

LA POSICIÓN DE SUJETO EN EL DERECHO DE AUTOR

“Position subject to copyright”

Mg (c). Julio César Padilla Herrera*

Fecha de entrega: 16-04-2013

Fecha de Aprobación: 14-05-2013

Para referencias: PADILLA HERRERA, Julio César, (2013), “LA POSICIÓN DE SUJETO EN EL DERECHO DE AUTOR” En Revista Principia Iuris 19. Universidad Santo Tomás. Tunja

“Creemos saber que este texto, que tomamos por único e idéntico a sí mismo, existe en su versión original, formando uno... según la creencia general, tal versión llamada original constituye la última referencia en cuanto a aquello que podríamos llamar personalidad jurídica del texto, su identidad, su unicidad, sus derechos... todo está actualmente garantizado... por un conjunto de leyes que tienen todas ellas una historia, a pesar de que el discurso que las justifica pretende a menudo arraigarlas en leyes naturales.”

Jacques Derrida La filosofía como institución

RESUMEN**

La propiedad intelectual no presenta ninguna utilidad social ni económica. Eso sostiene algún grupo actualmente en relación con dicha institución. El presente documento aborda la justificación deontológica de la propiedad intelectual para defender y sustentar una afirmación contraria a la inicial. En primer lugar, desde John Locke se presentará la nada pacífica situación del sujeto creador, posteriormente la tensión entre éste y los sujetos que usan o se sirven del bien creado. El propósito de este texto es presentar una caracterización de los principales elementos a tener en cuenta desde una posición de sujeto que permita contribuir a la discusión actual en relación con la crisis de los fundamentos de la propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE

Autor, artista, apropiación, individualismo, derecho conexo, propiedad intelectual.

ABSTRACT

Intellectual property does not have any social or economic utility. It currently holds a group in relation to the institution. This paper addresses the ethical justification of intellectual property to defend and support a statement contrary to the initial one. First, from John Locke will present peaceful situation

* Mg(c) en Derecho de la Universidad de Los Andes, Especialista en Contratación de la Universidad Externado de Colombia, Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Docente Investigador de la Universidad Católica de Colombia. E-mail: jcpadilla@ucatolica.edu.co

** Artículo de investigación, producto de un análisis jurídico, enmarcado en lo sustancial del derecho del autor.

Propuesta relacionada con la posición del sujeto en el orden sustancial

Método: analítico, descriptivo.

nothing creative subject, then the tension between this and the subjects that use or serve the well created. The purpose of this paper is to contribute to a characterization of the main elements to be considered from a subject position that could contribute to the ongoing discussion regarding the crisis in the foundations of intellectual property.

KEYWORDS

Author, artist, ownership, individualism, related rights, intellectualproper

METODOLOGÍA

El presente estudio se realizó utilizando un método de análisis deductivo.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Problematización y ubicación. 3. Contexto de la justificación desde Jhon Locke. 4. El sujeto propietario en el derecho de autor. 5. La teoría de la apropiación por medio del trabajo en los derechos conexos: excursu. 6. Tensiones en los sujetos: la justificación social. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

(Merges, 2011) expone que el reconocimiento de la propiedad en el estado natural y el compromiso del estado con respecto a la propiedad es la causa primera, la gran explosión que pone en movimiento las fuerzas de la formación del Estado.

Tal planteamiento estrictamente Lockeano, permite concluir que solo puede haber propiedad privada protegida en la medida que el estado la reconozca. Cosa que es obligación por ser preexistente y fundadora de la sociedad civil, podrá decirse que si no se protege la institución no existe tal sociedad sino el mero estado natural.

Llegado a este punto, lo incierto de la propiedad intelectual, no es el para que, o el que protege sino por qué se protege a un

cierto creador. Una razón posible puede hallarse en (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1960). En vista de ello, se ha indicado que deben existir derechos exclusivos y excluyentes, en cabeza de un autor, un inventor o un titular, por que el trabajo, esfuerzo o industria así lo justifican. Concretamente: el trabajo¹ es la justificación de la existencia de los derechos de propiedad intelectual.²

La afirmación por sí sola parece coherente y suficiente. Sin embargo, “las contribuciones a la cultura, las artes y la tecnología en una sociedad moderna, no deben ser de propiedad individual” (Merges, 2011), aun cuando el trabajo justifique la apropiación³.

Hay otras maneras de reconocer y recompensar actividades útiles para el Estado y la Sociedad (Merges, 2011). Luego

1 Del creador de los bienes.

2 Autores como Merges, 2011, Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual, 1988; Strowel, 1994 y Hettinger, 1989.

3 La música clásica, los antiguos textos, el diseño del motor de combustión interna, el Internet, y muchos más de nuestros artefactos cotidianos no son privados...” Merges, 2011

no es necesario otorgar derecho alguno a un creador. Pero esta sería una afirmación vacía, pues omite precisamente la razón de la sociedad civil y la consecuencia de la misma: la propiedad.

Entonces, hallar una justificación para una institución como la propiedad intelectual exige realizar una revisión básica de la teoría clásica de la apropiación por medio del trabajo. Por lo tanto, el propósito del presente texto es analizar dicha teoría en John Locke para justificar o cuestionar, el derecho exclusivo y excluyente del autor.

