijo, de una cuestión de equilibrio.<sup>457</sup>

<sup>455</sup> Jokhadze, George, *op. cit.*, nota 92, p. 244.

<sup>456</sup> Wong, Mary W.S., nota 105, p. 807.

*Cfr.* también Drassinower, Abraham, *op. cit.*, nota 323, p. 21; y Papadopoulou, Frantzeska, *op. cit.*, nota 94, p. 267.

<sup>457</sup> Geiger, Christophe, *op. cit.*, nota 4, p. 31; Macmillan, Fiona, *op. cit.*, nota 360, p. 77; Waelde, Charlotte, “Copyright, corporate power and human rights: reality and rhetoric”, en Macmillan, Fiona (coord.), *New directions in copyright law*, Reino Unido, Edward Elgar, 2006, vol. 2, p. 295.

En este sentido, Dutfield y Suthersanen, estiman que el principal propósito de los estados debe ser intentar lograr el óptimo equilibrio entre los intereses públicos y privados involucrados. Véase Dutfield, Graham, y Suthersanen, Uma, *op. cit.*, nota 7, p. 214.

Con referencia a los dos párrafos del artículo 27 de la DUDH, Morales Montes indica: “Lo anterior es de suma importancia para el desarrollo social, económico y cultural de un país, ya que ambos derechos fundamentales deben mantener un equilibrio”. Morales Montes, Marco Antonio, “El derecho de autor en el entorno digital (segunda y última parte)”, *Revista mexicana del derecho de autor*, nueva época, México, INDA, año IV, núm. 12, abril-junio 2004, p. 29.

Asimismo, con referencia a ambos párrafos del artículo 27, Dworkin y Taylor establecen que la necesidad de equilibrio en materia de derechos de autor, es indispensable para su estructura misma. *Cfr.* Dworkin, Gerald, y Taylor, Richard D., *Blackstone's guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Reino Unido, Gaunt, 1989, p. 3.

Mientras que Villalba indica: “Propugnamos en cambio que se analicen los Derechos Humanos vinculados a la creación intelectual como un plexo jurídico en el que, el derecho de autor, el derecho a la cultura, el derecho al nombre, el derecho a la propia imagen, el dere-

Y esto, precisamente, es olvidado por William Patry, quien estima que el considerar la protección autoral como un derecho humano ignora que el ejercicio de un derecho exclusivo por parte de una persona afecta la libertad de los demás.<sup>458</sup> Empero, como ya vimos, sólo basta leer el referido artículo 27 (o las disposiciones similares del PIDESC, la Declaración de Bogotá o el Protocolo de San Salvador) para ver lo equivocado que está Patry, pues todas esas disposiciones en materia de derechos humanos protegen, con el mismo rango e importancia, los derechos e intereses relativos al aprovechamiento social de las obras y los concernientes a los creadores. La protección a los autores no está aislada, ni es absoluta; amén de que no se pueden invocar abstractamente los derechos de terceros para negar los derechos humanos de algún individuo.

En otro orden de ideas, una vez que ya tenemos claro que existe un deber de proteger a los autores en sus intereses morales y económicos (deber al que no se puede decidir que no), y que tal cuestión es, también, un mandato de optimización (dicha protección debe concederse en la mayor medida de lo posible), veremos cómo inciden esas dos características en las relaciones entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación.

En el primer capítulo del presente trabajo se dijo que, de acuerdo con Alexy, las posiciones jurídicas que establecen los derechos fundamentales a sus titulares son tres: derechos a algo, libertades y competencias.<sup>459</sup> Para visualizar con claridad el alcance del derecho a la protección jurídico-autoral, nos ocuparemos de analizarlo en cuanto “derecho a algo”.

Ya explicamos que los derechos a algo consisten en relaciones triádicas entre dos sujetos y un objeto (*DabG*), y que ese objeto es una acción del destinatario, misma que puede ser una acción positiva (un hacer) o una acción negativa (una omisión).<sup>460</sup>

En el derecho humano a la protección jurídico-autoral (*D*), encontramos que todo individuo (*a*) tiene una relación jurídica con el Estado (*b*) a que este último realice tanto acciones negativas como positivas (*G*). Como se apreciará a continuación, en el derecho fundamental en estudio predominan, como objeto del derecho a algo, las acciones positivas del

cho a la creación y el derecho a la intimidad, encuentren una forma armónica de articularse según la cual la coexistencia de los mismos lleve a profundizar y extender la existencia de cada uno”. Villalba, Carlos Alberto, *op. cit.*, nota 89, pp. 164 y 165.

