

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**Facultad de Derecho**

**División de Estudios de Posgrado**

**EL DERECHO MORAL DEL AUTOR COMO DERECHO  
FUNDAMENTAL**

**T E S I N A**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
P R E S E N T A:**

**LIC. VERÓNICA COLINA HERNÁNDEZ**

**ASESOR:**

**MTRO. EDUARDO DE LA PARRA TRUJILLO**

**Ciudad Universitaria**

**2007**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Ricardo, Pablo y Ángel  
Con todo mi amor

# El derecho moral del autor como derecho fundamental

## INDICE

<b>I.</b>	<b>Introducción.</b>	
<b>II.</b>	<b>Capítulo 1: Marco teórico-jurídico de los derechos fundamentales.</b>	
	<b>1.1. Introducción</b>	<b>1</b>
	<b>1.2. Perspectivas</b>	<b>1</b>
	<b>1.3. Definición</b>	<b>2</b>
	1.3.1. Derecho subjetivo	7
	<b>1.4. Alcance jurídico</b>	<b>11</b>
	1.4.1. Teoría de los principios	13
	a. Condiciones de prioridad	16
	b. Estructuras de ponderación	16
	c. Prioridades <i>prima facie</i>	16
	<b>1.5. Integración de los derechos fundamentales al orden constitucional</b>	<b>17</b>
	1.5.1. Límites de los derechos	21
<b>III.</b>	<b>Capítulo 2: Marco teórico-jurídico del derecho moral del autor.</b>	
	<b>2.1. Introducción</b>	<b>23</b>
	<b>2.2. Derecho de autor</b>	<b>23</b>
	<b>2.3. Concepto de derecho moral</b>	<b>28</b>
	<b>2.4. Naturaleza jurídica</b>	<b>30</b>
	<b>2.5. Características</b>	<b>31</b>
	<b>2.6. Facultades del derecho moral</b>	<b>33</b>
	2.6.1. Divulgación	33
	2.6.1.1. Derecho al inédito	36

2.6.1.2.	Formas de divulgación	38
2.6.1.3.	Límites de divulgación	42
A.	Cuando el autor se obliga contractualmente	42
B.	El autor y el propietario del soporte material	45
C.	Cuando es obra en colaboración	46
2.6.2.	<b>Paternidad</b>	48
2.6.3.	<b>Respeto a la integridad de la obra</b>	52
2.6.3.1.	La exigencia de respeto a la integridad de la obra	53
2.6.3.2.	El autor podrá oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, que le cause demérito o perjuicio a su reputación	57
2.6.4.	<b>Modificación de la obra</b>	59
2.6.4.1.	Modificación de la obra en vía de divulgación	59
2.6.4.2.	Modificación de la obra divulgada	60
2.6.4.3.	Modificación de la obra en soporte único	62
2.6.5.	<b>Retirar la obra del comercio</b>	64
2.6.6.	<b>Acceso al original de la obra</b>	69
III.	<b>Capítulo 3: El derecho moral del autor como derecho fundamental.</b>	
3.1.	<b>Introducción</b>	73
3.2.	<b>La <i>manifestación artística</i> como libertad fundamental</b>	74
3.2.1.	<b>Alcance jurídico de la <i>libertad de manifestación artística</i></b>	77
3.3.	<b>Adquisición del derecho moral del autor derivado del ejercicio de la libertad de manifestación artística</b>	82
3.4.	<b>El derecho moral del autor como derecho fundamental</b>	83
3.5.	<b>Límites del ejercicio del derecho moral del autor con el ejercicio de otros derechos</b>	86
IV.	<b>Conclusiones</b>	89
V.	<b>Bibliografía</b>	96

## INTRODUCCIÓN

La finalidad perseguida en la investigación, consiste en dilucidar fehacientemente si el derecho moral del autor puede ser considerado como derecho fundamental.

Para lograr el objetivo planteado, fue necesario dividir la exposición en tres capítulos:

El objetivo del primer capítulo consiste en desarrollar a la luz de las teorías de los derechos fundamentales, un marco teórico-jurídico de los mismos.

En este capítulo primeramente se ubican algunas perspectivas en torno al estudio de los derechos fundamentales. Una vez lograda dicha ubicación, se revisan sus diversas definiciones, sus características y elementos; así como su alcance jurídico.

En la última parte del capítulo se examina la integración de los derechos fundamentales en el orden constitucional. Lo anterior, permite establecer pautas en cuanto a los criterios que pueden formularse para discernir la posición de los derechos fundamentales como principios, lo que llevó a una breve revisión de la Teoría de los principios. Y por último determinar los límites que pueden enfrentar los derechos fundamentales.

El estudio del marco teórico-jurídico de los derechos fundamentales es importante, porque proporciona esquemas de índole argumentativa que desempeñan un papel trascendental para las subsecuentes partes.

El capítulo segundo corresponde al marco jurídico del derecho moral del autor, en él se propone la observación de las prerrogativas morales contenidas en el derecho de autor. La revisión de los derechos morales conlleva al examen de su concepto, su naturaleza jurídica, y sus características.

Posteriormente se estudia cada facultad moral en particular: su regulación jurídica en el ámbito nacional e internacional, así como sus consecuencias jurídicas.

El resultado desprendido de la segunda parte, brinda un amplio panorama en el que se ilustra la esfera jurídica en materia autoral. Ello habilita la deducción del planteamiento que dio origen al tema de la investigación.

En el tercer capítulo se analiza mediante un procedimiento deductivo, el contenido estructural de la norma de derecho fundamental concerniente a la libertad de expresión.

Se estimó conveniente efectuar el análisis descrito para delimitar ciertamente si del ejercicio de la libertad de expresión, puede desprenderse el ejercicio de la libertad de manifestación artística; y de ser así, cuáles serían sus consecuencias jurídicas. Toda vez que la hipótesis desarrollada apunta a la consideración del derecho moral del autor como derecho fundamental.

La investigación de este capítulo entraña el análisis de las normas de carácter fundamental que otorgan derechos fundamentales, y que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

La importancia que reviste la última parte del estudio, permite la coyuntura de considerar el derecho moral del autor como derecho fundamental.

# CAPÍTULO 1

## Marco teórico-jurídico de los derechos fundamentales

### 1.1. Introducción.

El objetivo del capítulo radica en presentar en qué consiste el derecho fundamental dentro del marco conceptual de algunas de las teorías de los derechos fundamentales.

En principio se exponen diversas perspectivas en cuanto a su estudio, con el propósito de situar el análisis de la investigación.

Posteriormente, la revisión de definiciones del concepto de derecho fundamental, así como las características y elementos que de ellas se desprenden.

El contenido como parte integral del concepto, proporciona el alcance jurídico que tienen los derechos fundamentales. Y por último, la integración de los derechos fundamentales en el orden constitucional y los límites que traen consigo una vez integrados a dicho orden.

El estudio del marco teórico-jurídico es importante, porque constituye una parte medular en cuanto a la concepción del derecho moral del autor como derecho fundamental; en razón de que proporciona pautas argumentativas sobre las que puede erigirse este derecho con carácter fundamental.

### 1.2. Perspectivas.

Para examinar los derechos fundamentales se considera necesario precisar la existencia de diversos enfoques sobre los que se puede apreciar su análisis.



Miguel Carbonell<sup>1</sup> señala que para explicar el fundamento de tales derechos, es decir, su razón de ser, los derechos fundamentales pueden revisarse desde varios puntos de vista:

En primer lugar, la **Dogmática jurídica**, y bajo esta perspectiva los derechos fundamentales serán los que están consagrados explícitamente en la Constitución o que forman parte del ordenamiento jurídico del Estado.

En segundo lugar, la **Teoría de la justicia o filosofía política**, y en este rubro el enfoque consiste en explicar la inserción de ciertos valores al Derecho Positivo como derechos fundamentales, además de incorporar nuevas expectativas o aspiraciones de personas o grupos que conviven en sociedad (derechos de igualdad, libertad, participación política, etc.), con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos tutelados por algún texto constitucional.

En tercer lugar la **Teoría del Derecho**, rumbo que permite la construcción de conceptos para entender qué son los derechos fundamentales.

Por último, la perspectiva que orientan la **sociología** en general y la **sociología jurídica** en particular y en este mismo nivel la **historiografía**, para estudiar el grado de eficacia de los derechos fundamentales en la realidad.

Las perspectivas desde las que se pueden estudiar los derechos fundamentales, sirven de referente para el análisis de la investigación.

### **1.3. Definición.**

Se propone revisar algunas definiciones de derecho fundamental y realizar un desglose de sus elementos, a fin de proporcionar los mecanismos necesarios para las subsecuentes partes.

---

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 2.

Para Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, un derecho fundamental proviene de una norma válida de derecho fundamental, y sostiene:

Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo<sup>2</sup>.

Como se observa, dicho autor distingue entre derechos fundamentales (que son otorgados por) y normas de derecho fundamental; lo anterior está ejemplificado de la siguiente forma:

Las normas jurídicas se expresan en forma deóntica; por ejemplo: “*X tiene un derecho a...*”.<sup>3</sup>

Si *X* tiene un derecho es porque la norma de derecho fundamental se lo otorgó; en relación a dicha distinción se trata de un *derecho subjetivo*.

Cuando Alexy señala al derecho subjetivo, menciona como factor determinante de la norma de derecho fundamental el relativo a su validez.