2. PROBLEMATIZACIÓN Y UBICACIÓN

La propiedad intelectual es un área en que se agrupan las creaciones intelectuales originales, novedosas, distintivas y elementos del derecho de clientela o competencia. El contenido de las normas así como las instituciones encargadas de articular y difundir el discurso de la propiedad intelectual se las califica actualmente como anacrónicas y herméticas. Esto ha sido así, toda vez que el mercado digital de obras así como los nuevos modelos de negocio no conjugan con el viejo lenguaje propio de las disposiciones normativas, ahora bien, esto específicamente en el derecho de autor y los derechos conexos.

El consumo de obras que cada vez más reemplaza la lectura y las constantes exigencias del consumidor han generado

industrias creativas hiperactivas. El derecho de transformación, las licencias, cesiones de derechos y la gestión colectiva moderna promueven un escenario en que la obra física, digitalizada o electrónica cada vez genera mayor rendimiento y competencia pese a los conflictos a que se enfrentan en el entorno digital.

Valga aclarar, quienes fungen como propietarios (en estricto sentido) sobre los bienes⁴ o creaciones del intelecto son el autor, el inventor y el titular de derechos económicos o patrimoniales.

En otro orden de cosas, la sociedad, la cultura y la lectura de obras en espacios abiertos como la Internet dan énfasis a una persistente discusión que se concreta en los siguientes interrogantes: ¿Quién es un autor?, ¿Es posible que la sociedad sea propietaria de las obras dada la finalidad cultural y educativa de aquellas?, ¿Quién es un lector?, ¿Qué es una obra original?, ¿Es posible reformular el derecho de propiedad intelectual de manera que no sea exclusivo y excluyente?, ¿Prevalecen el acceso a la información, la educación y cultura más que la creación artística, el ingenio o talento humano?.

Las anteriores han sido algunas de las cuestiones que enfrenta actualmente la propiedad intelectual. Muchas de las soluciones son inmediatistas y melindrosas lo que agrava el problema. Las cuestiones no son minúsculas y la propiedad

4 Trabajaremos a (Ascarelli, 1960), para indicar que las creaciones intelectuales pueden ser: 1) las obras del derecho de autor donde hay una expresión formal y representativa, con un valor autónomo, 2) los inventos industriales que son una aportación creadora en el mundo de la técnica que resuelven un problema técnico y que generan un resultado industrial, 3) las expresiones artísticas dependientes es decir no autónomas, ya que no pueden prescindir del producto al que se refieren luego su función es la de un instrumento para hacer más fácil el empleo de algo o para darle un aspecto más agradable (ej. los modelos, dibujos ornamentales) y 4) las nomenclaturas de la realidad es decir signos distintivos cuyo destino es individualizar sujetos u objetos, que aunque carecen de autonomía, poseen virtud distintiva por lo que la creación no se comprende más que en relación de lo que se quiere distinguir en el marco de cierto mercado.

intelectual como institución requiere un debate académico sensato. En resumidas cuentas, la propiedad intelectual está acudiendo a un contexto en que se pone en cuestión su utilidad y valor social.

En el escenario mundial señala (Porzio, 2011) el Anti-Counterfeiting Trade Agreement o ACTA⁵, empieza a “conformar una nueva realidad jurídica internacional para la propiedad intelectual”. De otra parte, el moderno libre comercio y la suscripción de no pocos acuerdos multilaterales o bilaterales agregan más dificultades, prevalentemente en los países que aun no desarrollan una economía sólida propia de una adecuada explotación de la propiedad intelectual.

Finalmente y siguiendo a (Drahos, 2007) los países en vías de desarrollo parte débil en la negociación de tratados de libre comercio, asumen ingenuamente que los fuertes estándares de propiedad intelectual propios del sistema comercial extranjero⁶ beneficiarán de la misma forma a sus economías nacionales, pero soslayan las circunstancias sociales y políticas que inciden en dicha afluencia.

Ahora bien, la promoción de la propiedad intelectual es sinónimo de progreso en una sociedad. Sin ir muy lejos, la constitución estadounidense de 1787 señala aquello de manera explícita y en relación con la figura del creador. Así en el Artículo 1, sección 8, cláusula 8, se indica que el propósito de la

protección de la propiedad intelectual en la ley 8 es “...promover el progreso de la ciencia y artes útiles concediendo, por un período limitado, a los autores e inventores un derecho” (Schechter & Thomas, 2003).

Por su parte la Constitución Colombiana, en su artículo 61 indica que: “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Es así que se consagran un conjunto de derechos reconocidos a los sujetos que producen el bien y a la par una finalidad de progreso científico en razón de la utilidad de lo creado.

Llegados a este punto, se hace preciso puntualizar que la discusión del presente texto tendrá su eje en la posición de sujeto. De aquel que crea el bien intelectual y de quien se sirve de éste. A manera de excursio se tratara del sujeto propietario en los derechos conexos con especial énfasis en el artista, intérprete o ejecutante.

Desde los anteriores asuntos, este texto pretende: 1) presentar las discusiones en torno a la justificación general de algunos de los sujetos en los derechos de autor y los derechos conexos, y 2) defender la tesis de que en el derecho de autor y los derechos conexos la posición de sujeto la asume quien tiene ciertos intereses particulares con lo que las finalidades propias de esta clase de derecho, relativas a la educación o cultura, se han visto excluidas de los escenarios de discusión.