<sup>458</sup> Patry, William, *Moral panics and the copyright wars*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 66.

<sup>459</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, p. 186.

<sup>460</sup> *Ibidem*, pp. 186-188.

Estado,<sup>461</sup> por lo que las estudiaremos primero, para después referirnos a las acciones negativas del poder público.

Siguiendo a Alexy, los derechos a acciones positivas se dividen en aquellos cuyo objeto es una acción fáctica (derecho a prestaciones en sentido estricto) y aquellos que su objeto es una acción jurídica (derecho a prestaciones en sentido amplio).<sup>462</sup> Por virtud del derecho a la protección jurídico-autoral, los estados tienen la obligación de realizar una acción positiva: *proteger a los autores* (concretamente, aquí nos interesa la obligación de proteger económicamente a toda persona que llegue a crear una obra).

La pregunta ahora es: ¿esa acción del Estado debe ser una acción fáctica o una acción jurídica? Pues bien, ninguno de los instrumentos internacionales en materia iusfundamental que hemos estudiado, impone como obligatoria alguna de esas opciones, sino que más bien, como ya se apuntó,<sup>463</sup> dejan al Estado la más amplia libertad para decidir cómo cumplir su obligación de proteger materialmente a los autores.<sup>464-465</sup> Así, cada Estado pue-

<sup>461</sup> Es por eso que a este derecho humano se le suele considerar como un “derecho social”; tan es así, que la comunidad internacional decidió incluirlo en el PIDESC, y las naciones americanas lo hicieron en el Protocolo de San Salvador.

Para más detalles sobre los llamados derechos sociales, *cf.* el apartado 4 del capítulo primero.

<sup>462</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, pp. 194-196.

El mismo autor también incluye dentro de esta categoría los derechos a organización y procedimiento, los cuales pueden ser: competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos (tutela jurídica efectiva), organización en sentido estricto y formación de la voluntad estatal (*ibidem*, pp. 454-482). Por el momento prescindiremos de estas categorías, pues no son esenciales para demostrar el punto que pretendemos probar aquí.

<sup>463</sup> Véase *supra* el número 6, letra C del presente capítulo.

<sup>464</sup> En el párrafo 47 de su observación general 17, el Comité DESC indica que: “Cada Estado tiene un margen de discreción considerable al determinar qué medidas se adaptan mejor a sus circunstancias [necesidades/condiciones] específicas”.

De igual forma, en el inciso a) del párrafo 39 del mismo documento, se establece como una obligación básica derivada del PIDESC el adoptar medidas *legislativas* o de *otra índole* que sirvan para proteger efectivamente los intereses materiales de los autores. Lo que nos deja muy claro que son permisibles tanto acciones jurídicas como acciones fácticas.

<sup>465</sup> Alexy nos explica que los derechos a protección suelen caracterizarse por su alternatividad, ya que el legislador cuenta con varias alternativas para cumplir con el derecho a protección, lo que le da cierto margen de discrecionalidad. *Cfr.* Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en García Manrique, Ricardo (coord.), trad. de Rebecca Jowers, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 54-79.

Acerca del particular, resultan ilustradoras las siguientes palabras de Alexy: “Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etcétera. Cuando existe una *prohibición* de destruir o perjudicar algo, entonces está prohibido *cualquier* acto de destrucción o de perjuicio. En cambio, cuando hay un *mandato* de proteger o apoyar algo, *no cualquier* acto

de decantarse por la vía de las acciones fácticas, por ejemplo, entregar un cheque mensual a los autores, establecer becas para la creación de obras, enviar despensas, etcétera; pero también puede adoptar acciones jurídicas, por ejemplo, el otorgamiento de derechos de remuneración y/o derechos de explotación a los autores en una ley.<sup>466</sup>

Aquí encontramos, ya, el principal vínculo entre el derecho humano a la protección jurídico-autoral y los derechos de explotación: los segundos son *una de las formas de las que puede elegir un Estado para cumplir con el referido derecho humano*. De esta manera, cuando un Estado expide una ley de derechos de autor en la que otorga derechos de explotación a los creadores, está cumpliendo con su obligación iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores.