La estructura formal de diversas teorías acerca de la validez de las normas consiste en que éstas deben satisfacer criterios proporcionados por la dogmática jurídica<sup>4</sup>.

Lo anterior desemboca a que la norma de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo; y éste a su vez debe integrarse mediante su vinculación con

---

<sup>2</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 47.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>4</sup> Según el tipo de los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez. En la medida en que se introducen hechos sociales, como por ejemplo, la obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad o la alternativa de la obediencia o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia, se trata de una teoría sociológica de la validez. En la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior puede hablarse de una teoría jurídica de la validez. En la medida que se considere como fundamento de validez un fundamento moral, por ejemplo, “una ley natural”, estaremos frente a una teoría ética de la validez. *Ibidem*, pp. 57 y 58.

un criterio formal, es decir, la integración se dará por medio de la forma de su positivización<sup>5</sup>.

Alexy distingue entre normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y normas de derecho fundamental adscritas (su adscripción deberá realizarse con una argumentación iusfundamental correcta) conforme a derecho. Dicha valoración plantea cierta problemática ya que requiere nuevamente de un criterio para formular un argumento<sup>6</sup>.

En resumen destacan los siguientes puntos en torno al concepto de Robert Alexy:

- a. Los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de derecho fundamental.
- b. La norma de derecho fundamental debe satisfacer criterios de validez proporcionados por la dogmática jurídica.
- c. La norma válida de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, y éste debe estar positivizado mediante un criterio formal.

La concepción de derechos fundamentales requiere de criterios proveídos por la dogmática jurídica ya sea en cuanto a su validez, positivización y en la forma en que las normas de derecho fundamental están estatuidas. En lo relativo al derecho subjetivo, se analizará más adelante.

Luigi Ferrajoli propone una definición formal del concepto de derechos fundamentales:

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

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 65

<sup>6</sup> El hecho de que sea posible una fundamentación iusfundamental correcta para la adscripción a una disposición de derecho fundamental es el criterio que permite decir que la norma en cuestión es una norma de derecho fundamental. Ibidem, p. 80.

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>7</sup>.

La definición propuesta por Ferrajoli plantea también la necesidad de revisar ciertos puntos:

Los derechos fundamentales deben estar positivamente sancionados por leyes y constituciones, es decir, deben estar adscritos por un ordenamiento jurídico. La previsión de dichos derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento explica -Ferrajoli-, es condición de su existencia.<sup>8</sup>

La definición va dirigida a “*todas*” las personas físicas, ya sean ciudadanos o bien capaces de obrar. Si son normativamente de “*todos*” (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables, sino que corresponden a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados<sup>9</sup>.

A reserva de una explicación posterior del aspecto moral en cuanto a los derechos, resulta interesante la distinción que hace el mismo autor entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Los *derechos fundamentales* son derechos universales, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los *derechos patrimoniales* son derechos singulares. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a *todos* sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. Andrés Ibáñez, Perfecto, Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 46.

Los *derechos fundamentales* son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio los *derechos patrimoniales* son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.<sup>11</sup>

En resumen se enfatizan los siguientes puntos de la definición formal que formula Luigi Ferrajoli:

- a. Los derechos fundamentales deben estar positivamente sancionados por leyes y constituciones.
- b. Los derechos fundamentales son universales, es decir todas las personas físicas, ya sean ciudadanos o bien capaces de obrar. *Todos*, serán los miembros de una determinada clase de sujetos.
- c. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos.

Las anteriores definiciones proporcionan un panorama general del concepto de derecho fundamental, es decir, un derecho que en un caso, emana de una norma de derecho fundamental y que la validez será en la medida en que se otorgue un derecho subjetivo; y en el otro caso, la equiparación de derecho fundamental como derecho subjetivo, entendiéndose -el derecho fundamental- como aquél que es conferido a todas las personas (determinada clase de sujetos), y que por ello tiene carácter universal. Además ambas definiciones resaltan la importancia de estar positivamente sancionados por normas jurídicas.

Las definiciones preliminares implican al concepto de derecho subjetivo por lo que se considera necesario abordar brevemente sólo algunas reflexiones.

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 47.

### 1.3.1. Derecho Subjetivo.

Las consideraciones que se han vertido en torno al concepto de derecho subjetivo son muy amplias. Sin embargo, por cuestiones de la naturaleza de la investigación y por lo basto del concepto, simplemente se desplegarán sólo algunas para esclarecer de manera sintetizada la noción de derecho subjetivo.

Como principio de esta explicación y en secuencia de las anteriores definiciones de derecho fundamental, se puede observar que dentro del lenguaje jurídico se recurre a la palabra “derechos”, o “derechos subjetivos” como algo que *se tiene* o *debe de tenerse*. Y es justamente en esta dirección donde se vierten opiniones encontradas porque existen tanto criterios deontológicos como axiológicos.

Ferrajoli distingue a los derechos subjetivos de las garantías, definiendo a los primeros como:

Los *derechos subjetivos* son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica<sup>12</sup>.

Y respecto a las garantías dice también que son establecidas por normas jurídicas, no obstante la distinción es una razón más de fondo, intrínsecamente ligada a la naturaleza positiva del derecho moderno:

Los deberes correspondientes que constituyen garantías asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, que forman las *garantías primarias* o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras, que forman las *garantías secundarias*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>13</sup> Garantías Primarias: pueden ser **positivas**.- Obligan a abstenciones por parte del Estado y los particulares en el respeto de algún derecho fundamental. Y **negativas**.- Generan obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Garantías secundarias: Obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten en el primer caso, actos ilícitos, y en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos. Ídem.

En los sistemas de Derecho Positivo -continúa el autor-, la existencia o inexistencia de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica depende de la existencia de una norma positiva que la prevea.<sup>14</sup>

Por su parte, Hans Kelsen en la Teoría Pura del Derecho al referirse al derecho subjetivo, lo relaciona con la noción del deber jurídico<sup>15</sup>, y sostiene:

El derecho subjetivo no es distinto del objetivo, ya que el Derecho Objetivo mismo se dirige contra un sujeto concreto (*deber*) o en tanto a que se pone a disposición del mismo (*facultad*). Una vez reducido de ese modo el derecho subjetivo al objetivo, una vez que aquél se deja absorber por éste, se excluye la posibilidad de todo abuso ideológico<sup>16</sup>.

Lo anterior, se puede ejemplificar de la siguiente forma: Si *A tiene un derecho frente a B*; entonces *B tiene un deber frente a A*, por lo tanto, *derecho y deber* son términos correlativos inversos. Es justamente lo que Kelsen llama el “derecho reflejo”:

Cruz Parceró suscribe en torno al concepto de derecho subjetivo, citando a Hart, que el término “derecho” (subjetivo) se usa para extraer conclusiones del Derecho o de la moral; es decir, ubica a los derechos en conexión con los poderes (competencias) y con los deberes:

Quien tiene un derecho tiene un poder de ejercitarlo por sí o en su nombre, esto es, al demandar (o renunciar) el cumplimiento de algún acto que otra persona tiene la obligación de realizar. Asimismo que tener un derecho moral implica que

---

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> La función esencial de un orden jurídico, no puede consistir en otra cosa sino en la vinculación normativa de los individuos sometidos a ese orden, y esta vinculación no puede designarse sino mediante la palabra deber, puesto que el mismo deber moral no significa otra cosa que la vinculación que experimenta un individuo por la validez de un orden ético. Dado el papel que se asigna al derecho subjetivo como categoría de propiedad privada tiene, en efecto, poco sentido extenderlo al deber jurídico, pues todo lo que dicho concepto expresa en el sentido de la teoría ideológica como derecho subjetivo, sería puesto en tela de juicio al contraponerle en el concepto de deber jurídico un factor equivalente o primario. Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. Legaz, Luis, Colofón, México, 2002, p. 41.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 43.

se puede justificadamente pretender que otro realice un acto o se abstenga de realizarlo por tener en cierto modo una obligación<sup>17</sup>.

Alexy destaca la importancia de las diversas formas de expresión (razones) de una norma jurídica: “*Toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo*”.<sup>18</sup> Enunciados tales como “*tiene un derecho a...*” son (como ya se dijo anteriormente) enunciados deónticos utilizados en el lenguaje jurídico.

Rolando Tamayo y Salmorán<sup>19</sup> refiriéndose a los usos jurídicos de la expresión “derecho”, sostiene que normalmente interpretan al enunciado: “*X tiene derecho a...*”, como: “*X tiene derecho a hacer u omitir*”, es decir, agrega al enunciado la acción u omisión de una conducta determinada. La posibilidad de hacer u omitir lleva intrínsecamente una *permisión*, es decir, -sostiene el autor- una ‘permisión completa’. Dicha permisión connota la idea de que “*X es libre*” de hacer o de omitir.

Cabe destacar que la permisión de la conducta debe ser expresa y provenir de una fuente jurídica, lo que se conoce como una *permisión fuerte*<sup>20</sup>. Lo anterior, significa que si la permisión no emana de dicha fuente, anteriormente ésta (la permisión), no se tenía.

---

<sup>17</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Concepto de Derecho Subjetivo*, Fontamara, México, 2004, p. 183.

<sup>18</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 53.

<sup>19</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 65.