5 Por sus siglas en inglés. Este acuerdo reúne “a los países donde se encuentra concentrada la inmensa mayoría de los principales titulares de derechos de propiedad intelectual en el mundo” (Porzio, 2011). Por supuesto Colombia no es uno de ellos.

6 Por regla general con industrias creativas organizadas y sistemas de distribución eficientes.

3. CONTEXTO DE LA JUSTIFICACIÓN DESDE JHON LOCKE

Definir propiedad en términos de Locke presenta diversas dificultades. En primer lugar, el autor inglés dice que por propiedad debe entenderse la vida, la libertad y los bienes, luego señala que propiedad es la que tienen los hombres sobre sus bienes y sobre las personas. Llegado a este punto (Macpherson, 2005) señala que Locke no pretende tanto definir la propiedad como sí plantear el derecho natural a los bienes que tienen todos los hombres.

Ante todo, la del derecho natural a los bienes en Locke es una exposición de la validez que tiene tal derecho, es por ello que el énfasis de su teoría es: como se adquiere propiedad⁷. El renglón en que indica que sobra el consentimiento expreso, denota una situación ambivalente en su teoría pues de un lado, justifica el consentimiento en aras de la sociedad civil pero por otro prescinde del mismo y señala que no es necesario para la adquisición de propiedad pues en últimas esta presenta dos formas en el estado de la naturaleza. Es común, con respecto a los frutos y la tierra pero dado el trabajo aplicado es legítimamente individual.

Un aspecto central de la propiedad que se adquiere mediante el trabajo son sus especiales características inherentes. Planteadas aquí como afirmaciones: se es propietario en la medida en que se aplica trabajo a lo común⁸, se es propietario además, de la propia persona. Finalmente, se es propietario en la medida de los sujetos en los derechos de autor y conexos. Para concluir que a partir de una posición de sujeto podrían generarse soluciones posibles en relación con el imperioso cuestionamiento del valor social y la utilidad del derecho de autor como parte de la institución de la propiedad intelectual.

En cantidad suficiente⁹ y quede de igual calidad en común para los demás” (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1960).

La idea del límite de la propiedad esta aparejada con la del hombre racional y trabajador. Adicionalmente (Macpherson, 2005), afirma que dicho límite también se sitúa en la utilidad¹⁰. En suma, la propiedad con dichos límites puede calificarse como útil y ventajosa para el propietario o “percedera” y común para el resto.

7 Podría decirse que es compleja en diversos puntos, pues pareciera que el concepto se fuera acoplado a medida que realiza cada planteamiento. Así las cosas, cuando habla de la esclavitud señala otra forma de adquirir propiedad, a saber: “ningún hombre puede conceder a otro, mediante acuerdo, lo que él no tiene consigo...su propia vida” (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1960). Entonces, si la vida de alguien es de su propiedad en estricto sentido y en completa relación con los postulados de Locke, puede adquirirse en caso de que se genere un estado de guerra, “entre un vencedor (amo) y su cautivo (esclavo), y ese último nada tiene que hacer sobre sí mismo porque ya no “se pertenece”. Pese a ello el autor inglés es uno de los fundadores del liberalismo.

8 La tierra, los frutos de la naturaleza.

9 Al respecto “Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder será aquello de lo que le esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que excede lo utilizables será de otros” (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1960)

10 La oposición a la destrucción, leída como aquella que perjudica lo que se da en común a los hombres. Es una infracción a la auto-conservación.

De modo similar se explica la propiedad intelectual, reconociendo a un sujeto creador¹¹ un derecho a servirse de el bien creado con la imposición de límites específicos. Puede aplicarse el trabajo de Locke en este punto. Toda vez que un individuo es titular de un derecho de propiedad sobre sí mismo, evidente es que el trabajo de su cuerpo sea suyo (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual, 1988).

Aquel trabajo del cuerpo¹² presenta distintas connotaciones cuando de propiedad intelectual se trata. Es un invento en la medida que su creador (inventor) genera un objeto novedoso, útil y con alguna aplicación en cualquier campo de la industria¹³. Es una obra, en cuanto sea original, esto es, en la medida que la expresión sea creativa e individualizada¹⁴, dicho en palabras de (Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, 2006) “que tenga algo individual y propio de su autor”.

La lectura que debe hacerse de Locke en materia de propiedad intelectual permitirá no dudar de la legitimidad de tal

institución o entenderla sumariamente. En síntesis, ésta sería la lectura lockeana: Los derechos de propiedad intelectual sobre el producto del trabajo, lo son por el cuerpo mismo. “Una persona es dueña de su cuerpo y por lo tanto ella es propietaria de lo que hace, es decir, su mano de obra. El trabajo de una persona y su producto son inseparables, por lo que la propiedad de uno se puede asegurar sólo por ser dueño de la otra¹⁵” (Hettinger, 1989).

En suma, la causa de protección en la propiedad intelectual es pues el esfuerzo creativo, el trabajo generador del bien intelectual. El filósofo (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual, 1988) señala que vista así, se trata de una justificación deontológica. Es decir, aquella que reconoce ciertos derechos y deberes a un sujeto quien es el que actúa en el ámbito de la institución, en este caso: el autor o el inventor.