De hecho, la mayor parte de los miembros de PIDESC, al rendir sus informes<sup>467</sup> al secretario general de la ONU (quien los remite, a su vez, al Comité DESC), indican que la obligación derivada del artículo 15.1.c ha sido cumplida mediante la expedición de leyes sobre derechos de autor.<sup>468</sup> Y es que, si bien es cierto que el otorgamiento de derechos de explotación no es la única opción de los estados para cumplir con esa obligación internacional,<sup>469</sup> en la práctica es la más socorrida, así como en la que más énfasis puso el Comité DESC en su observación general 17.<sup>470</sup>

de protección o apoyo es exigido. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cualquier acto de matar, mientras que el mandato de rescate no implica el mandato de llevar a cabo todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto o el segundo o el tercero. Por tanto, los derechos a protección tienen una estructura *alternativa* o disyuntiva, y los de defensa una estructura *conjuntiva*” (énfasis en el original). *Ibidem*, pp. 54 y 55.

<sup>466</sup> Desde luego, el contraponer acciones jurídicas y acciones fácticas no significa que estas últimas carezcan de sustento jurídico, pues cada Estado dictará normas que regulen el desenvolvimiento de esas acciones fácticas (en el caso de México tenemos un mandato de que toda acción del Estado debe estar fundada y motivada). La diferencia radica en que, en las acciones jurídicas, la conducta principal del Estado es expedir la norma, mientras que en las acciones fácticas esa actividad pasa a un segundo plano, pues lo central es que el Estado realice la actividad fáctica y no sólo que expida el marco normativo de esa actividad.

<sup>467</sup> Los artículos 16 y 17 del PIDESC establecen la obligación de los estados parte de rendir informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en la protección de los derechos consagrados en ese tratado.

<sup>468</sup> Helfer, Laurence R., *op. cit.*, nota 92, p. 991.

Asimismo, véase *infra* las notas al pie 473 y 475 del presente capítulo.

<sup>469</sup> *Cfr.* Yu, Peter K., *op. cit.*, nota 1, p. 1089; y Derclaye, Estelle, *op. cit.*, nota 6, p. 139.

<sup>470</sup> En particular, *cf.* el párrafo 31 de esa observación general, el cual establece que “los Estados deben impedir el uso no autorizado de producciones científicas, literarias o artísticas”.

A mayor abundamiento, esto queda plenamente acreditado en el caso de México. En efecto, ya desde la exposición de motivos de Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948, se señaló que su propósito fue “asegurar las mejores condiciones de *protección a los autores, en sus intereses morales y materiales*, y al mismo tiempo asegurar una amplia difusión de la cultura, de manera que ambas finalidades se combinan en todo su texto”<sup>471</sup> (énfasis añadido).

De igual forma, la exposición de motivos de la vigente LFDA<sup>472</sup> señala:

Nuestro país participa, desde hace más de medio siglo, de la convicción universal de que la participación de las personas en la vida cultural de su país *constituye un derecho humano* y que, por lo tanto, *el Estado está obligado a protegerlo y garantizarlo* adecuadamente en los llamados *derechos morales y patrimoniales*. (Énfasis añadido).

En forma todavía más explícita, en el Tercer Informe Periódico presentado por nuestro país en términos de los artículos 16 y 17 del PIDESC,<sup>473</sup> concretamente en el apartado de “Medidas legislativas y de otra índole adoptadas para realizar el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de cualquier obra literaria o artística de la que sea autor”, México invocó la promulgación de la actual LFDA y citó los artículos 20, 25, 26, 27 y 77 de esa ley, como disposiciones relativas a la implementación del artículo 15.1.c del PIDESC.<sup>474</sup>

Esto fue reiterado por México los párrafos 796, 838-844, 883, del Cuarto Informe Periódico, fechado el 20 de diciembre de 2004.<sup>475</sup>

Por lo tanto, puede concluirse que los derechos de explotación encuentran su fundamento en el derecho a la protección jurídico-autoral previsto en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ya señalados. *Los derechos de explotación derivan de tal derecho humano*. Como bien advirtió la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, hay un vínculo directo entre la propiedad intelectual y el artículo 15 del PIDESC.<sup>476</sup>

<sup>471</sup> La coincidente redacción de esta ley con la DUDH no debe sorprendernos, pues si bien dicha legislación autoral es previa a la aprobación de la DUDH (se publicó en el *DOF* el 14 de enero de 1948), cabe suponer que sus redactores conocían el debate sobre lo que terminaría siendo el artículo 27 de la declaración universal y el artículo XIII de la Declaración de Bogotá.