<sup>20</sup> Debemos distinguir tres conceptos de permisión: el concepto prescriptivo de permisión más los conceptos descriptivos de permisión fuerte y permisión débil: Cuando el término “permitido” figura en una norma expresa el concepto prescriptivo de permisión. Pero cuando el mismo término figura en una proposición normativa es ambiguo: cuando se dice que un estado de cosas **p** está permitido en un conjunto de normas **a**, esto puede significar dos cosas diferentes; o bien que existe una norma (en **a**) que permite **p**, o bien que **p** no está prohibido en **a**. Por lo tanto, hay dos conceptos de permisión descriptiva: permiso débil y permiso fuerte. Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Citado por Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados*, Ariel, España, 1996, p. 101.



Asimismo, Tamayo señala: “El derecho implica una permisión exclusiva...”. Cuando la permisión está expresamente en el derecho (subjetivo), éste se convierte en un fundamento jurídico para hacer u omitir. Por lo que se intenta producir una ventaja práctica sobre una persona o clase de personas<sup>21</sup>.

Cuando la norma jurídica positiva confiere derechos a un sujeto para hacer u omitir una conducta, implícitamente impone una obligación para que los demás se abstengan de interferir en dichos derechos.

Lo anterior significa que si X a través de una norma jurídica positiva *tiene derecho a...*, es decir, si ejercita su derecho, la norma jurídica al mismo tiempo se convierte en un fundamento jurídico (una razón) para que los demás no interfieran en su derecho. Por lo tanto, el derecho de X incluye la facultad de exigir que los demás realicen la conducta correspondiente.

La norma que confiere derechos a un individuo introduce ciertas directivas, tanto para él, como para los demás. Estos últimos no tienen el fundamento jurídico, sin embargo se encuentran en el *perímetro protector* del derecho<sup>22</sup>.

El carácter *prima facie* de los derechos no altera o reduce su función normativa, por el contrario, significa que un derecho puede ser superado por otras consideraciones jurídicas<sup>23</sup>. Más adelante se revisarán los elementos que se desprenden del contenido de la norma jurídica (que le da el carácter *prima facie*) y que constituyen criterios de argumentación jurídica.

Las observaciones realizadas en torno a las definiciones de *derechos fundamentales*, y de igual forma al *derecho subjetivo* (inmerso en las definiciones), conduce a la revisión de su contenido y del alcance jurídico que presentan.

---

<sup>21</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, op. cit. pp. 66-67.

<sup>22</sup> Ibidem, pp. 69-70.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 76.

#### 1.4. Alcance jurídico.

En este apartado lo que se procura, es analizar el contenido de la norma jurídica de derechos fundamentales por lo que se advierten los siguientes presupuestos: La norma jurídica (implícitamente) primero, comprende por una parte el otorgamiento de derechos; y segundo, que la misma (norma) conlleva la imposición de deberes.

Lo anterior, precisa el encuadre que realiza Alexy en torno a los problemas que revisten los *derechos de protección*, mismos que se considera, ajustan propiamente a los derechos que componen el tema de la investigación.

Robert Alexy sostiene que los *derechos de protección* habrán de entenderse a aquellos *derechos* que tiene el titular del *derecho fundamental* frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros<sup>24</sup>.

Los *derechos de protección* son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales.

El análisis que se plantea alrededor del contenido tiene que ver con la existencia de los derechos, y en este orden, se remarca un aspecto estructural sobre dos cuestiones primordiales:

- ✓ Si existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos, sin conferirles un derecho subjetivo; y
- ✓ Si existen los derechos de protección, cómo es su demarcación con el derecho de defensa.

---

<sup>24</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 435.

En cuanto a la primera, en principio se desprende el problema de que si es derecho subjetivo o norma objetiva. El otorgamiento de derechos fundamentales podría resultar a su vez, la imposición de deberes de protección por parte del Estado frente a terceros; sin embargo significaría una subjetivización del deber de protección. Por lo que la solución a dicha cuestión emerge del orden valorativo.

Alexy expone que una teoría de valores puede ser formulada como teoría de principios<sup>25</sup>, y a su vez, el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Así, una mera prohibición objetiva de intervención sería menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido. Por lo tanto, la subjetivización de los deberes de protección puede fundamentarse con el carácter de principio de los derechos fundamentales<sup>26</sup>. Aspecto que se abordará más adelante.

Atienza y Ruiz Manero señalan al tratar de los principios:

Los principios en sentido estricto suponen “la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses”. Por eso, las normas que recogen esos valores (los principios en sentido estricto) prevalecen siempre frente a las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: evitar que la persecución de los intereses pueda dañar a esos valores<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina “valor”. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión de valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión de principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Trad. Garzón, Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 2006, p. 16.

<sup>26</sup> Al igual que en el caso de todos los derechos basados en principios, depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. Al igual que en las otras posiciones iusfundamentales, en los derechos de protección hay que distinguir también claramente entre las posiciones *prima facie* y las posiciones definitivas. Alexy, Robert, op. cit., p. 440.

<sup>27</sup> Atienza y Ruiz Manero, op. cit., p.123.

Y en el mismo sentido, Peces-Barba sostiene:

El establecimiento de normas que confieren derechos fundamentales se produce cuando se intenta positivizar las pretensiones morales<sup>28</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión acerca de la circunstancia en que si existen los *derechos de protección*, cuál sería el límite con el *derecho de defensa*. Alexy señala que si bien ambos son 'derechos' frente al Estado, la diferencia radica en que, en el primero, omite intervenciones; y en el segundo, éste se encarga de que terceros omitan sus intervenciones<sup>29</sup>.

Si se considera que son directrices, irán destinadas a acciones negativas del Estado, es decir, serán deberes y éstos tienen el carácter de principios.

No es pretensión del objetivo planteado en el capítulo, la de realizar una exhaustiva exposición de las diversas corrientes que ofrece la Teoría del Derecho, dado que implica una amplia gama de conceptos vertidos sobre los puntos que se han estado tratando; sin embargo la exposición consecuente, permitirá establecer ciertas pautas en cuanto a los criterios que pueden formularse para el discernimiento de la ubicación de los derechos fundamentales como principios. Ello, con el propósito de lograr el encuadre planteado, es decir, situar el derecho moral del autor como derecho fundamental.

#### **1.4.1. Teoría de los principios.**

Corresponde hacer la distinción entre reglas y principios. Primeramente hay que mencionar que ambos son normas jurídicas, y la diferencia que se haga de los dos depende del criterio que se aborde dentro de la dogmática jurídica. Dada la amplitud del tema, y sin pretender desviar el objetivo de la investigación, se expondrán de manera simplificada las consideraciones que algunos autores han realizado en torno a este aspecto.

---

<sup>28</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 30.

<sup>29</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 441.

Primeramente, Robert Alexy precisa como el núcleo de la diferencia entre ambos<sup>30</sup>:

- **Principios.-** Son normas que ordenan que se realice algo en mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada para su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.
- **Reglas.-** Son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más, ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados.

En cuanto a las colisiones que pudieran surgir entre principios se estará conforme a los criterios de ponderación, y uno tendrá que retroceder, sin embargo, ambos serán válidos. Y en cuanto a las reglas, las determinaciones que se hagan, implicarán su cumplimiento o su incumplimiento (validez), es decir, si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se tratará de una regla. No obstante, si se exige una mayor medida de cumplimiento se tratará de un principio.

Zagrebelsky también se ocupa de la separación que existe entre reglas y principios dentro del derecho:

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los

---

<sup>30</sup> Ibidem, pp. 13-14.

principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley<sup>31</sup>.

Y en este orden de ideas, realiza la siguiente distinción<sup>32</sup>:

- **Principios.-** Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Los principios proporcionan criterios para “tomar una posición” ante situaciones concretas pero que apriorísticamente no están determinadas. Los principios carecen de supuesto de hecho.
- **Reglas.-** Son leyes reforzadas por su forma especial. Se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Las reglas proporcionan el criterio base de las acciones, hacia donde va encaminada la conducta en situaciones específicas previstas por las reglas mismas. Sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.

El mismo autor concluye:

Para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos.<sup>33</sup>

Como se expuso anteriormente, dentro del sistema normativo, se producen colisiones entre los contenidos de las normas jurídicas: ya sean reglas contra reglas, reglas contra principios, o principios contra principios; por lo que, cuando se analiza el alcance jurídico del contenido y estructura de la norma, o bien del caso en concreto, necesariamente se tiene que hacer una breve

---

<sup>31</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Gascón, Marina, Trotta, Madrid, 2003, pp.109-110.

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 111.

revisión de ciertos criterios que pueden presentarse al momento en que exista una pugna.

Alexy sostiene que dentro de un orden débil en el que es posible una teoría de los principios se revelan tres elementos: sistemas de condiciones de prioridad; estructuras de ponderación y prioridades *prima facie*<sup>34</sup>:

- a. Condiciones de prioridad.-** Cuando existe un conflicto entre los niveles de la regla y de los principios, se puede formular en una ley de colisión, es decir, se expresan las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente. Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. No obstante frente a la posibilidad de que surjan nuevos casos concretos y con ello la contingencia de nuevas combinaciones, no se puede construir una teoría que determine para cada caso una decisión específica; de igual manera resulta útil en cuanto a un procedimiento de argumentación, mismo que debe ser incluido en una teoría completa de la argumentación jurídica.
- b. Estructuras de ponderación.-** Los principios exigen una cristalización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas refieren a una ley de ponderación: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento de otro. Lo anterior recoge el principio de proporcionalidad, y por consiguiente la conducción a estructuras de argumentación jurídica de mayor alcance.
- c. Prioridades *prima facie*.-** Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, por lo que crean un cierto orden en el campo de los principios, por supuesto no contienen una determinación definitiva: si

---

<sup>34</sup> Alexy, Robert, op. cit., pp. 17-20.

son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba; y con ello, el orden depende nuevamente de la argumentación jurídica.