Los límites a la propiedad intelectual son específicos, análogos a los Lockeanos; a saber, utilidad, capacidad del trabajador y propiedad común en cantidad suficiente

11 Similar al trabajador de Locke. Podría decirse que un creador-trabajador es alguien que al aplicar trabajo a una cosa mostrenca la convierte en útil y propia (Spector, Lineamientos de una teoría justificativa de los derechos de propiedad intelectual, 1988).

12 Que se genera a partir de éste.

13 En derecho de patentes (área de la propiedad intelectual) estos calificativos se los conoce como criterios de patentabilidad. Así en (Baylos, 2009), (Botana, 2009), (Jiménez, 1988) y (Antequera, 2005).

14 No es igual a la novedad, es decir no puede leerse como algo diferente de lo que ya existe o que presenta una mejora a lo que antes existía. La originalidad significa, que exprese “lo propio de su autor”, es por ello una noción subjetiva (Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, 2006)

15 Señala el mismo autor, que tal lectura no está exenta de problemas, al respecto cita a Nozick: ...Robert Nozick wonders why a person should gain what she mixes her labor with instead of losing her labor. (He imagines pouring a can of tomato juice into the ocean and asks whether he thereby ought to gain the ocean or lose his tomato juice.) More importantly, assuming that labor's fruits are valuable, and that laboring gives the laborer a property right in this value, this would entitle the laborer only to the value she added, and not to the total value of the resulting product. Though exceedingly difficult to measure, these two components of value (that attributable to the object labored on and that attributable to the labor) need to be distinguished

y calidad para los demás. Las obras e inventos son creaciones intelectuales, que se constituyen ontológicamente como un ente, son explícitamente bienes en sentido económico así lo indica (Jiménez, 1988). La protección se otorga con respecto al bien creado sobre la base del mérito, esfuerzo creativo o trabajo. Por último, dado que los conocimientos y/o ideas son múltiples, infinitas y por antonomasia inapropiables, quedan en cantidad y calidad suficiente para los demás.

Pero además, existen ciertos límites para el titular del derecho de propiedad intelectual. Estos se refieren a sujetos diferentes al creador. El lector, el usuario o consumidor y el propietario derivado son aquellos. Es decir que la propiedad intelectual está limitada además por razón del objeto que se crea. Por ejemplo, en la medida que una obra literaria este protegida por el derecho de autor y se promueva la creación de esta clase de obras, habrá lectura/escritura y con ello progreso social.

4. EL SUJETO PROPIETARIO EN EL DERECHO DE AUTOR

(Spooner, 1855) Menciona: "... si se trata de ideas que... que son creadas por su labor - la labor de su mente - entonces el derecho de propiedad corresponde a aquel cuya labor las ha creado" Luego un creador puede hacerse propietario del bien inmaterial en la medida que es él quien lo crea. Afirmación parcialmente falsa, desde un análisis simple de la propiedad intelectual.

Un buen ejemplo se da en derecho de autor, donde las tecnologías digitales son

el nuevo escenario de transformación de los textos, la creación y el consumo de varios de los bienes protegidos por la propiedad intelectual. En el ámbito digital, la forma de escribir (crear) cambió y así lo hizo correlativamente la lectura (Chartier, 2007). Con respecto a la escritura, ya no existe en dicho contexto "el talento individual del maestro¹⁶ sino la comunidad de creadores".

Lo anterior en materia del análisis justificativo significa, que el trabajo aplicado de los creadores comunes es en efecto un posible bien protegido en la propiedad intelectual. No obstante no se convierte en individual, sino que se disipa en el contexto virtual. Lo anterior no es una crítica, sino el acercamiento a una afirmación: no puede justificarse la propiedad intelectual desde la teoría de la apropiación por el trabajo, por ser esta incoherente con la propiedad común.

La teoría de la propiedad, el individualismo posesivo y la apropiación por el trabajo olvida "la propiedad y el trabajo comunales en la sociedad primitiva. Es la misma condición de la vida humana, que exige trabajo y materiales para trabajar, la que da lugar a posesiones privadas" resalta Locke. (Macpherson, 2005)

Entonces aquellas creaciones no son tal, si se justificase el derecho de autor desde Locke. De manera similar Zemer, cuestiona el hecho de que se use comúnmente a Locke para ese fin. Pero este autor agrega un enfoque en relación con las creaciones colectivas. Ningún autor crea una obra por sí mismo sin partir de los aportes que la sociedad le presenta (Álvarez, La noción

16 Podría formularse una lectura desde las doctrinas socialistas de León Duiguit, y dar justificación así, a la propiedad intelectual colectiva. Partiendo del concepto de interdependencia social. Y sobre la base de los postulados de la regla de derecho, estos son: no hacer nada que perjudique la solidaridad, y desarrollar la solidaridad. A lo mejor allí, sería más claro definir al creador quien en su libertad desarrolla su actividad individual cumpliendo con los postulados.

de autor, 2009), por lo tanto la propiedad sobre aquella será colectiva¹⁷.

Seguido de lo anterior, la apropiación por medio del trabajo desde Locke y en el derecho de autor no puede prescindir del concepto de propiedad común. Por consiguiente, la apropiación de un objeto mostrenco se logra, aplicando trabajo a ese objeto (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual, 1988). Pero dicha cosa mostrenca como indica el autor citado, se encontraba en propiedad común.

