

# 21

Fecha de presentación: enero, 2020

Fecha de aceptación: marzo, 2020

Fecha de publicación: mayo, 2020

## DERECHOS DE AUTOR

VS DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA: EN BUSCA DEL JUSTO EQUILIBRIO

### **COPYRIGHT VS RIGHT OF ACCESS TO CULTURE: SEEKING THE FAIR BALANCE**

Ana María Pereda Mirabal<sup>1</sup>

E-mail: [anamariaperada5@gmail.com](mailto:anamariaperada5@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8106-6607>

<sup>1</sup> Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca." Cuba.

#### Cita sugerida (APA, séptima edición):

Pereda Mirabal, A. M. (2020). Derechos de autor vs derecho de acceso a la cultura: en busca del justo equilibrio. *Universidad y Sociedad*, 12(3), 151-159.

#### RESUMEN

El artículo pretende sistematizar los criterios que avalan el equilibrio que debe existir entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, partiendo de la consideración de ambos como derechos humanos y fundamentales; para la consecución de esta pretensión se utilizan métodos como el histórico jurídico y el análisis jurídico doctrinal. El estudio realizado permite concluir que se impone, el enfoque del derecho de autor como derecho humano y fundamental, potenciando al creador de las obras que integran la cultura de cada nación y de la humanidad como titular de facultades morales y patrimoniales; derecho que no está aislado del que asiste a todas las personas de poder acceder y disfrutar de dichas creaciones, bien haciendo uso de los límites que se establecen al derecho de autor o bien ejercitando el propio derecho a la libre creación.

**Palabras clave:** Derechos de autor, derecho de acceso a la cultura, justo equilibrio.

#### ABSTRACT

The article intends to systematize the criteria that guarantee the balance that must exist between copyright and the right of access to culture, based on the consideration of both as human and fundamental rights; Methods such as legal history and doctrinal legal analysis are used to achieve this claim. The study carried out allows us to conclude that the copyright approach is imposed as a human and fundamental right, empowering the creator of the works that integrate the culture of each nation and of humanity as the holder of moral and heritage faculties; right that is not isolated from the one that assists all people to be able to access and enjoy these creations, either by making use of the limits established by copyright or by exercising one's own right to free creation.

**Keywords:** Copyright, right of access to culture, fair balance.

## INTRODUCCIÓN

Desde su surgimiento y reconocimiento normativo el Derecho de Autor se ha visto envuelto en una lucha de ponderación con respecto a otros derechos humanos y fundamentales. La protección de los autores siempre ha estado en estrecha relación con el derecho de la sociedad a disfrutar y acceder a esas obras que conforman el patrimonio cultural de cada nación y de la humanidad. En las diferentes etapas el desarrollo científico-tecnológico ha representado un reto para la protección del derecho de los creadores. Especialmente la aparición de la tecnología digital ha facilitado el acceso de las personas a las creaciones intelectuales de forma creciente, transfronteriza y masiva; acceso que en no pocas ocasiones ha resultado un menoscabo para el autor, y que, se ha intentado justificar alegando la existencia de un derecho fundamental de acceso a la cultura. La respuesta de las normas autorales por mucho tiempo se enfocó en la reducción de límites, limitaciones o excepciones para la utilización de las obras, incluyendo el establecimiento de medidas tecnológicas que bloqueaban o impedían la masividad del acceso a las obras de creación intelectual. Situaciones y soluciones que lógicamente resultan perjudiciales para los creadores, los usuarios, los intermediarios y la sociedad en general.

El presente artículo tiene como objetivo sistematizar los criterios que avalan el equilibrio que debe existir entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, como derechos humanos y fundamentales, en evitación de posibles conflictos y soluciones que vulneren ambos derechos, empleando para ello métodos como el histórico jurídico y el análisis jurídico doctrinal.

## DESARROLLO

A decir de Nogueira Alcalá (2003), *“el concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional(derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los derechos constitucionales”*. (p.58)

Señala Pérez Luño (1995), que se advierte una cierta tendencia, no absoluta, a reservar la denominación de derechos fundamentales para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales. Llegando a conceptualizar los derechos *humanos “como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento*

*histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*.