Los elementos anteriormente citados, que brinda la Teoría de los Principios propuesta por Alexy, proporcionan a grandes rasgos condiciones jurídicas sobre las que se puede argumentar jurídicamente a favor de la acción de los principios de derecho. Es decir, principios de mayor peso, o de mayor grado de generalidad, de acuerdo al criterio de la dogmática jurídica por la que se ha optado.

Como se ha descrito, es posible observar que existen principios integrados al contenido y estructura de las normas jurídicas, y éstos tendrán mayor fuerza, en la medida de cómo se vinculen con el orden constitucional, toda vez que tratándose de derechos fundamentales configura un aspecto esencial.

En el siguiente apartado se analizará la integración de los derechos fundamentales en el orden constitucional así como su importancia como situaciones de derecho positivo.

### **1.5. Integración de los derechos fundamentales al orden constitucional.**

Los orígenes de los derechos fundamentales pueden situarse desde tiempos ancestrales<sup>35</sup>; y por supuesto sus bases estarán asentadas de acuerdo al momento histórico que se trate.

---

<sup>35</sup> En China (800-200 a. C.) con Confucio y Laot-Tsé, se predicó la igualdad entre los hombres. Posteriormente, se tiene el dato de que en Roma (Siglo V a.C.) en las Doce Tablas, se consignó el elemento de generalidad como esencial de toda ley. Con los estoicos surge la idea de la ley natural, al concebir que el orden de la naturaleza es eterno e inmutable, por ello el proceso de lo natural, en armonía con la razón, refleja el carácter divino del universo. La razón humana es la base del derecho. Los hombres son iguales en cuanto a seres racionales, y por ello todos deben disfrutar de los mismos derechos por estar sometidos a las mismas leyes naturales. Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2004, pp. 3-4.



Así pues, el desarrollo de los derechos fundamentales ha pasado de la pretensión de poder actuar conforme a la voluntad individual que fija libremente sus contenidos, a la pretensión de actuar en el sentido debido<sup>36</sup>. Ambas pretensiones se verán vinculadas más tarde a los derechos fundamentales con valores: libertad, igualdad, justicia, etc.

Los derechos fundamentales como pretensiones de la voluntad tienen naturaleza esencialmente subjetiva (como ya se dijo) en un doble sentido, son en efecto, instrumentos para la realización de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sus titulares, y además su violación autoriza a estos últimos a procurar su tutela. Sin embargo se considerarán como tales, si existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones.

En esta dirección, la integración de los derechos fundamentales al orden constitucional puede verse reflejado bajo la siguiente perspectiva:

En los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos<sup>37</sup>.

Entonces se desprende la afirmación de que en la Constitución, quedan plasmados principios; y bajo la concepción de ellos, la de los derechos fundamentales, y así lo demuestra Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil*:

El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios, expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir su “concepción”, es objeto de inagotables discusiones. Las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones

---

<sup>36</sup> El derecho no era la pretensión de respeto a la voluntad individual que fija libremente sus contenidos, sino la pretensión de poder actuar en el sentido debido según la razón, un orden o una ley universal. Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 81.

<sup>37</sup> Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 115.

constitucionales al respecto no son más que esbozo cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas.<sup>38</sup>

Los principios se consideran como la más alta manifestación del derecho positivo, no obstante dicha afirmación emerge del ámbito valorativo<sup>39</sup>. Y tanto para su integración, como para los efectos del derecho positivo, -como se vio en su momento- los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de carácter fundamental como lo es la Constitución, y bajo esta perspectiva, la importancia radicará de acuerdo a la producción de la norma, y no al contenido moral de la misma, según lo advierten algunos autores, sin embargo existe debate en torno a este aspecto.

Ferrajoli remite al postulado del positivismo jurídico clásico en el sentido del principio de la legalidad:

Conforme a él (principio de la legalidad) una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente de las formas de su producción<sup>40</sup>.

Se observa en este postulado la separación del derecho y moral, asimismo los términos de validez y de justicia. Dentro de esta perspectiva, la juricidad de una norma depende de la positividad, es decir, estriba en el hecho de ser “puesta” por una autoridad competente en la forma prevista para su producción<sup>41</sup>.

Lo anterior, recoge tanto la legitimidad como la legalidad; por lo tanto, el constitucionalismo es el resultado de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales impuestos por los principios. En este sentido, Ferrajoli afirma que cambió el paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de principios:

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>39</sup> No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ellos es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, al concebir todo el contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. Ibidem, pp.125-126.

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, op. cit., pp. 66.

<sup>41</sup> Ídem.

La legalidad resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del *ser* del derecho (su existencia)- ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino precisamente puesto por el legislador- y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de validez, asimismo positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. No se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada en el primer positivismo, sino por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho. En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley<sup>42</sup>.

Se puede destacar así, que lo propuesto para efectos del positivismo jurídico consiste en una función integradora, o de perfeccionamiento<sup>43</sup> del orden jurídico; ya sea en cuanto al contenido de la norma o a su producción.

Zagrebel'sky subraya el contenido moral que comprende el derecho positivo:

La "positivización" de contenidos "morales" afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por la elaboración de materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho natural<sup>44</sup>.

La intención de mostrar diversas perspectivas en torno a la integración de los derechos fundamentales al orden constitucional, es con el objeto de proporcionar un amplio panorama en cuanto a las posibilidades de su aplicación.

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>43</sup> Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para "perfeccionar" el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que le tienen atribuida. Zagrebelsky, Gustavo, op. cit., p. 117.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 116.

### 1.5.1. Límites de los derechos.

Los límites de cada derecho considerado en general se pueden encontrar en la Constitución y en las leyes; y los límites de los derechos concretos aparecerán en la resolución jurídica que resuelva de manera definitiva, el conflicto planteado<sup>45</sup>.

Como se verá más adelante, cuando exista pugna entre los límites que plantean los derechos fundamentales, los tribunales competentes decidirán mediante su función interpretativa e integradora cada caso en concreto.

Son amplios y muy diversos los criterios que ofrece la dogmática jurídica para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, por lo que solamente de manera enunciativa se expondrá un resumen:

En primer lugar, la revisión de los derechos fundamentales orientados a la libertad, y consecuentemente los orientados a la justicia, como lo propone Zagrebelsky<sup>46</sup>:

- **Derechos fundamentales orientados a la libertad.-** Aparentemente son ilimitados, no obstante, los únicos límites son los derechos de los demás; en este caso, la norma jurídica aplicable tiene que establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto. Posteriormente, la autoridad encargada de la aplicación tendrá que decidir cada caso en particular con el propósito de mantener un equilibrio entre los derechos.
- **Derechos fundamentales orientados a la justicia.-** Los derechos concebidos en vista de la justicia, tienen que centrarse en el orden objetivo, verdadero y consecuentemente justo, es decir, a una “legalidad” independiente de los sujetos, como límite extrínseco a la voluntad individual. Las dificultades que enfrentan los tribunales

---

<sup>45</sup> Peces-Barba, Gregorio, op. cit., p. 590.

<sup>46</sup> Zagrebelsky, Gustavo, op. cit., pp. 87-89.

competentes en este rubro derivan de la tutela individual de cara a la planificación pública en sectores estratégicos para la vida y los intereses colectivos, por lo que sostener armonía entre los derechos, resulta con frecuencia una gran labor.

En síntesis, la aproximación a los derechos fundamentales constituye un factor determinante y medular en las subsecuentes partes de la investigación. La importancia de conocer el contenido estructural de los derechos y su alcance jurídico proporciona las bases que dan origen al tema. No obstante, se estudiarán las particularidades que reviste la materia autoral, por lo que dicho estudio se abordará enseguida.

## **CAPÍTULO 2**

### **Marco teórico-jurídico del derecho moral del autor**

#### **2.1. Introducción**

El objetivo del capítulo consiste en presentar concretamente aquéllas prerrogativas de carácter moral que se desprenden del derecho de autor. Una vez analizadas, en la parte consecuente, se vincularán con los derechos fundamentales.

Para lograr dicho propósito, se considera necesario desplegar del concepto general del derecho de autor al particular derecho moral. Se estudiarán los diversos aspectos que engloban este derecho, tales como: su concepto, su naturaleza jurídica, y sus características.

Posteriormente se revisará cada facultad perteneciente a los derechos morales del autor: en qué consiste, cómo está regulado, sus límites, etc.

Por lo complejo que resultan las posibilidades de su ejercicio, y de acuerdo a la finalidad de la investigación, se considera pertinente realizar un esquema inductivo, es decir, que de lo general se vaya a lo particular del derecho moral del autor.

La finalidad del objetivo planteado, permite resaltar la importancia del derecho moral del autor dentro del orden jurídico nacional como en el internacional; así como sus consecuencias jurídicas.

#### **2.2. Derecho de autor.**

En general la doctrina apunta en torno al concepto de derecho de autor, al conjunto de facultades otorgadas por la norma que tiene el autor en vinculación con su obra.