Michel De Servan indica que cuando un autor crea un texto o una pintura sus esfuerzos se basan en el conocimiento obtenido de la sociedad, por tanto, un autor participa de los beneficios por los esfuerzos y el trabajo de la sociedad en conjunto, de tal manera que la sociedad puede guardar algún título sobre el trabajo de un autor, es un conocimiento compartido (Stengel, 2004). Puede existir más de una persona titular de los derechos de autor, es decir, existe una multiplicidad de creadores, propietarios de un producto del intelecto. ¿Lo que se entrega en común a los hombres en materia de propiedad intelectual son las ideas?¹⁸. Sí, por lo cual a partir de estas pueden nacer cuando se

aplica trabajo a nuevas ideas, en textos o creaciones técnicas. No, por cuanto la creación siempre está determinada porque lo que antes existió. Usando los términos nuevamente de (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual, 1988), el bien mostrenco se convierte en un bien mejorado por el trabajo aplicado pero luego de cierto tiempo el bien se convierte en un bien mostrenco mejorado común, toda vez que la protección de la propiedad intelectual no es perpetua.

La situación no puede ser más confusa, pero debe agregarse la idea misma de trabajo¹⁹. Quien crea no siempre es propietario de lo creado, por lo cual el trabajo aplicado sea a una idea o a un objeto que está en el dominio público²⁰ no genera siempre un derecho de propiedad.

El amo y el siervo, aquella relación contractual situada en la rápida frase: "...el henoquemicriado ha segado... se convierten en propiedad mía" (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1960) significa algo en la propiedad intelectual. Podrían darse dos interpretaciones, la primera: significa que un creador puede no ser propietario si antes de él está quien lo determina y emplea; o significa que creador y trabajador

17 Esa lectura singular sin duda. Sería una manera de explicar cuál es el deber en la propiedad intelectual y así dar bases para los límites del derecho del creador, sería un discurso desde la función social y los deberes. inexistente en la literatura o trastornado por vacío o inútil en los movimientos: copyleft y the pirate bay.

18 (Hegel, 1980) anota que la persona para existir como idea, debe darse una esfera externa de libertad. La esfera de tal libertad es una cosa distinta de ella; del mismo modo que determina lo inmediatamente diferente del espíritu libre y separable de sí; esto es lo exterior, en general una cosa, un algo, no personal, - es decir ser exterior en sí mismo - una cosa es lo opuesto a lo sustancial o es lo sustancial, por ende lo que es exterior al espíritu libre es en sí y por sí.

19 Otra de las bases teóricas tradicionales de la propiedad intelectual se debe a Hegel, que justifica que a un individuo se le conceda un derecho sobre un objeto cuando pone algo de sí mismo en ese objeto. Su teoría de la personalidad en relación con la propiedad afirma los derechos de propiedad privada que se derivan del acto subjetivo de apropiación como una extensión de la personalidad. (Dusollier, 2010)

20 En paráfrasis a Locke es propiedad común.

son distintos, por cuanto el primero tendrá siempre su derecho sobre el bien creado en tanto que el segundo tendrá siempre su salario.

Luego podría pensarse que las relaciones contractuales actuales, que contiene ciertas figuras jurídicas o presunciones de titularidad son un ejemplo asimilable a lo anterior. Un autor puede escribir un libro a cambio de un pago, o un trabajador puede convertirse en creador y dado que lo que creó lo realizó en el marco de un contrato con alguien, deja de convertirse en creador y pasa a ser trabajador. Por lo que su justo derecho sería el salario equivalente²¹ (Valenzuela, 2008).

5. LA TEORÍA DE LA APROPIACIÓN POR MEDIO DEL TRABAJO EN LOS DERECHOS CONEXOS: EXCURSO.

Se considera aquí que la teoría de la apropiación por el trabajo, tiene una línea importante que sirve para justificar los derechos conexos²². Siguiendo a (Lipszyc, 2007) Antiguamente los artistas e intérpretes teatrales, acostumbraban a representar ante un público su actuación, con lo que, su actividad se enmarcaba en arrendamiento de servicios o contrataciones laborales. Pero una vez se generaron los medios técnicos que permitían fijar aquellas actuaciones, se las hizo susceptibles de los actos de explotación múltiple, que de manera convencional tienen las obras que protege el derecho de autor. ¿Si no hay un derecho “de autor” para el artista, como podría protegerse su intervención, como de una

manera en que no entrara en disputa con la originalidad ausente en la ejecución o interpretación?.

Siguiendo el proceso de descripción teórica de la autora argentina, se pueden esbozar algunos planteamientos en ese sentido: a) la representación de estos sujetos, no es una obra derivada, en el entendido de que, de aquella interpretación²³ no pueden nacer posteriores transformaciones (En este sentido Tounier, 1960); y b) la actividad de interpretación o ejecución, no es siempre fundamental, salvo que sea necesaria para el goce del público, con lo que las obras fijadas, como lo son las reproducciones fijadas en discos, o la radiodifusión de obras por ejemplo musicales, son formas de comunicación que sin duda son necesarias y donde hay un aporte substancial del artista, intérprete o ejecutante (Así Piolla Caselli, 1937; De Sanctis, 1962 citados por Lipszyc, 2007) pero no en otras obras. Lo que se puede afirmar equiparable, es que tanto derecho de autor con respecto a una obra de un sujeto autor/creador, como derecho conexo respecto a una manifestación de un sujeto difusor/creador, es que “ambos conforman estructuras jurídicas tendientes a proteger expresiones de la personalidad”. Pese a que ambas son actividades creativas, la del autor solo se reconoce como generadora de una protección cuando registra originalidad, en cambio la del artista, intérprete o ejecutante dimite de aquel requisito, tan es así, que para el intérprete no existe una restricción frente al plagio, esto es, podrán haber artistas intérpretes

21 No obstante ello, en derecho de autor continental (tradicción que sigue Colombia) el creador siempre tendrá un derecho moral, inalienable e imprescriptible.