Si se analiza la Propiedad Intelectual, especialmente el derecho de autor, a la luz de los derechos humanos surgen reflexiones importantes y se advierten posiciones encontradas. Se acentúan las diferencias entre derechos humanos y derecho de autor al establecer el carácter de inalienable y universal que tienen los primeros respecto a las personas o grupos de comunidades, frente a la temporalidad y posibilidad de transmisión del segundo. En tal sentido los derechos humanos se erigen como propios y exclusivos de las personas naturales, siendo un término que se emplea para describir los derechos que tendrán a perpetuidad. Por otro lado, se considera que el derecho de autor será exclusivo de aquellas personas naturales que crean la obra, los autores, sin embargo, no son imperecederos, tienen una vigencia temporal. Asimismo, las facultades autorales, con excepción de las morales, son transmisibles, susceptibles de explotación económica, y por tanto negociables, pueden ser licenciadas o renunciadas, estar sujetas a cesiones exclusivas o no.

Lo antes aludido permite afirmar que predomina una concepción patrimonial del derecho de autor, y en la generalidad de los casos los regímenes de protección se conciben pensados para la protección de los que explotan económicamente las obras. Se olvida así, que la obra, como producto del intelecto, posee un valor intrínseco, al ser reflejo de la creatividad humana.

El aura comercial y económica que rodea la actual regulación jurídica del derecho de autor, y en sentido amplio a la Propiedad Intelectual, ha permitido que gran parte de la doctrina concluya que tales derechos no forman parte de los derechos humanos. Una concepción reduccionista centrada en cálculos económicos, como la que predomina en muchas normas autorales, desvirtúa la función social del derecho de autor. Los regímenes de Propiedad Intelectual, con frecuencia, olvidan el equilibrio que debe existir entre los derechos de los creadores y el bienestar de la sociedad.

Para que el derecho de autor se considere derecho humano se hace indispensable reforzar su función social, condicionando las facultades de los creadores a la protección y fomento de la dignidad humana. Supone, por ende, que las normas autorales logren establecer el equilibrio entre los intereses de los autores y la sociedad. De igual forma, supondría que tales cuerpos legales se erigiesen como herramientas para el ejercicio de otros derechos humanos, como los culturales. En sentido general

para que sea reconocido de forma indubitada como derecho humano tendría que interconectarse con el resto de los derechos que ostentan esta categoría y responder al bien común.

Chapman (2001), considera que, para entender la propiedad intelectual, y por ende el derecho de autor, como derecho humano universal, es indispensable abandonar el concepto de interés económico según el Derecho de Propiedad Intelectual. Señala que, en contraste con el individualismo del derecho de la propiedad intelectual, un enfoque de derechos humanos también reconoce que autor, artista o creador puede ser un grupo o una comunidad, además de un solo individuo. Por otro lado, apunta, que si se adopta una posición consecuyente con la naturaleza de los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas. En esencia, las obras de arte y científicas no son principalmente mercancías económicas cuyo valor viene determinado por su utilidad y la etiqueta de su precio.

Potenciar el reconocimiento y protección de facultades morales de los creadores, así como de las facultades patrimoniales se hace indispensable para concebir el derecho de autor como derecho humano. Estas deben reflejar la relación del autor con su obra, bajo premisas éticas que garanticen su honor como persona. Cada galardón (incluido las retribuciones económicas) al creador debe tener una finalidad social, que redunde en beneficio a la sociedad. Este debe ser el espíritu de la legislación en la materia y a ese fin deben encaminarse las políticas estatales. Empero, la realidad económica y el progreso actual desvirtúan esta aspiración.

Para que el derecho de autor se considere como derecho humano, se impone un cambio de enfoque, donde los Estados, como entes de poder público político tienen un rol protagónico. Los regímenes actuales donde se restringe el acceso a la cultura e información, los autores no tienen el control sobre sus obras y los principales beneficiados son los comerciantes e intermediarios que explotan económicamente las mismas, no refleja el carácter de humano del que debería estar dotado el derecho de autor.