Delia Lipszyc hace referencia que puede ser en un sentido objetivo como el nombre que se le da a la materia, sin embargo lo define en un sentido subjetivo como aquellas facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada.<sup>1</sup>

Por su parte Marisela González López señala al derecho de autor como el conjunto de facultades inherentes a la persona del autor, por el hecho de haber realizado una obra artística, literaria o científica.<sup>2</sup>

Ahora bien, la cuestión fáctica radica en qué consisten las facultades anteriormente mencionadas.

El derecho de autor surge de la necesidad de regular todos aquellos aspectos que se encuentran dentro del ámbito de creación de una obra por parte de su creador. A partir del acto de creación es cuando emergen las facultades a las que se ha hecho referencia.

El estudio de la naturaleza jurídica del derecho de autor ha presentado diversas teorías, sin embargo las diferencias en torno a ésta, son principalmente de índole doctrinal. A continuación se presenta un breve esbozo de ellas, ya que proporcionan tres enfoques:

El primero es una **Teoría dualista** que apunta al derecho de autor conformado por dos derechos independientes entre sí:

Un **derecho patrimonial** que faculta al autor para obtener los beneficios económicos derivados de su obra, y un **derecho moral** al que prescindiendo del estudio de su naturaleza jurídica, encuadran entre los derechos de la personalidad.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Argentina, 2001, p.18.

<sup>2</sup> González López, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1993, p. 34.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 39

En torno a las teorías dualistas, Lipszyc distingue:

Las dualistas (teorías) separan el conjunto de facultades reconocidas a los autores en dos clases de derechos -derecho moral y derecho patrimonial-, considerando que no deben de ser confundidos aunque se interrelacionen<sup>4</sup>

El segundo es una **Teoría monista** que consiste en el reconocimiento de un derecho unitario con contenido jurídico patrimonial y jurídico personal.

En esta teoría, el derecho de autor está formado por un derecho único, compuesto por dos facultades: unas de carácter patrimonial que, como se mencionó anteriormente, proporcionan al autor obtener beneficios económicos de su obra y el ejercicio de dichas facultades tiene una duración limitada; y otras que son de carácter personal y su duración es ilimitada.

Por lo tanto, en la primera teoría (teoría dualista), el derecho de autor consta de dos derechos, independientes entre sí; se presume que la razón es porque regulan aspectos diferentes, sin embargo sólo es en apariencia, ya que lo que se tutela (el elemento común en ambos), es el autor y su vínculo con la obra.

En la segunda teoría (teoría monista) del derecho de autor, se desprenden dos facultades.

La explicación de lo anterior puede verse de la siguiente manera:

Se tiene el conjunto de normas jurídicas que regulan el derecho subjetivo que tiene el autor, de ellas se desprenden dos subconjuntos de normas, unas de carácter **patrimonial** y otras de carácter **moral**, ambas con características propias.

Las de carácter **patrimonial**, son aquellas que facultan al autor a percibir una utilidad económica sobre su obra, y poseen características privativas de dicho ámbito de retribución.

---

<sup>4</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 22.



Y en el caso de las de carácter **moral**, son aquellas que facultan al autor en su aspecto personal; por lo que sus características son tales como: la perpetuidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad. Son estas facultades, las que se analizarán más adelante con mayor detalle.

Existe una tercera clasificación de los derechos de autor, en la que además de los derechos patrimoniales y los morales, se adhieren los derechos de remuneración o de “simple remuneración”.

Gutiérrez Vicén refiere a Antonio Delgado Porras, el cual ha explicado dicha clasificación de los derechos de autor, relacionada a su reconocimiento en la legislación autoral<sup>5</sup>. Y divide al derecho de autor, en derechos morales, derechos de explotación y derechos de remuneración.

En esta clasificación, se revisará brevemente lo tocante a los derechos de remuneración, en virtud de que la explicación de los otros derechos se abordó en las teorías que anteceden.

En la legislación nacional<sup>6</sup>, se prevé que el autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio, en virtud de que el derecho de autor es irrenunciable.

Y en la misma dirección, el primer párrafo del Art. 14ter del Convenio de Berna señala:

En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

---

<sup>5</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, *Manual legal de arte. La propiedad intelectual explicada a los artistas plásticos*, Colección Análisis y Documentos 4, Ministerio de Cultura, España, 1993, p. 33.

<sup>6</sup> Art. 26 bis LFDA.

El instrumento internacional proporciona mayor precisión al contenido de lo que se pretende proteger; y en los párrafos que prosiguen remite a las legislaciones nacionales determinar la medida de protección, sus modalidades de percepción, y el monto a percibir.

No obstante, nuestra ley en otro precepto, dispone además del objeto sobre el que recae la protección, el procedimiento que debe de llevarse a cabo en cuanto a la aplicación de este derecho.

El Art. 92 bis de la LFDA establece que los autores de obras de artes plásticas y fotográficas, así como los manuscritos originales de las obras literarias y artísticas, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado. Dicha participación de los autores será fijada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, en los términos que establece la misma ley.

La misma disposición, establece que el derecho es irrenunciable, por lo que se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*, y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor<sup>7</sup>.

Y por último, el precepto fija el procedimiento referente a las acciones de las personas que hayan intervenido en la reventa de la obra.

Como se puede observar, el derecho de remuneración lleva en sí mismo un tratamiento diferente a los otros derechos, porque como requiere una retribución económica, no puede vincularse con los de carácter moral. Sin embargo tampoco puede ser incluido en los de carácter patrimonial, toda vez que no interfieren directamente con la explotación de la obra. Gutiérrez Vicén describe a los derechos de remuneración de la siguiente manera:

---

<sup>7</sup> Cabe mencionar lo resuelto recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde pone de manifiesto que la irrenunciabilidad, no implica la intransmisibilidad; por lo que ha de suponerse que el autor puede transmitir dicha regalía en vida. Contradicción de tesis, 25/2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal en Pleno, 16 de abril del 2007.

Los derechos de remuneración, o de “simple remuneración”, no son verdaderos derechos de propiedad intelectual, en la misma medida que lo son, el derecho moral o el derecho de explotación, aún cuando sí sean derechos de autor, porque -citando a Delgado Porras- “carecen de naturaleza de poder exclusivo, o discrecional determinante de la explotación de la obra”. No conllevan la facultad de prohibir la explotación de la obra, (el “ius prohibendi”), intrínseco al derecho de explotación.<sup>8</sup>

El derecho de remuneración es por lo tanto un derecho que tienen el autor (en vida) y su causahabiente para poder percibir una retribución económica cada vez que su obra sea puesta a la venta.

Una vez delimitado el ámbito de tutela jurídica del derecho moral del autor dentro del concepto general de derecho de autor, en adelante se entrará en materia y únicamente se analizará este rubro.

### **2.3. Concepto del derecho moral.**

En relación a la terminología que se ha empleado para asignar a este tipo de facultades o prerrogativas, cabe precisar que el término “moral” indica que tutela intereses que no contienen ningún aspecto lucrativo. Tal precisión cobra importancia en el sentido de que no quiere decir que las otras facultades sean “inmorales”. Lo que sucede, es que dicho término ha sido asimilado por las fuentes de derecho que regulan la materia en general, por lo que hablar de “moralidad” en cuanto al Derecho, corresponde a otro tipo de análisis que concerniría a la Ética jurídica.

No obstante, el término tiene su aspecto teleológico, en virtud de que ha sido considerado como apropiado de acuerdo a la finalidad de proteger aquellos intereses no pecuniarios; además que su uso en rúbrica dentro de las legislaciones en derecho autoral, es una tradición.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, op. cit., p. 34.

<sup>9</sup> La propuesta a una enmienda en la legislación española, no prosperó en el sentido de que se proponía sustituir “derecho moral” por “derecho personal”. En el debate, Del Pozo I Álvarez, ponente del Grupo Parlamentario Socialista, defendió el uso de la rúbrica “derecho moral”, discrepando; y expuso que no se trata de un derecho moral por su origen, sino por su fin, y que

Entendiendo como acertado el término de derecho moral dentro de la materia, es menester dirigir el rumbo del análisis al concepto. Por ello, se partirá desde la estrecha relación que el autor sostiene con su obra, misma que forma parte de su expresión; independientemente de la finalidad que el autor persiga, Philipp Allfed asevera:

El autor ejerce el dominio de su obra porque ella, antes de pasar al mundo exterior, formaba parte de su Yo, no en razón de la relación que uno mantenga con un objeto de su patrimonio, sino en virtud de la peculiarísima relación personal que sólo el autor mantiene y perpetuamente mantendrá con su obra. Como la obra intelectual es una expresión de la personalidad del autor, debe asistirle a él sólo el poder de disposición, no importa con que fin disponga de su creación, sea con miras al aprovechamiento económico o por cualquier otra finalidad, inclusive la puramente ideal.<sup>10</sup>

El concepto de derecho moral engloba las facultades del autor vinculadas al acto de creación, y que no forman parte del beneficio económico de éste. Al respecto, González López cita a Michaelides Novaros, quien lo define como:

El derecho de crear, presentar o no su creación al público bajo una determinada forma, de disponer de esta forma soberanamente y de exigir de todos el respeto a su personalidad en tanto está ligado a su cualidad de autor.<sup>11</sup>

Delia Lipszyc coincide en que se protege la personalidad del autor en relación con su obra, y alude al derecho moral en tanto su integración:

El derecho moral está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra -darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad-, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación<sup>12</sup>.