<sup>472</sup> Publicada en el *DOF* el 24 de diciembre de 1996.

<sup>473</sup> Documento E/1994/104/Add.18, de 18 de julio de 1997.

<sup>474</sup> *Cf.* los párrafos 585, 542, 543 y 544 de ese informe.

<sup>475</sup> Documento E/C.12/4/Add.16.

<sup>476</sup> Párrafo 12 de su informe del 27 de junio de 2001.

Esto trae como consecuencia, por ejemplo, que si México abrogara, de un día para otro, la LFDA y no dictara otra ley en la materia (desapareciendo así los derechos de explotación), ni previera algún otro medio de protección económica a los autores, violaría los ya invocados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, concretamente: se contravendría el derecho a la protección jurídico-autoral.

En otro orden de ideas, por lo que hace a las constituciones nacionales que prevén el derecho a la protección jurídico-autoral, muchas dejan abierta la posibilidad para tomar acciones fácticas o acciones jurídicas (por ejemplo, hablando de la protección de los “intereses materiales”), pero otras sólo admiten las acciones jurídicas (mediante el uso de frases como “protección legal” o “protección por ley”), e incluso, en varios casos la forma de protección jurídica que señalan es el otorgamiento de derechos de explotación (mediante alusiones a “derechos exclusivos” o a la “propiedad”).

Así, en esas circunstancias, el otorgamiento de derechos de explotación no sólo es la forma más común de cumplir con el derecho humano a la protección jurídico-autoral, sino que, en el caso de varios países, es la única opción constitucionalmente posible. Aunque desde luego, nada obstaculizaría que una vez cumplida con la norma constitucional y ya legislados los derechos de explotación, se diera una protección económica *adicional* mediante el otorgamiento de derechos de remuneración o ciertas acciones fácticas. Lo que no pueden decidir los legisladores de esos países, es no conceder derechos de explotación, pues su Constitución exige el otorgamiento de tales derechos de autor.

En el caso de México, el legislador no está obligado a conceder forzosamente derechos de explotación, pues no es el alcance del PIDESC y del Protocolo de San Salvador (que están integrados a nuestro derecho interno), y ni siquiera del artículo 28 constitucional (para el supuesto de que se considerara que esa disposición prevé el derecho a la protección jurídico-autoral), ya que sólo habla de “privilegios” para los autores, pero nunca los califica de exclusivos, ni señala otro alcance de ellos más que su temporalidad.<sup>477</sup> Sin embargo, ya vimos que la protección económica concedida a los

<sup>477</sup> Si bien es cierto que históricamente la noción de “privilegio” traía aparejada la idea de exclusividad, no creemos que un juez constitucional deba ceñirse a esa interpretación histórica al momento de atribuir significado al vocablo “privilegio”. Tal es el caso de la interpretación evolutiva (que se opone a la interpretación histórica). *Cfr.* sobre el particular, Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 233-235.

Empero, se puede alegar que, dada la ubicación de nuestra cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo relativo a la prohibición de monopolios), el constituyente

autores es, en México, de carácter mixta, pues aunque descansa principalmente en los derechos de explotación, también se prevén algunos derechos de remuneración.

Cabe decir que la obligación del Estado de realizar acciones positivas para la protección de los intereses materiales de los autores no quedaría cumplida solamente mediante el otorgamiento legislativo de los derechos de explotación, pues también deben realizar las acciones necesarias para que ese derecho sea *efectivo*. Esto va, desde introducir elementos en la ley que garanticen esa efectividad (reglas de contratación, sistema de gestión colectiva de derechos, medios de defensa adecuados y efectivos, etcétera), hasta tomar las medidas fácticas necesarias (establecer oficinas administrativas de protección al autor con recursos y elementos necesarios para cumplir su propósito, garantizar el acceso a tribunales eficientes para hacer valer los derechos de explotación en forma rápida y completa, etcétera).