Si se pretende dar un enfoque de derecho humano a los derechos de los creadores se hace indispensable potenciar la finalidad/o función social de este, como se ha estado apuntando. Se debe despojar de concepciones eminentemente patrimonialistas e individualistas. En tal sentido se coincide con Valdés Díaz (2016), quien plantea que *“tal consideración que reconoce que los productos intelectuales poseen un valor intrínseco como expresión*

*de la creatividad y la dignidad humanas, da al traste con la idea de entender a aquel como un derecho esencialmente individualista, asumiendo un equilibrio implícito entre el derecho de los creadores y los intereses de la sociedad en general, al bien común”*.(p. 12)

Los terrenos poco nobles por los que discurren tales polémicas no quedan en el plano doctrinal, reflejo de ello son los debates que se han suscitado en la Organización de Naciones Unidas. El alto foro mundial ha elaborado y aprobado más de un instrumento que intenta desentrañar la naturaleza del derecho de autor. Resulta peculiar la regulación que de esta materia se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y que a continuación se analiza.

Después de arduos debates y con base en el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y bajo el influjo positivo de la Conferencia sobre la Convención Internacional de Berna que tuvo lugar en Bruselas, donde se hizo una revisión de los derechos morales regulados en el Convenio, los delegados latinoamericanos aceptaron la idea de brindar protección a los creadores. Busaniche (2013), reconoce que en el seno de tan enconados debates las delegaciones de Cuba, México y Francia desempeñaron un rol fundamental en la redacción de la versión que actualmente se lee en artículo 27, parágrafo 2, de la DUDH.

Cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en su artículo 27 consagra dos derechos, a saber: 1. toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios y, 2. que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual ella sea su autora. El primero destaca en un sentido amplio un interés público y en un sentido estricto un derecho humano de acceso a la cultura, que tendrá un beneficio individual para su titular. El segundo, resalta el derecho de propiedad intelectual que tendrán los autores sobre sus creaciones.

Devela el artículo en cuestión dos vertientes si de participación en el abanico cultural se trata, una faz activa que se identifica con el derecho dimanante del actuar creador de las personas y otra pasiva que se corresponde en sentido general con los consumidores de ese producto final de la creación intelectual. En esta primera acepción es donde cobra vida el llamado derecho de autor o, como se conoce en algunos textos doctrinales y legales, derecho de propiedad intelectual, como un derecho típico de segunda generación que irradia a un número indefinido de

individuos y que lógicamente demanda de prestaciones vinculadas a los servicios públicos a gran escala, como pueden ser: archivos, museos, bibliotecas (tradicionales y digitales) u otras instituciones que sirvan de intermediarias entre los autores titulares del derecho sobre la obra y el público consumidor de la misma.

Sin desconocer, la protección material y la remuneración que se pueda derivar del trabajo de creación intelectual, debe potenciarse el valor espiritual de la obra del intelecto. Una interpretación enfocada en los derechos humanos debe poner al descubierto esta idea que pondera lo moral sobre lo patrimonial, a partir del reconocimiento de una relación imperecedera entre creador y creación.

Nogueira Alcalá (2003), señala que producto de corrientes de pensamiento y políticas críticas de la concepción liberal individualista y del sistema económico capitalista, como el liberalismo democrático, la socialdemocracia y el socialcristianismo, se introducen perfeccionamientos en el concepto y contenido de los derechos humanos, apareciendo los denominados derechos de la segunda generación que son los derechos económicos, sociales y culturales, que buscan asegurar condiciones de vida dignas a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basados en los valores de igualdad y solidaridad, lo que, a su vez, permitir el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.

En plena armonía con el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), se agrega el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI), Nueva York, EE.UU, el 16 de diciembre de 1966 y que entra en vigor el 3 de enero de 1976. El mismo determina en su inciso 1 (a-b) que *“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”* (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966)

A continuación el inciso 2 del citado artículo del PIDESC estipula: *entre las medidas que los Estados Partes 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 la cultura.* (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966). Cabe agregar, empleando palabras de Velázquez (1998), que *“los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de participación, es decir, derechos que tienen como principal objetivo asegurar la*

*participación de las personas, así como de los grupos o colectividades en que se integran, en la vida política, económica, social y cultural o, en fin, en cualquier aspecto o faceta de la actividad humana”*. (p. 255)

A los efectos del presente artículo interesa detenerse en el precepto 15, párrafo 1, inciso (c) del PIDESC. Se ha entendido que este precepto internacional reconoce un derecho a humano a beneficiarse de los intereses morales y patrimoniales que resulten de las creaciones del espíritu. Idea que reafirma la estrecha vinculación autor –obra, concebida esta como emanación de su personalidad. El fin o finalidad de este beneficio es que los creadores contribuyan al desarrollo cultural y científico de la sociedad. El reconocimiento de tales prerrogativas nace indisolublemente adherido a otros derechos que reconoce el propio artículo 15. Sin embargo, no se erige el artículo en salvaguarda solo de derechos personales, pues al reconocer una arista material también, coadyuva a la realización de otros derechos económicos reconocidos en el Pacto. Se establece, por tanto, entre todos ellos, una relación recíproca de ponderación y limitación.