---

tal denominación tiene sólida tradición por lo que se está defendiendo en múltiples decisiones jurisprudenciales y en las legislaciones positivas de otros países. González López, Marisela, op. cit., p. 83

<sup>10</sup> Allfed Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, Monografías Jurídicas 18, Temis, Colombia, 1999, pp. 6 y 7.

<sup>11</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 84.

<sup>12</sup> Lipszyc Delia, op. cit., p. 155.

Obón León señala que el derecho moral es el aspecto del derecho que concierne a la tutela de la personalidad del autor como creador y a la tutela de la obra como entidad propia<sup>13</sup>.

Gutiérrez Vicén designa al derecho moral vinculado con los derechos de la personalidad:

Corresponde por antonomasia al autor, y tiene su fundamento ético, en la relación de paternidad que une al autor con la obra que ha creado. Su raíz entronca con los derechos humanos y con los derechos de la personalidad.<sup>14</sup>

De lo anteriormente expuesto, dentro del concepto de derecho moral se pueden resaltar ciertos elementos que se desprenden de la doctrina en general, y que forman parte de su naturaleza jurídica, aspecto que se analizará en el siguiente rubro.

#### **2.4. Naturaleza Jurídica.**

El siguiente esquema muestra los elementos integrantes de la naturaleza jurídica del derecho moral del autor:

- El fundamento del derecho moral radica en la **personalidad** del autor en cuanto a su creación.
- El derecho moral incorpora un conjunto de **facultades** o prerrogativas que puede o no ejercer el autor en cualquier tiempo, y la consecuencia práctica de dicho ejercicio incluye la facultad de exigir que los demás realicen una conducta correspondiente.
- El derecho moral **no persigue** regular el ámbito de **retribución económica**.

---

<sup>13</sup> Obón León, Ramón J., *Derechos de los artistas e intérpretes*, 3º ed., Trillas, México, 1996, p. 56.

<sup>14</sup> Gutiérrez Vicén Javier, op. cit., p. 45.

## 2.5. Características.

Las normas que regulan el derecho moral del autor, confieren a la persona una serie de facultades o prerrogativas, es decir, le otorgan al autor derechos subjetivos dignos de tutela por la creación de su obra.

Lo que lleva a inferir que el derecho moral del autor va unido a la obra. Lipszyc lo señala como inherente a la calidad de autor, es decir, el derecho está unido a la personalidad del creador, y el autor lo conserva toda su vida.<sup>15</sup>

Como se dijo anteriormente, las normas jurídicas que regulan la materia le otorgan al autor derechos subjetivos, lo que se traduce en que éste tiene facultades morales (de hacer o no hacer) sobre su obra. Y como consecuencia, este mismo derecho le otorga al autor, la facultad de exigir a los demás una conducta correspondiente, es decir, la exigencia de abstenerse de interferir con su derecho.

En relación a lo anterior, Lipszyc dice que el derecho moral del autor es absoluto porque es oponible a cualquier persona (*erga omnes*), permite que el titular enfrente a todos los demás, incluso a quien ha recibido el pleno derecho patrimonial sobre la obra<sup>16</sup>.

El derecho moral del autor es aquel que sobrevive ante la perspectiva de obtener una retribución económica por la obra, es decir, no se agota. Como se expuso anteriormente, repercute en la esencia del autor, en su aspecto interno, en su manifestación artística o espiritual y por lo tanto debe ser tutelado, independientemente del beneficio económico que pudiera derivar de ello. Dicha precisión, sirve de punto de partida; por un lado, para distinguir de manera fehaciente los derechos morales de los derechos patrimoniales del autor; y por otro, para asimilar sus características.

---

<sup>15</sup> Lipszyc Delia, op. cit., p. 157.

<sup>16</sup> Idem.

Las características que presenta el derecho moral del autor están consagradas en el art. 19 LFDA: el derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

- **Inalienable:** nadie puede disponer por cualquier causa de este derecho. Rodríguez Tapia sostiene: el ámbito de poder que encierran los derechos morales, impide que cualquier persona invada, desconozca o perturbe la titularidad que sobre la obra corresponde al autor, con independencia de los derechos de explotación de los que sean titulares personas distintas a él. Nadie distinto del autor podrá ser propietario pleno de la obra, porque ésta no es susceptible de apropiación integral, al quedar siempre en la esfera del autor los derechos morales<sup>17</sup>.

Y en este sentido, Lipszyc plantea categóricamente, que en razón de la inalienabilidad del derecho moral, toda transmisión *inter vivos* de derechos de autor, sólo puede involucrar derechos patrimoniales<sup>18</sup>. Por las razones antes desplegadas, se deduce la inembargabilidad del derecho.

- **Imprescriptible:** el ejercicio del derecho moral se puede realizar en cualquier momento, y no se pierde con el tiempo.
- **Irrenunciable:** no existe la posibilidad de compromiso para no ejercitar las facultades o prerrogativas otorgadas por la norma. Rodríguez Tapia señala: la irrenunciabilidad del derecho, implica que su ejercicio es personalísimo, y corresponde únicamente al autor, sin posibilidad alguna de transmitirlo a otra persona<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel Bondía y Román, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, España, 1997, p. 69.

<sup>18</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 157.

<sup>19</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 69.

## **2.6. Facultades del derecho moral.**

Las facultades morales que tiene el autor sobre su obra, están consagradas en la legislación autoral. Están descritas tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y son las siguientes:

- Divulgación
- Paternidad
- Respeto a la integridad
- Modificación
- Retirar la obra del comercio
- Acceso al original

La sistemática del análisis en el capítulo, consiste en esquematizar el derecho moral del autor de su aspecto general al particular, en esa dirección se irán delimitando cada una de las facultades que lo comprenden.

Cabe puntualizar que la revisión de las facultades incluidas en el derecho moral del autor es con el propósito de resaltar la importancia o repercusiones jurídicas, que pudieran tener respecto a su aplicación en el terreno de los derechos fundamentales. La orientación de la investigación no va encaminada a la descripción propiamente dicha, sino a las consecuencias de derecho que de ellas emanen.

### **2.6.1. Divulgación.**

La enunciación que expresa la ley nacional (art. 16 LFDA) define la divulgación como el acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita; esto alude propiamente al derecho de divulgación. Y posteriormente, en el mismo ordenamiento, refiere a la prerrogativa conferida al autor en todo tiempo, de determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla



inédita (art. 21, fr. I, LFDA) lo que indica la facultad del autor a decidir si va a divulgar o no su obra.

Pérez de Ontiveros Baquero muestra la distinción entre la terminología de *derecho de divulgación* o *decidir la divulgación*:

Existe una diferencia importante entre el derecho a decidir la divulgación y el derecho de divulgación, ya que si el primero es la facultad que corresponde al autor de decidir si comunicará su obra al público, el segundo consiste en el derecho a realizar la comunicación efectiva; por ello, creemos que la expresión divulgación no debe ser utilizada en el ámbito de los derechos morales<sup>20</sup>.

Aunque es más acertada la expresión de decidir la divulgación, la doctrina en general muestra indistintamente el término. Sin embargo, se considera más acertada expresión de *decidir la divulgación*.

Rodríguez Tapia al comentar la disposición relativa al contenido y características del derecho moral en la legislación española, ofrece la siguiente dualidad en torno a la divulgación:

Normalmente la divulgación de la obra supone la posibilidad de explotar la misma mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales, pero no necesariamente siempre ocurre así (por ejemplo, cuando el autor deposita un manuscrito en la biblioteca pública). Y a la inversa, se puede explotar la obra antes de su divulgación (venta de un cuadro a un particular)<sup>21</sup>.

El ejercicio de esta facultad depende únicamente del autor, y dicho sea de paso, si la ejercita positivamente, debe determinar (de conformidad a la ley), la forma en qué ha de ejercitarse.

González López refiere al ejercicio del titular de este derecho moral:

---

<sup>20</sup> Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de Divulgación*, Civitas, España, 1993, p. 93.

<sup>21</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 69.

Aunque la obra nace con una vocación de comunicación, el autor es el único facultado para decidir si ésta ha de ser puesta en conocimiento del público, pues no hay duda de que la divulgación pone en juego la reputación o fama del autor, siendo por ello lógico que sólo él, de modo soberano, pueda decidir si ha de quedar en su esfera privada o ha de ver la luz<sup>22</sup>.

De igual manera, Rodríguez Tapia coincide con dicho aspecto, y a su vez, sostiene que:

El autor es el único que puede decidir cuándo y de qué manera y en qué condiciones divulgará su obra, decisión que dependerá de una amplia serie de circunstancias y motivaciones, tanto de carácter personal como objetivo (la propia maduración de la obra, la oportunidad social o económica que se estime más favorable, la perfección deseada para su prestigio, etc.). Si tiene derecho a divulgarla, también lo tiene a no hacerlo (inédito). El derecho a decidir si la obra se divulga o no implica el reconocimiento del derecho de inédito, que supone el ejercicio del derecho de no divulgación<sup>23</sup>.

Por lo tanto y de acuerdo a lo anterior, el autor tiene la facultad de decidir ejercitar (aspecto positivo), o no ejercitar (aspecto negativo) la divulgación. Y como se mencionó en las características, el derecho moral, es oponible a cualquier persona.