Ahora bien, el “derecho a algo” derivado del derecho a la protección jurídico-autoral como un todo, no se agota con los derechos a acciones positivas ya estudiados, sino que hay también *derechos a acciones negativas*. Como vimos en el capítulo primero de este trabajo, los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) se dividen en derechos al no impedimento de acciones, a la no afectación de propiedades y a la no eliminación de posiciones jurídicas.<sup>478</sup>

Los derechos al no impedimento de acciones consisten en que el Estado no pueda, mediante obstaculización o impedimento propiamente dicho, obstruir que el titular del derecho fundamental realice cierta acción.<sup>479</sup> El derecho a la protección jurídico-autoral otorga a toda persona una posición jurídica de este tipo, pues sería violatorio de tal derecho que el Estado realizara ciertas medidas que estorbaran o impidieran que los autores se beneficien materialmente de sus obras, por ejemplo, si se le impidiese a los autores crear o afiliarse a una sociedad de gestión colectiva (que en muchos casos es la única forma efectiva de ejercer sus derechos

implícitamente consideró que los “privilegios” ahí considerados eran derechos exclusivos (monopolios de explotación). No obstante, de dicha disposición no se puede desprender una obligación de conceder a los autores, forzosamente, derechos exclusivos (derechos de explotación) y no otra clase de derechos.

Más bien, como ya señalamos antes, el alcance de la norma constitucional es que, si el legislador llegase a conceder derechos exclusivos a los autores (entre otros “privilegios”), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, y por ende, no deben considerarse contrarios a la libre concurrencia; pero de eso, a decir que hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo, hay mucho trecho.

<sup>478</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, p. 186.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 189 y 90.

económicos),<sup>480</sup> si se le impidiese a los autores la celebración de contratos para la explotación de sus obras, si se les pusiesen trabas o requisitos de procedibilidad para acceder a tribunales para el ejercicio de sus derechos, etcétera. Como bien determinó el Comité DESC: la principal acción negativa a cargo de los estados, es que “deben abstenerse de interferir injustificadamente en los intereses materiales de los autores”.<sup>481</sup>

Por su parte, los derechos a la no afectación de propiedades o situaciones consisten en que el Estado no debe afectar ciertas propiedades o situaciones del titular del derecho.<sup>482</sup> Esto podría darse en el derecho a la protección jurídico-autoral, por ejemplo, si el Estado embargara injustificadamente los ingresos que ha obtenido por la explotación de su obra o congelara las cuentas de banco donde estén esos ingresos.

Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas impiden que el Estado elimine las posiciones jurídicas concretas o los derechos derivados de ellas, como parte de una institución jurídica.<sup>483</sup> El derecho a la protección jurídico-autoral también otorga a toda persona una posición jurídica de este tipo; por ejemplo, sería contrario a tal derecho que una ley o un tribunal desconociera a un creador su calidad de autor, o que la ley le concediera la titularidad originaria de los derechos de explotación a una persona diversa del autor,<sup>484</sup> o que la ley restringiera desproporcionadamente un derecho de explotación o de simple remuneración, etcétera. De hecho, el Estado atentaría en contra de esta clase de posiciones jurídicas, si disminuyera injustificadamente el nivel de protección ya otorgado a los autores (obligación de no regresividad) o si les quitara esta protección a los autores, lo que se traduce en un deber *prima facie* de no mermar la posición jurídica actual (y los respectivos derechos que tienen los autores)

De todo lo anterior, puede observarse la cercana relación entre los derechos de explotación y el derecho humano a la protección jurídico-autoral,

<sup>480</sup> Esto ya ha sucedido en México, cuando el INDA negó a los escenógrafos la autorización para constituir una sociedad de gestión colectiva (resolución de 13 de septiembre de 2005, expediente DPVDA/SGC/AO/02/2004), alegando que la escenografía no era una rama de la creación prevista en el artículo 13 de la LFDA.

Dicha resolución fue considerada ilegal (y por ende, anulada) por el TFJFA mediante sentencia del 1o. de abril de 2008, dictada en el expediente del juicio contencioso administrativo 39843/05-17-03-3.