El derecho de autor dentro de su construcción dogmática tiene fuertes componentes históricos y de reivindicaciones sociales, por ser, en cierta forma un derecho humano que pertenece a sus titulares pero que a la vez posee un marcado fin social. Su reconocimiento en el PIDESC lo incluye dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de forma consecuente lo convierte en un derecho que busca la salvaguarda de la dignidad de sus creadores y de los ciudadanos que acceden a los bienes culturales, como pueden ser las obras del espíritu.

Es importante resaltar que el Comité de Aplicación del PIDESC en su comentario al artículo 15 inciso c), establece una diferencia entre el derecho a beneficiarse moral y materialmente de las creaciones y los derechos de autor que se regulan en las legislaciones internas de cada Estado. Hace énfasis en distinguir los derechos universales e inalienables derivados de la dignidad humana que consagra el Pacto de aquellos que son regulados por las normas de derecho interno para potenciar la creatividad. Este Comité se muestra partidario de identificar los derechos legalmente reconocidos por la Propiedad Intelectual como regímenes que protegen a los que explotan económicamente las obras. En contraposición el derecho a beneficiarse de la actividad creativa es un derecho humano, y la arista del beneficio material estaría encaminada a garantizar un nivel de vida adecuado (Organización de las Naciones Unidas, 2005).

Al estar incluido dentro de esta categoría de derechos, el derecho de autor, se puede concebir como un derecho

de participación, cuyo principal objetivo es el de asegurar la intervención de las personas. Esta tesis nos permite afirmar, a tono con los análisis precedentes, que los derechos concedidos a los autores son, como mínimo, conquistas del hombre que muestran el progreso de la condición humana. Por tanto, las leyes nacionales deben proyectar sus regulaciones sobre la base de permitir el acceso a la cultura, sin desconocer el derecho sobre lo creado, sobre la obra que ha sido creada por su autor.

Independientemente de que se considere el derecho de autor como medio para la satisfacción de otros derechos humanos, su capacidad para garantizar derechos de los creadores debe deslindarse y reconocerse. No se trata de un derecho individualista, carente de autonomía o dependiente de otros derechos humanos única y exclusivamente. Es un derecho con una fuerte función social, garante de muchos otros, finalidad que no pierde al brindar protección a un grupo de individuos que destacan por la creatividad y originalidad de sus obras.

Partidario de esta posición es Bercovitz Rodríguez-Cano (2012), quien plantea que *“tanto el legislador como la doctrina han venido a admitir implícitamente que el derecho de autor no deriva directamente de la libertad de expresión (de creación), que ciertamente constituye su presupuesto, pero que no debe confundirse con aquél”*. (p. 25)

Argumentos que han permitido sostener tesis como la de Cetina Presuel (2015), quien con razón alega que *“una cosa es el derecho genérico e impersonal a crear, en virtud del cual a cualquier persona se le reconoce la posibilidad de expresarse a través de una obra, aunque no haga uso de este derecho y otra el derecho que tiene quien concretamente crea la obra, por tratarse de un derecho específico resultado del acto de creación intelectual”*.

No se deben entender y proteger los derechos de los creadores en estricta subordinación a otros derechos humanos. Las concepciones autoralistas no pueden enfocarse en la vertiente estrictamente patrimonial de este derecho. Hay que comprender la naturaleza de los derechos de autor desde una concepción monista, concebirlo como un único derecho subjetivo que agrupa de forma unitaria un conjunto de facultades morales y patrimoniales. En palabras de Madriñán Vázquez (2015), *“el fin del componente patrimonial no es ya salvaguardar las prerrogativas económicas que ostenta el autor sobre su obra, sino direccionar el destino de un bien cultural dentro de un mercado social”*. (p. 33)

Se hace evidente que, tanto en la DUDH como en el PIDESC se asume como derecho humano el derecho que tiene la persona a que se proteja la producción intelectual de la cual resulta autora. Los aspectos polémicos surgen a la hora de considerar ese derecho de autor como humano a la sazón de las regulaciones internas de los Estados, porque en

no pocas ocasiones estos regímenes de protección tienen un marcado carácter económico. A la luz de los dos instrumentos internacional analizados se impone que las leyes autorales garanticen la indivisibilidad de los derechos humanos. Solo en la medida que los derechos reconocidos a los autores se conciben bajo el prisma de las obligaciones y principios internacionales sobre derechos humanos se podrán defender como tales.