Un punto a destacar en torno a esta facultad, consiste en que no se considera divulgación, si la obra no tiene acceso al público.

La facultad de ejercitar la divulgación implica que el público tenga acceso a la obra, y se entiende como acceso al público, cuando la obra sale de la esfera íntima del autor<sup>24</sup>. De no ser así, se entenderá que el autor ejerció su facultad negativa, y a ésta se le conoce como el derecho al inédito.

---

<sup>22</sup> González López Marisela, op. cit., p. 145.

<sup>23</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 70.

<sup>24</sup> En este aspecto la doctrina y la jurisprudencia italiana y francesa, tras múltiples vacilaciones, se inclinan por aceptar un criterio intermedio entendiendo que el círculo íntimo del autor ha de incluir a éste y a aquellas personas que mantengan una relación estrecha con él, así no sólo parientes, sino también amigos o domésticos, etc. Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, op. cit., p. 68.

El derecho al inédito, por considerarse como una facultad negativa queda bajo la tutela jurídica del derecho moral del autor. Además, la ley que regula la materia, contempla las obras objeto de protección y señala a las no divulgadas, es decir, las inéditas (art. 4, B, fr. II, LFDA). Por tratarse de un tema extenso, se analizarán las siguientes consideraciones:

#### **2.6.1.1. Derecho al inédito.**

En relación a la terminología de este apartado, cabe hacer la siguiente diferencia, en primer lugar, distinguir entre sujeto y objeto:

El objeto es la obra; una obra inédita es aquella que no ha salido de la esfera íntima del autor, es decir que no haya sido accesible al público. El derecho al inédito es la facultad discrecional y exclusiva que tiene el autor (sujeto) de que su obra (objeto) no sea divulgada, por lo que se trata de una facultad en su aspecto negativo.

Precisar lo anterior, es con el propósito de establecer que la expresión de derecho al inédito (decidir no divulgar la obra), es la correcta en el sentido de que se trata de una facultad (negativa) que va ejercer el autor. Y así lo estima Pérez de Ontiveros:

Considerar que el derecho al inédito es el no ejercicio del derecho de divulgación es adecuado, pues precisamente es con la divulgación cuando una obra deja de ser inédita<sup>25</sup>.

Pueden ser diversas las razones o circunstancias por las que un autor decida no divulgar su obra, Espín Cánovas asienta que:

La no divulgación de una obra por parte de su autor puede obedecer a una decisión firme de no darla a conocer guardándola en su esfera reservada o bien al deseo de esperar un momento ulterior<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>26</sup> Espín Cánovas, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, España, 1996, p. 164.

No cabe duda que la autorización del titular de este derecho moral, es pieza clave; toda vez que su ejercicio ocurre durante la vida del autor. Sin embargo, la legislación autoral al describir que los titulares de los derechos morales, podrán en todo tiempo determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita (art. 21 LFDA); también dispone, que esta facultad moral (para decidir -o no- la divulgación), puede recaer en otras personas, si el autor ha fallecido.

Nuestra legislación, al otorgar el ejercicio del derecho moral al propio creador de la obra, concede también que en ausencia de éste, a sus herederos (último párrafo del art. 21 LFDA) y a falta de éstos, el Estado podrá ejercitarlo.

Esta disposición plantea la cuestión de legitimidad en cuanto a quiénes son las personas que están facultadas para el ejercicio del citado derecho; y que de acuerdo al curso de la investigación, pueden verse vulneradas algunas características del derecho moral del autor, mismas que se analizarán en el capítulo consecuente.

Retomando el punto referente a la titularidad del ejercicio de este derecho moral, el precepto primeramente señala a los herederos del autor, y en este caso, habrá que analizar si fue albedrío del autor divulgar o no la obra. Rodríguez Tapia alude este punto, y al comentar algunos supuestos de legitimación *mortis causa* señala la eficacia que representa el respeto a la voluntad del autor:

Cuestión distinta es la eficacia de la decisión adoptada por el autor una vez muerto, el respeto a su voluntad por parte de sus herederos, los cuales podrían verse forzados por el propio autor, si éste les impuso algún tipo de gravamen modal o de condición, a divulgar materialmente la obra. Si el autor manifestó su voluntad de no divulgar, también ejerció el derecho, y serán sus herederos los que respetarán o no su decisión<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 89.

Como se puede observar, la decisión de divulgar o no divulgar la obra tras la muerte del autor, primeramente, corresponde a los herederos y no se precisa, que tengan -por una parte- la obligación de respetar la voluntad del autor, a menos que medie una disposición testamentaria<sup>28</sup>, asunto que correspondería disipar a las autoridades en la materia; y -por otra-, la prioridad que tendrían los herederos en torno a este derecho. Espín Cánovas remitiéndose a la legislación española, misma que concuerda con la nacional, expone:

La Ley al llamar a “los herederos”, no señala ninguna norma de prioridad, por lo que están legitimados todos de modo conjunto. Al no distinguir la ley, serán llamados todos los herederos aunque fueren parientes de distinto grado (hermanos, sobrinos), parientes o no, aplicándose el llamamiento en la sucesión testada y en la intestada<sup>29</sup>.

Como ya se mencionó, en ausencia de herederos, el Estado puede ejercer, la titularidad de este derecho moral, pero subraya, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural nacional<sup>30</sup>. Dicha estimación, debe ser determinada por el órgano correspondiente, ya que implica, además de una valoración de la divulgación o no de la obra, una ponderación de intereses tutelados jurídicamente, como podría serlo, el derecho de acceso a la cultura misma que tiene carácter de fundamental.

Debido a las diversas posturas que ha adoptado la doctrina en torno a la divulgación de la obra póstuma y su colisión con otros derechos fundamentales, se reservará el análisis en la parte consecuente de la investigación.

#### **2.6.1.2. Formas de divulgación.**

La facultad de decidir la divulgación de la obra, presupone la coyuntura de explotarla mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales (aunque -como se

---

<sup>28</sup> Si el autor manifestó de modo fehaciente, durante su vida o por testamento, su decisión de no divulgar o mantener inédita su obra, el “derecho a la no divulgación” ya se agotó por parte del autor, con un carácter irreversible después de su muerte, pues ya no hay posibilidad de que revoque su decisión negativa. Ibidem p. 196.

<sup>29</sup> Espín Cánovas, Diego, op. cit., p. 166.

<sup>30</sup> Art. 20 LFDA.

vio-, no siempre ocurra así). Los derechos patrimoniales del autor surgen con la creación de la obra, pero se exteriorizan a partir de su decisión de divulgarla, una vez que el autor ha decidido divulgar (aspecto positivo), ha de decidir también la forma.

Lo anterior tiene su fundamento en la legislación de la materia, donde se establece que el autor ha de determinar la forma en qué debe ser divulgada su obra (art. 21, fr. I, LFDA).

La divulgación es el acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por *primera vez*, con lo cual deja de ser inédita (art. 16 fr. I, LFDA), por lo tanto, realizada esta acción, se considera agotada la facultad moral. Pérez de Ontiveros Baquero aclara:

El autor va agotar su derecho a decidir la divulgación en el momento en que, a la vista de su creación, la considere apta para ser conocida por el público y para ello se obligue contractualmente con terceros o haga entrega de la obra, en caso de que el vínculo contractual sea anterior a la creación de la misma o bien divulgue él en solitario, sin necesidad de mediación alguna<sup>31</sup>.

Nuestra legislación<sup>32</sup> consagra las formas en que una obra puede ser accesible al público; y las define en los siguientes actos:

- **Publicación.-** Consiste en la reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente.
  
- **Comunicación pública.-** Consiste en el acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares.

---

<sup>31</sup> Pérez de Ontiveros Carmen, op. cit., p. 88.

<sup>32</sup> Art. 16 LFDA.

Cabe precisar que si la divulgación es el acto de hacer accesible una obra por cualquier medio al público, entonces tanto la publicación, como la comunicación pública son actos en los que se puede ejercer esta facultad, siempre y cuando, dicho acto se realice por primera vez. Entendiéndose que si se divulga una obra, deja de ser inédita, y por lo tanto, queda agotada dicha facultad.

- **Ejecución o representación pública.-** De igual manera, este acto consiste en la presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. Dicho acto también se considera como una modalidad de la comunicación pública.
- **Distribución.-** Consiste en la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma.
- **Reproducción.-** Consiste en el acto de realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

Dichas formas podrán ser convenidas de acuerdo a la naturaleza de la obra, lo que implica a su vez, el ejercicio del derecho patrimonial<sup>33</sup>.

Existen diferencias para determinar el momento en que se ejerce la facultad de divulgación, porque, como se mencionó anteriormente, depende en gran medida de la naturaleza de la obra.

Por ejemplo, lo que va a diferenciar la divulgación de la publicación -suscribe Pérez de Ontiveros-, es que ésta última exige para su realización la puesta a

---

<sup>33</sup> Art. 27 LFDA.

disposición del público de un número de ejemplares de la obra, que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la obra<sup>34</sup>.

Y en los mismos términos, la ley nacional (art. 4, B, fr. III, LFDA) consagra: las obras publicadas son las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra.