<sup>481</sup> Párrafo 30 de la observación general 17.

<sup>482</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 404, pp. 191 y 192.

<sup>483</sup> *Ibidem*, pp. 192 y 193.

<sup>484</sup> Como bien apunta Drexel, el artículo 27 de la DUDH (y los demás instrumentos internacionales que regulan el derecho a la protección jurídico-autoral) exigen que sea el autor quien tenga la titularidad *originaria* de los derechos de autor. *Cfr.* Drexel, Josef, *op. cit.*, nota 322, p. 171.

en tanto los primeros son la forma más usual en que los estados cumplen su deber iusfundamental de proteger los intereses económicos de los autores; se trata de instrumentos mediante los cuales se satisfacen las exigencias de un derecho humano y su propósito de darle un nivel de vida digno a los creadores.

A mayor abundamiento, el derecho a la protección jurídico-autoral está contemplado en normas con el carácter de *principio*, mientras que la mayor parte de la normas sobre derechos de explotación serían *reglas* que derivan de ese principio y lo implementan (son configuraciones legislativas de un derecho humano).<sup>485</sup> Por consiguiente, la creación y aplicación de las reglas sobre los derechos de explotación, siempre tendrán un impacto en el principio de protección jurídico-autoral.

Con esto terminamos la explicación de las principales relaciones jurídicas que hay entre los derechos de explotación y el derecho a la protección jurídico-autoral. Pasemos entonces a recapitular los principales hallazgos de este capítulo.

Al inicio del presente capítulo nos planteamos dos preguntas. La primera era si los derechos de autor pueden o no considerarse derechos humanos; la respuesta es no. Los derechos de autor son derechos singulares y excluyentes, mientras que todos los derechos humanos son universales e incluyentes.

La segunda pregunta consistía en determinar qué clase de relación hay entre derechos de autor y derechos humanos: una de contraposición, una de complementación o una de indiferencia y no interacción. La respuesta sería que la relación es de complementación, pues los derechos de autor son el principal medio para la satisfacción de un derecho humano: el derecho a la protección jurídico-autoral.

Así, hay una relación directa entre los derechos humanos y los derechos de autor, pues los segundos implementan y encuentran su fundamento en los primeros. En este sentido, son ilustradoras las palabras de Okediji:

The point of the human rights narrative is not to transform intellectual property rights, nor to decry their validity. Indeed, the human rights narrative sees the intellectual property system as a constitutive part of the universal values it seek to affirm in and among status hence the codification of a human right to own intellectual property in both the UDHR and the ICESCR.<sup>486</sup>

<sup>485</sup> Así, el artículo 27 de la LFDA contempla varias reglas que implementan lo ordenado por los artículos 15 del PIDESC, 14 del Protocolo de San Salvador y 28 de nuestra Constitución.

<sup>486</sup> Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 368.

Por lo tanto, concluimos que entre los derechos de autor (concretamente los derechos de explotación) y los derechos humanos hay, como regla general, una compatibilidad. De ahí que consideremos acertado el *modelo de compatibilidad* y no el modelo de conflicto.<sup>487</sup>

Una vez dicho lo anterior, en el siguiente capítulo procederemos a analizar el sistema de restricciones a los derechos de explotación como medida para resolver las colisiones normativas entre el derecho a la protección jurídico-autoral y otros derechos humanos. Posteriormente evaluaremos tal sistema para ver si ha cumplido con esa misión o si hay aspectos de él que requieran ajustes.

<sup>487</sup> En igual sentido, Cornides concluye que no hay un verdadero conflicto entre la propiedad intelectual y los propósitos de los derechos humanos. Véase Cornides, Jakob, *op. cit.*, nota 156, p. 159.

A su vez, Lipszyc califica de falacia la contraposición del derecho de autor con los derechos a la cultura, la información y la educación. *Cfr.* Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 419, p. 105.

Mientras que Okediji, luego de afirmar que las raíces de la propiedad intelectual y los derechos humanos son las mismas (pues reconocen el valor de los seres humanos a través de la protección de los frutos de sus actividades creativas), indica: “At its core, the human rights discipline does not encounter intellectual property as much as it complements it; it does not resist it as much as it attempts to contain its effects”. Okediji, Ruth L., *op. cit.*, nota 6, p. 367.