Sobre la esencia de los derechos fundamentales Nogueira Alcalá (2003), plantea que *“los derechos esenciales o fundamentales no son sólo derechos que limitan el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, siendo el elemento fundamental y básico de la concepción del Estado. La denominación utilizada de derechos fundamentales o humanos, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico”*.

Para Pérez Royo (1997), *“los derechos fundamentales son los derechos naturales democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador, contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad”*. (p. 278)

Siguiendo esta línea de pensamiento Pérez Veliz (2017), parte de reconocer que *“el término derechos fundamentales se emplea en dos sentidos desde la doctrina y las legislaciones en la materia: uno amplio, y considerado técnicamente incorrecto por algunos teóricos, que le atribuye el calificativo de fundamental a cualquier derecho plasmado en la Constitución; y otro estricto, reservado para aquellos derechos que conforman el núcleo central del estatus jurídico del individuo; definiendo en consecuencia a los derechos fundamentales como aquellos inherentes a la condición humana, y que expresan las conquistas del hombre, como parte del progreso de la humanidad”*.

Analizando críticamente la definición de Pérez Royos, el citado Pérez Veliz (2017), *“sostiene la existencia de requisitos de fundamentalidad que deben estar presentes para considerar como fundamental un derecho, sin desconocer que la postura del primero también tiene sus limitaciones, pues restringe el carácter de fundamentales solo a aquellos derechos cuyas garantías aparecen positivadas en el ordenamiento jurídico”*. (p. 63)

La propuesta *in comento* expone como requisitos de fundamentalidad: la eficacia directa, vinculación de todos

los poderes públicos, reserva de ley, indisponibilidad legislativa para la regresión, contenido esencial mínimo intocable, tutela judicial efectiva y control de constitucionalidad (Pérez Veliz, 2017).

Sin desconocer los debates actuales sobre el llamado *test de fundamentalidad* y sobre la existencia o no de diferencias reales entre las categorías derechos fundamentales, humanos y constitucionales, se considera que si deben tenerse en cuenta unos requisitos que nos permitan determinar cuando un derecho se puede catalogar como derecho fundamental y cual será en consecuencia su protección, parámetros que deben ser valorados en cada ordenamiento en particular y que por lógica rebasan el objeto de estudio de la presente investigación.

Baste a los efectos de la presente sostener que el derecho de autor es un derecho de segunda generación y al incluirse dentro de “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se erige como un derecho que busca la salvaguarda de la dignidad de sus creadores y de los ciudadanos que acceden a los bienes culturales, como pueden ser las obras del espíritu, pero además, al estar incluido dentro de esta categoría de derechos se convierte en un derecho de participación. Reflexión que nos permite afirmar que los derechos concedidos a los autores son, como mínimo, conquistas del hombre que muestran el progreso de la condición humana, siendo un elemento coincidente con las definiciones conceptuales de derechos fundamentales antes aportadas.

Además desde el punto de vista teórico-jurídico el Derecho de Autor soporta el llamado *test de fundamentalidad*, pues en muchas Constituciones se reconoce el derecho moral y patrimonial sobre la actividad de creación intelectual, reconocimiento que debe bastar para proteger los derechos autorales aunque no existieran otras normas sustantivas o procesales al respecto (*Eficacia directa*); por tanto constituye una obligación de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial su protección (*Vinculación de todos los poderes públicos*); siendo la ley, y no otro cuerpo jurídico de menor rango, la única que puede delimitar el alcance de los derechos de los autores (*Reserva de ley*); que en todo caso debe mostrar una tendencia a la progresión, es decir al establecimiento de mecanismos de garantía y control que permitan un pleno goce y ejercicio de las facultades autorales (*Indisponibilidad legislativa para la regresión*); quedando establecido como en el caso en análisis cuales serían esas facultades que corresponden a los creadores y que se erigen como núcleo del contenido de este derecho, que pueden ser limitadas como es lógico por razones de interés social o el propio contenido de otros derechos fundamentales, como el de acceso a la cultura, pero en ningún caso eliminadas

(*Contenido esencial mínimo intocable*)<sup>1</sup>; y en los supuestos que ocurran violaciones a los derechos de autor estos cuentan con los mecanismos judiciales necesarios para protegerse ante este actuar (*Tutela judicial efectiva*), llegando incluso a contar con la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de una norma que les afecte en su derecho (*Control de constitucionalidad*).