22 Los derechos conexos son un parte de la propiedad intelectual.

23 “Es tan específica (...) que para una misma obra varía de un artista a otro y para un mismo artista, interpretando una misma obra, varía de una interpretación a otra.” En (Lipszyc, 2007, págs. 365 -366)

que imiten a otros, luego la tutela jurídica de la actuación no confiere exclusividad, porque carece de la exigencia estructural del derecho de autor, cual es que el aporte creativo sea original.

Desde Locke entonces podrían realizarse una lectura de fundamentos del derecho del artista intérprete o ejecutante como aquel que aplica su esfuerzo creativo a algo que ya existía antes. Por lo cual merece el reconocimiento de un cierto derecho sobre ese trabajo generado.

6. TENSIONES EN LOS SUJETOS: LA JUSTIFICACIÓN SOCIAL.

El reconocimiento de un derecho por el trabajo dificulta la comprensión de la apropiación o de la legitimidad del derecho, - salvo en los derechos conexos - fundamentalmente por el origen o “causa” de la creación. Lo anterior, en vista del contexto o sociales en que se encuentra quien circunstancias crea. En otras palabras como justificar socialmente un derecho²⁴ de excluir a los otros. Para ilustrar, a continuación se enunciarán tres perspectivas teóricas y reflexivas en torno a la tensión entre sujeto creador y sujeto que se sirve de lo creado.

Según (Dusollier, 2010) Le Chapelier indicó que la propiedad intelectual: “... es una propiedad de naturaleza distinta a la de las demás propiedades. [Una vez que el autor ha divulgado la obra al público] el escritor ha vinculado al público con propiedad, o mas bien ha cedido enteramente su propiedad al público. No obstante, puesto que es totalmente justo que las personas

que cultivan el ámbito de las ideas puedan obtener algún beneficio de su trabajo, es necesario que, a lo largo de sus vidas y algunos años después de su muerte, nadie pueda, sin su consentimiento, disponer del producto de su inteligencia. Pero igualmente, vencido el plazo señalado, entra en vigor la propiedad pública, y todo el mundo debería poder imprimir y publicar las obras que han contribuido a iluminar la mente humana”.(OMPI, 2013)

Ahora bien, Marx en sus Grundrisse (1858-9) “señala que el propio desarrollo del “maquinismo” llevará consigo que en un momento más avanzado de la sociedad el capitalismo no se base tanto en la apropiación privada de la fuerza de trabajo individual de cada uno de nosotros, como en la apropiación de la “ciencia general” (Allgemeine Wissenschaft) entendida como motor fundamental de las fuerzas productivas” así lo indica (Büchner, 2005).

Por otro lado y desde la teoría sobre la esfera pública²⁵ Jürgen Habermas puede decirse que “la finalidad de la obra es servir al público, siendo el objetivo del régimen de protección facilitar la divulgación de las obras en la esfera pública, lo que otorga al autor cierto control sobre esa divulgación. Así, el modelo de esfera pública integra de manera inherente el dominio público como un elemento fundamental del régimen del derecho de autor, en la medida en que su objetivo último debería consistir en facilitar el acceso público a las obras” así lo indica.(Dusollier, 2010).

De lo anterior es posible inferir y describir la tensión a que se hizo referencia

24 Pese a que ambas son actividades creativas, la del autor solo se reconoce como generadora de una protección cuando registra originalidad, en cambio la del artista, intérprete o ejecutante dimite de aquel requisito, tan es así, que para el intérprete no existe una restricción frente al plagio, esto es, podrán haber artistas intérpretes que imiten a otros, luego la tutela jurídica de la actuación no confiere exclusividad, porque carece de la exigencia estructural del derecho de autor, cual es que el aporte creativo sea original.

inicialmente. De un lado existe un sujeto creador que se hace a unos derechos por virtud de cierto esfuerzo, las ideas existen en cantidad suficiente para los demás y el dominio público dejará también a los demás algo sobre lo cual posteriormente pueda trabajarse²⁶. No obstante ello lo público en la creación como una intervención en el ejercicio de elaboración del bien queda ausente en los estatutos de reconocimiento de derechos. No se trata de la abolición del régimen de derechos para el creador²⁷ y la promoción de la innovación o el desarrollo, sino de la dificultad interna de la propiedad intelectual para equilibrar los efectos de la apropiación individual por medio del trabajo restringiendo el ejercicio abusivo de derechos y el hermetismo cultural. En resumidas cuentas se trata de equilibrar la lectura del sujeto social en el marco de la creación y su necesaria incorporación en una posición de sujeto desde la cual pueda hacer exigible ciertos derechos con la limitación de los legítimos del creador.