Para apoyar esta línea de pensamiento se esgrimen la palabras de la profesora Espín Alba (2014), quien expone que “*el derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual es uno de los principios rectores de la política armonizadora de los mercados, una vez que existe el consenso sobre la idea de que la armonización de las normativas de los Estados miembros sobre los derechos de autor y derechos a fines a los derechos de autor contribuye a la realización de los objetivos de creación de un mercado interior y la instauración de un sistema que garantice que la competencia dentro de ese mercado interior no se falseada*.”(p. 14)

No obstante es necesario reconocer que no toda la doctrina acepta la fundamentalidad de los derechos de autor. En este sentido los que rebaten la tesis que defiende al Derecho de Autor como fundamental tratan de establecer desde los textos constitucionales la distinción entre la libertad de creación como concreción de la de expresión y los derechos que se derivan de ese acto de creación y se concretan sobre la obra.

El objeto de protección del Derecho de Autor lo constituye la obra. En su sentido literal según el diccionario, como obra “se clasificaría en general cualquier producción del entendimiento en ciencias, letras o artes”. (Alvero Francés, 1976, p. 547)

Si se asume un significado técnico jurídico habría que ceñirse a la definición que brinda el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1980) de Derecho de Autor y Derechos Conexos donde se lee: “obra es toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Así, se puede concluir que estaremos en presencia de una obra, cuando se alude a una creación surgida del hombre, es decir proveniente del intelecto humano, cuya forma de expresarse es original y distinta de las ya existentes dentro de su mismo género. Tales productos del

<sup>1</sup> Existe un sistema de límites al derecho de autor que afecta las facultades patrimoniales, al permitir usos de la obra sin necesidad de autorización del autor o titulares; pueden ser usos libres y gratuitos o sujetos a remuneración, pero en ningún caso el que actúa amparado por este límite pueda desconocer las facultades morales o personales del creador.

ingenio pueden expresarse en la esfera artística, literaria o científica y en todos los casos deben estar aptos para ser divulgados, otorgando en consecuencia un conjunto de facultades morales y patrimoniales sobre esas creaciones.<sup>2</sup>

Dentro de este derecho subjetivo abstractamente considerado se evidencian un conjunto de facultades que se han identificado como morales y patrimoniales, y que constituyen el contenido de este derecho. Se identifica como contenido moral del derecho de autor por la doctrina y la práctica jurídica al conjunto de facultades de carácter personalísimo, mediante las que se protege a la persona del autor a través de su obra y la especial relación entre ambos, constituyen por ende la expresión de la personalidad del creador.

No obstante, estas facultades personales se ven complementadas por las llamadas facultades patrimoniales que se caracterizan por ser exclusivas, transferibles, renunciables y de una duración limitada, reportando su ejercicio beneficios económicos al autor, pues traen aparejada una remuneración.

El circunscribir el objeto de protección del Derecho de Autor a la obra, se ha sostenido que su finalidad en sentido estricto es la de preservar la realización personal y económica del autor. Sin desvirtuar la tesis anterior hay que tener en cuenta el contenido social de este derecho, y por ello habrá que reconocer que además de lo antes expuesto dentro de su fin debe incluirse el de proteger la difusión del conocimiento y la promoción de la creación.

Para satisfacer esta exigencia que es esencia y no potencia, las normas que regulan el derecho de los autores han establecido un conjunto de situaciones en las cuales las obras pueden ser utilizadas o disfrutadas sin que ello implique la autorización del titular del derecho ni la remuneración y que en definitiva resguardan un interés específico que, a juicio del legislador, es importante proteger, siendo lo que se conoce técnicamente como excepciones y/o limitaciones al derecho de autor.