7. CONCLUSIONES

La propiedad es un elemento fundamental²⁸ en la teoría de Locke, de manera que los

demás elementos de que trata su teoría dependen necesariamente de aquella; si se piensa que la simple protección de la vida puede no ser suficiente, dado que la conservación y adecuado desarrollo de la misma exigen la disponibilidad de ciertos bienes —aunque fueran los mínimos para subsistir— y la posibilidad de actuar de acuerdo con la propia voluntad (González, 1988), además conforme lo analizó Macperson, para Locke, solo son miembros plenos de la sociedad, los que poseen propiedades, y es un derecho natural individual: el derecho a la propiedad. Para aclarar este punto se tratarán a continuación las que, se denominarán aquí formas de propiedad: o por ende, el pasto que ha masticado mi caballo, el césped que ha cortado mi sirviente y el mineral que he extraído en cualquier lugar donde tenga derecho a ello en común con otros, se convierten en mi propiedad... (Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, 1690) es decir que un sirviente/asalariado opta por renunciar a su derecho a la propiedad que crea a cambio de un salario garantizado²⁹.

En consecuencia, su trabajo se realiza por orden de su empleador y es el resultado de

25 “La esfera pública, entendida como un grupo de personas que puede mantener una seria oposición al Estado, nace durante el siglo XVIII al mismo tiempo que las primeras leyes de derecho de autor. No es una coincidencia que en ese preciso momento se establezca una protección de las obras literarias y artísticas. Como explica Habermas, la matriz de la esfera pública es cultural, puesto que las bases del debate y pensamiento políticos están en la producción literaria y artística (como ya describió en su momento Kant), esto es que el objetivo social del derecho de autor es el fomento de la esfera pública” (Dusollier, 2010)

26 Me refiero de manera marginal al proviso de Locke conforme a Nozick.

27 Las ideas expresadas por las palabras “mío” y “tuyo”, aplicadas al producto del trabajo, son entonces simplemente una prolongación de las ideas de identidad personal e individualidad...”. T. Hodskin, “The Natural and Artificial Right of Property Contrasted”, en (Palmer, 1990)

28 Según Locke, es el riesgo inherente a la aplicación arbitraria—personal—de la ley natural y el pacífico disfrute de los bienes el determinante de la construcción de la sociedad política, que tiene, por tanto, un carácter instrumental y dependiente. Así lo señala (González, 1988)

29 “Locke no da ninguna razón específica por la cual un hombre libre querría venderle su trabajo a otra persona, cuando, en lugar de ello, podría trabajar para sí mismo y adquirir su propia propiedad”. (Vaughn, 1985)

la iniciativa de éste, y las propiedades que surgen de sus esfuerzos productivos le pertenecen al empleador³⁰ (Vaughn, 1985). Cabe preguntarse aquí como lo hace (González, 1988): ¿Cuáles son esos bienes de que disponen los hombres en el estado natural?³¹, pues bien, siguiendo a Locke, hay un derecho de propiedad generado por el trabajo del cuerpo: “El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos, cualquier cosa que el saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó; y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es por consiguiente propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y esto hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. ”

El fundamento focal de la propiedad en Locke, es el hombre en sí mismo considerado³², “y todo aquello que vino a constituir la parte mayor de lo que el empleo para procurarse apoyo o comodidad cuando los inventos y las artes mejoraron las cualidades de vida fue completamente suyo y no perteneció comunitariamente a los demás” (González, 1988).

El trabajo y la industria en las creaciones de bienes inmateriales significa hoy día,

una garantía que establece la ley, y que se supone promueve el progreso tecnológico, que (González, 1988) indica que: “Aquí se produce ya la primera diferencia básica entre Hobbes y Locke.

Para el primero, la vida es el bien fundamental, cuya posible pérdida debe llevar a los hombres al pacto de asociación-sumisión; la libertad y la propiedad no son, genuinamente hablando, bienes en el estado natural, puesto que cada uno hace lo que le parece conveniente y todo pertenece a todos; de tal forma que para que surjan a la vida como tales bienes, delimitables, apropiables o patrimonializables, es precisa la previa institución del Estado. Locke, en cambio, piensa de manera distinta. La vida, la libertad y los bienes —estos últimos, resultado del trabajo que el hombre aplica a los recursos naturales, existen en el estado de naturaleza antes de la creación de la sociedad política...”³⁵ Se ha dicho que la propiedad sobre el propio cuerpo, claramente abarca la mente (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial, 1988) podría incluirse dentro del deber de sacar provecho a los bienes y hacerlos productivos³³.

30 él [Locke] sostiene, es la condición necesaria de los asalariados durante toda la vida, es en realidad una enajenación de la vida y de la libertad” Así lo indica Mac Pherson, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962, citado por Vaughn 1985.

31 González, 1988) indica que: “Aquí se produce ya la primera diferencia básica entre Hobbes y Locke. Para el primero, la vida es el bien fundamental, cuya posible pérdida debe llevar a los hombres al pacto de asociación-sumisión; la libertad y la propiedad no son, genuinamente hablando, bienes en el estado natural, puesto que cada uno hace lo que le parece conveniente y todo pertenece a todos; de tal forma que para que surjan a la vida como tales bienes, delimitables, apropiables o patrimonializables, es precisa la previa institución del Estado. Locke, en cambio, piensa de manera distinta. La vida, la libertad y los bienes —estos últimos, resultado del trabajo que el hombre aplica a los recursos naturales, existen en el estado de naturaleza antes de la creación de la sociedad política...”

32 Se ha dicho que la propiedad sobre el propio cuerpo, claramente abarca la mente (Spector, Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial, 1988).

33 Sacar provecho a la tierra en estricto sentido.

Quien tiene propiedad sobre las obras o inventos, no siempre es el creador. No obstante si puede justificarse la propiedad intelectual desde Jhon Locke, en materia de derechos conexos, por convertirse el trabajo en la razón fundante del derecho. Específicamente para los artistas intérpretes y ejecutantes.

La propiedad intelectual es un poder sobre cierto conocimiento original o novedoso limitado en aras de la cultura, la lectura y la tecnología si se determina la apropiación desde Locke, pero hasta allí solo hay una justificación deontológica ausente del devenir social de la propiedad intelectual y del sujeto que se sirve de lo creado.

Hacen falta generar discusiones dentro de la propiedad intelectual para sistematizar y articular mecanismos que permitan que la producción del talento e ingenio promueva realmente el acceso a la cultura y reivindique una justificación social sin renunciar a los beneficios de la apropiación y acreencia de ciertos derechos de propiedad intelectual para el trabajador-creador.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, D. (2009). La noción de autor. *Revista Interamericana de derecho de autor*, 94 - 109.

Ascarelli, T. (1960). *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. (L. Suárez LLanos, & F. Verdera, Trads.) Milán: BOSCH, Publicaciones Real Colegio de España.

Büchner, J. (2005). *APORTACIONES A UN DEBATE: LA APROPIACIÓN PRIVADA DE*

LA INNOVACIÓN SOCIAL. Mientras Tanto págs. 117 a 122.

Chartier, R. (Julio - Diciembre de 2007). ¿La muerte del Libro?. *Orden del discurso y orden de los libros*. *Co-herencia*, 4(7), 119-129.

Drahos, P. (2007). *Doing Deals with Al Capone: Paying Protection Money for Intellectual Property in the Global Knowledge Economy*. En P. K. Yu, & P. Publishers (Ed.), *Intellectual Property and Information Wealth* (págs. 141 - 157). London: Praeger Publishers.

Dusollier, S. (2010). *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. Bélgica: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Epstein, R. A. (2007). *Por qué los Libertarios NO deberían ser (Muy) Escépticos sobre la Propiedad Intelectual*. ASIPI, Editorial Astrea, Bs. As., volumen 13.

Fuentes, F. (2007). *La protección del autor de obras plásticas en Venezuela*. *Revista deficiencias sociales*, 147 - 158.

Gallardo, H. (2005). *John Locke y la teoría del poder despótico*. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, 193 - 215.

González, S. S. (1988). *El pretendido "individualismo posesivo" de las teorías de Hobbes y de Locke*. *Revista de Derecho Político*. UNED, 259 - 278.

Hegel, G. F. (1980). *Filosofía del Derecho*. (A. Mendoza de Montero, Trad.) México, Coyacán: EDICIONES CASA JUAN PABLOS.

Hettinger, E. C. (1989). *Justifying Intellectual Property*. (WILEY, Ed.) Recuperado el 30 de Octubre de 2012, de JSTOR: <http://www.jstor.org/stable/2265190>

Jiménez, H. A. (1988). *La circulación de los derechos de la propiedad industrial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Lipszyc, D. (2007). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos aires: UNESCO, CERLALC, ZAVALIA.

Locke, J. (1690). *Two Treatises of Government* (Vol. Chapter V ('Of Property')).

Macpherson, C. (2005). *La teoría política del individualismo posesivo*. De Hobbes a Locke. (J. R. Capella, Trad.) Madrid: Trotta.

Merges, R. (2011). *Justifying intellectual property*. United States of America: HARVARD UNIVERSITY PRESS.

Palmer, T. (1990). *Are patents and copyrights morally justified*. *The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*. Harvard Journal of Law & Public Policy.

Piriou, F.-M. (2001). *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle*. *Diogène*(4 n°196), p. 119-143. DOI : 10.3917/dio.196.0119.

Porzio, M. (2011). *ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) Acuerdo Comercial Anti falsificación*. *Derechos Intelectuales*, 1 - 15.

Ruiz, C. (1984). *Individualismo posesivo, liberalismo y democracia liberal: notas sobre la contribución de CB Mac Pherson a la teoría democrática*. Centro de Estudios Públicos, 60.

Schechter, R., & Thomas, J. (2003). *Intellectual property the law of copyrights, patents and trade mark*. United States of America: WEST GROUP.

Spector, H. (1988). *Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual*. *Derechos Intelectuales* (3), 23 - 29.

Spooner, L. (1855). *The Law of Intellectual Property: or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual*. Obtenido de http://files.libertyfund.org/files/2243/Spooner_1518_Bk.pdf

Stengel, D. (2004). *La propiedad intelectual en la filosofía*. *La Propiedad Inmaterial*(8).

Valenzuela, W. (2008). *El racionalismo político en Jhon Locke*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Vaughn, K. I. (1985). *Teoría de la propiedad de Jhon Locke: Problemas de interpretación*. *Revista Libertas 3 - Instituto Universitario ESEADE* .