A criterio de Bondía Román (1988), el derecho de autor busca mantener el equilibrio del que hemos venido hablando pues su objetivo es *“dar solución a una serie de conflictos de intereses entre los autores de las creaciones intelectuales, los editores y demás intermediarios que las distribuyen y el público que las consume”*. (p. 21)

<sup>2</sup> Desde la teoría monista el derecho de autor es considerado un único derecho subjetivo que surge con el acto de creación, integrado por facultades morales y patrimoniales. La doctrina dualista en contraposición lo concibe como dos derechos subjetivos diferentes. Durante el desarrollo del presente trabajo se emplearán indistintamente los términos derechos y facultades, aunque no son técnicamente coincidentes.

Es común que las personas que acceden a las obras perciban estas como un producto o un mero instrumento. En ocasiones, se ve la obra como una simple mercancía por parte de los consumidores o usuarios de bienes culturales. La reacción ha sido entonces hacer más férrea las normas de protección controlando los medios de acceso y uso de las creaciones. Control que no se somete al análisis detallado para determinar hasta dónde puede afectar o colisionar con derechos fundamentales como el de acceso a la cultura.

Cetina Presuel (2015), observa que la tecnología ha dado las herramientas para acceder casi masivamente a las obras, pero al mismo tiempo ha permitido que la protección se haga más fuerte. Internet permite nuevas formas de explotación y difusión, al tiempo que ha hecho más vulnerables a los creadores por posibles violaciones de la propiedad intelectual, al no poder distinguirse entre usos comerciales o privados.

Plaza Penadés (2006), reconoce que desde las normas autorales se visualiza la importancia y dificultad a la hora de encontrar un equilibrio, a través de los límites en lo que respecta a las medidas tecnológicas de protección. Para el autor *“una protección deficiente, junto con un alto grado de inseguridad jurídica en materia de protección, podría suponer un freno injustificado para el desarrollo de los nuevos productos y servicios protegidos por derechos de autor y derechos afines”*. (p. 19)

Ante la digitalización del conocimiento, el derecho de autor para no infringir libertades fundamentales, como el acceso a la cultura, necesita reconstruir sus postulados para que estos garanticen el acceso a las obras del espíritu. De ahí la necesidad de una adecuada regulación legal de ese interés privado del autor que se revierte en la satisfacción de un interés público. En definitiva, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social.

Al tratar de lograr ese equilibrio, 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 (Organización de las Naciones Unidas, 2005). Por otro lado, no se debe desconocer el derecho de autor, porque el creador siempre ha sido y será el centro de todo desarrollo cultural.

Se impone siguiendo el criterio de Sirinelli (1999), distinguir entre el hecho de que el derecho de autor encuentra su frontera en el interés público y el considerar que el autor debe soportar restricciones en interés del público. Sólo el primero se confunde con el interés general o el Bien Común. Sobre todo, no habría que olvidar que ha

llegado a ser un reflejo para los falsificadores el de justificar sus actos ilícitos por la supuesta búsqueda de un hipotético interés general. Las obras contienen información, pero esto no implica que tenga que existir un acceso ilimitado en todo momento como si se estuviera accediendo a simple ideas.

Esgrimiendo similares argumentos Bercovitz Rodríguez-Cano (2012), plantea que *“a través de la protección que el derecho de autor concede al autor se promociona la cultura, propiciando la creación de obras, así como su difusión, propiciando así el enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad..., enriquecimiento cultural común a cambio de exclusiva de explotación por un tiempo limitado”*. (p. 25)

Ha sido una constante para las normas autorales la búsqueda del justo equilibrio entre intereses contrapuestos. La regulación debe ser flexible y ajustada a cada realidad social, de forma que no sea eludida ni rechazada por los usuarios, detentadores de derechos como el de acceso a la cultura. Lo anterior no debe entenderse como ineficacia normativa para proteger al creador, pues ello acarrearía desmotivación y frenaría la actividad creativa y la difusión del conocimiento, lo que a la larga afectaría el derecho de acceso a la cultura.

Para determinar la influencia del derecho de autor sobre el derecho de acceso a la cultura, se deben asumir posturas como De Román Pérez (2003), para quien *“las Leyes sobre propiedad intelectual se estructuran en torno al autor; que con frecuencia es un único sujeto, lo cual no significa que solo se proteja a este, sino que, como ya es sabido, también se protege la obra con el fin de garantizar el interés social de acceso a la cultura. De ahí que se limite la duración de los derechos patrimoniales del autor”* (p. 522)

Para entender esta relación entre derecho de autor y derecho de acceso a la cultura se debe partir de reconocer que el primero es generador de cultura. A los efectos de la presente baste enarbolar las palabras de la autora Valdés Díaz (2014), cuando expone que *“el proceso de protección a la cultura nacional no debe limitarse a la defensa de lo creado, sino que debe extenderse a fomentar la creación, entonces debe quedar claro que los creadores deben estar debidamente reconocidos en el orden moral, también patrimonial, y esto no debe ser solamente objeto y atención de aquellos que se vinculan a la creación, sino también del Estado mediante el establecimiento de adecuadas normas que protejan al autor y su obra. Preservar los legítimos beneficios de los autores estimula la actividad intelectual y artística, patrimonio sagrado de la nación, a la vez que facilita el intercambio de ideas,*

*conocimientos y expresiones más diversas de la cultura de los pueblos”*. (p. 33)

## CONCLUSIONES

Se impone, el enfoque del derecho de autor como derecho humano y fundamental, potenciando al creador de las obras que integran la cultura de cada nación y de la humanidad como titular de facultades morales que lo vinculan estrecha e indisolublemente con su creación, sin desconocer el contenido patrimonial que también integra tal derecho. Un derecho humano que no está aislado del que asiste a todas las personas de poder acceder y disfrutar de dichas creaciones, bien haciendo uso de los límites que se establecen al derecho de autor o bien ejercitando el propio derecho a la libre creación.

El derecho de autor no afecta el derecho de acceso a la cultura, toda vez que protege la forma de expresión, no de las ideas o la información contenida en las obras, lo que garantiza el equilibrio entre interés individual del creador e interés público de acceso a la cultura.

Ante la necesidad creciente de salvaguardar el derecho de acceder a la producción científica, literaria y artística de la sociedad, así como los derechos de los creadores, el presente artículo sostiene la tesis de que el Derecho de Autor tiene ante sí el reto de redefinir sus conceptos y reconstruir sus instituciones sin abandonar sus principios rectores. Esto se traduce en adaptar sus límites y excepciones a la nueva era digital, de manera que sin rígidos esquemas permita el disfrute de las obras que protege, propiciando el acceso a la cultura, sin lesionar las facultades de los autores, logrando el justo equilibrio entre producción intelectual, protección autoral y derecho de acceso a la cultura.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvero Francés, F. (1976). *Cervantes Diccionario Manual de la Lengua Española*. Ed. Pueblo y Educación.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2012). *Manual de propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch.
- Bondía Román, F. (1988). *La Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información*. Trivium.
- Busaniche, M.B. (2013). *Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina*. (Tesis de Maestría). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
- Cetina Presuel, R. (2015). Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid.



- Chapman, A. R. (2001). La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Boletín de derecho de autor*, 35(3).
- De Román Pérez, R. (2003). *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*. Reus.
- Espín Alba, I. (2014). *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el Derecho de autor*. Ed. Reus.
- Madriñán Vázquez, M. (2015). *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*. Reus.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación General N° 17*. [https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,...0.html](https://www.refworld.org/es/publisher/CESCR,GENERAL,...0.html)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). Glosario de derecho de autor y derechos conexos. OMPI. [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/.../wipo\\_pub\\_816\\_efs-ocr-sp-image.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/.../wipo_pub_816_efs-ocr-sp-image.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 15. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Pérez Luño, A. (1995). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos.
- Pérez Royo, J. (1997). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.
- Pérez Veliz, A. (2017). *El Derecho al Honor Frente a los Medios de Comunicación. Presupuestos para su protección en Cuba*. (Tesis de Maestría). Universidad de La Habana.
- Plaza Penadés, J. (2006). La reforma de la Ley de propiedad intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. *Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 12(19), 17-39.
- Sirinelli, P. (1999). Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos. (Estudio). *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)*. [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct\\_wppt\\_imp/wct\\_wppt\\_imp\\_1.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf)
- Valdés Díaz, C. C. (2014). *Estudios cubanos sobre Derecho de Autor y derechos conexos*. Organización Nacional de Bufetes Colectivos.
- Valdés Díaz, C. C. (2016). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Ed. Félix Varela.
- Velázquez, A. C. (1998). Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 27, Derecho a la cultura. En, M. Balado & J. A. G. Regueiro, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Ed. Bosch.