En relación a la comunicación pública -como se vio-, es el acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público en general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda, y que no consista en la distribución de ejemplares. Y de acuerdo a la misma ley, pueden ser variadas las modalidades en las que se puede realizar dicho acto<sup>35</sup>, dependiendo de la naturaleza de la obra.

Las formas que reviste la divulgación hoy en día pueden ser muy diversas, y las legislaciones tratan de prever las más posibles, incluso las que podría haber en el futuro; independientemente de que, como se ha reiterado, se supedita a la naturaleza de la creación intelectual y consiguientemente, a la autorización del titular del derecho moral.

---

<sup>34</sup> Pérez de Ontiveros Carmen, op. cit., p. 73.

<sup>35</sup> La fracción II del art. 27 LFDA, dispone que los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:

- a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación.

Posteriormente, la fracción III del mismo precepto, establece las modalidades mediante las cuales puede llevarse a cabo la comunicación pública, cuando se trate de transmisión pública o radiodifusión de obras, y son las siguientes:

- a) Cable;
- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.



En resumen, se pueden obtener tres elementos de la facultad positiva de la divulgación:

1. Autorización del titular del derecho moral para decidir divulgar la obra.
2. Que la obra sea accesible al público, es decir que salga de la esfera de la intimidad del autor.
3. Que se realice por primera vez mediante los actos antes señalados.

### **2.6.1.3. Límites de divulgación.**

Este rubro consiste en indicar, lo que la doctrina en general considera límites al derecho de divulgación. Sin embargo, tal calificación, se hará de acuerdo a las decisiones que en su momento, lleve a cabo el órgano encargado de la aplicación del derecho. En algunos casos, la aplicación deberá de realizarse, conforme a un enfoque valorativo, o bien de acuerdo a los fines que persiga la tutela del derecho moral del autor.

La facultad de decidir la divulgación de la obra, corresponde al autor. La divulgación de la obra puede darse bajo las formas anteriormente vistas; no obstante, son diversas las circunstancias por las que el autor se enfrentaría a ciertas vicisitudes en torno a su ejercicio, enseguida se presentarán brevemente algunos de los casos:

#### **A. Cuando el autor se obliga contractualmente.**

El autor se obliga contractualmente a crear una obra, y transmite sus derechos de explotación sobre ésta; en este caso, se observan dos vertientes, la primera, que el autor se negara a realizar la obra; y la segunda, que se negara a entregarla para su divulgación; en ambas, puede apelar a su derecho moral<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Lipszyc Delia, op. cit., p. 162.

En la primera vertiente, se observa: si bien el incumplimiento para realizar la obra por parte del autor, podría acarrearle implicaciones de carácter patrimonial, es un hecho que no se puede atender contra su libertad de creación o su libertad de manifestarse artísticamente, toda vez que el derecho moral que el autor ostenta, es oponible a cualquier persona. Independientemente que la divulgación es una facultad y no una obligación.

Y en relación a la segunda vertiente expuesta, González López asienta:

Aunque el autor haya firmado un contrato para realizar una obra no puede ser obligado a ejecutar su compromiso de entrega, pues mantiene en todo momento su derecho moral de inédito de impedir que su obra sea divulgada sin su consentimiento; corresponde únicamente al autor tanto decidir si la obra está terminada como autorizar su divulgación. Todo ello sin perjuicio de la acción que por indemnización de daños y perjuicios tiene derecho a promover la parte afectada, donde se debería analizar, en cada caso, las causas del incumplimiento contractual por parte del autor<sup>37</sup>.

Por su parte, la legislación nacional contempla en las disposiciones generales de protección al derecho de autor lo siguiente (art. 83 primer párrafo, LFDA):

Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y **le corresponderán las facultades relativas a la divulgación**, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.

Como se puede observar, esta disposición le otorga a una persona distinta del autor (la persona que comisiona una obra), el derecho moral de divulgación. Y dadas las características del derecho moral, se presume una contradicción.

En caso de controversia, le corresponderá al órgano encargado de la aplicación, resolver la existencia o no, de la contradicción de preceptos; y posteriormente, resolver la preeminencia acerca de la titularidad del derecho moral controvertido.

---

<sup>37</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 147.

Se considera que el derecho moral de divulgación encuentra cierto límite para ser ejercitado, cuando el autor se obliga contractualmente. Sin embargo, la disposición consecuente en su segundo párrafo (art. 83 bis LFDA), brinda un margen de acción para que el autor pueda llevar a cabo el ejercicio de su derecho moral:

Para que una obra se considere realizada por encargo, los términos del contrato deberán ser claros y precisos, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más *favorable al autor*. El autor también está facultado para elaborar su contrato cuando se le solicite una obra por encargo.

De acuerdo al precepto citado, la interpretación jurídica, favorecerá al autor. Y por lo tanto, el órgano encargado de la aplicación, precisará los criterios que estime convenientes para dirimir la controversia.

Lo anterior, con el fin de proporcionar al ordenamiento jurídico, el atributo de coherencia (propio del derecho positivo); y en consonancia con el contenido de lo que se pretende proteger, será propiamente, el ejercicio de los derechos morales que tiene el autor.

Y en los mismos términos se aplicará, cuando se trata de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral (art. 84, segundo párrafo, LFDA):

El **empleador podrá divulgar la obra** sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado.

Sin embargo, la decisión final corresponde a la interpretación que realice el órgano aplicador, toda vez que exista controversia en relación a la titularidad del derecho moral. Y por lo tanto, el autor se encuentre en presencia de un límite en torno al ejercicio de esta facultad.

## **B. El autor y el propietario del soporte material.**

La facultades o prerrogativas del derecho moral son del autor, por lo que si éste entrega o enajena el soporte material de su obra, no se considera que cede su derecho moral. La norma sólo le confiere al autor (el sujeto), las facultades o prerrogativas de ejercicio; y éstas no son conferidas a la obra (objeto). Delia Lipszyc suscribe:

La adquisición de una obra artística (una pintura, un grabado, una escultura, una fotografía, etc.) no importa la adquisición de los derechos de explotación de la obra, del mismo modo que el comprador de un manuscrito o de una partitura musical original recibe solo la propiedad del objeto físico y no puede publicarlos, ni representar o ejecutar la obra o radiodifundirla o transformarla, etc. Excepto que lo haya convenido expresamente.

La enajenación del soporte material original donde consta una obra no implica, por este solo acto, transferencia alguna de la titularidad de los derechos que corresponden al autor. Este último conserva tanto el derecho moral como los derechos patrimoniales<sup>38</sup>.

Al respecto, la legislación nacional regula en el título relativo a la transmisión de los derechos patrimoniales lo siguiente (art. 38 LFDA):

El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Aunque en el precepto anterior, se salvaguardan los derechos de autor; se reconoce también en otra disposición (salvo pacto en contrario), la facultad de exhibición pública, en favor del adquirente del soporte material (art. 85 LFDA):

Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la

---

<sup>38</sup> Lipszyc Delia, op. cit., p. 164.

exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

La exhibición pública es una modalidad de la comunicación pública; y ésta última, una forma de divulgación. Por lo tanto, si el propietario del soporte ejerce la facultad de exhibición pública, se verá vulnerado el ejercicio del derecho moral del autor relativo a la divulgación, en el caso de que la obra no haya sido divulgada. No obstante, el derecho moral del autor es oponible a cualquier persona.

En todo caso, si el autor en el acto de enajenación del original no se opone a que el propietario ejercite sobre la misma el derecho de comunicación pública, ya está consintiendo (tácitamente) sobre la divulgación de la obra o, en los mismos términos, ya ha ejercitado activamente la facultad de decidir la divulgación de la obra, y la forma en que ésta ha de llevarse a cabo.

En esta dirección, es de suponerse que el autor de la obra está ejercitando su facultad y no la está transmitiendo, toda vez que se trata de una facultad inalienable.

### **C. Cuando es una obra en colaboración.**

La legislación nacional contempla como objeto de protección, a las obras en colaboración, y las define como aquellas que han sido creadas por varios autores (art. 4, inciso D, fr. II, LFDA).

Derivado de lo anterior, se desprende la siguiente cuestión, ¿a quién corresponde la titularidad de los derechos morales? La misma legislación proporciona la respuesta (art. 80 LFDA):

En el caso de las obras hechas en coautoría, los derechos otorgados por esta Ley, corresponderán a todos los autores por partes iguales, salvo pacto en contrario o que se demuestre la autoría de cada uno.

Y el segundo párrafo de la misma disposición, establece el mecanismo del ejercicio de los derechos de autor:

Para ejercitar los derechos establecidos por esta Ley, se requiere el consentimiento de la mayoría de los autores, mismo que obliga a todos.

Asimismo el Convenio de Berna (art. 7bis) concede protección en tanto a las disposiciones aplicables al derecho de autor, remarcando que pertenece en común a los colaboradores de una obra.

Por lo tanto, los autores que participen en la creación de una obra, gozarán de la titularidad de los derechos de autor, es decir, disponen tanto de las facultades patrimoniales como de las facultades morales.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que alguno de los integrantes de la creación, se abstuviera a dar su autorización para ejercer la facultad de decidir la divulgación. En este supuesto, el derecho moral de divulgación podría verse vulnerado, porque como se observa, la ley exige el consentimiento de la mayoría de los autores. González López señala:

Para cuando no existe el consentimiento de todos los coautores, se arbitra por la ley el recurso al Juez, lo que nos parece acertado, pues la creación de una obra de esta naturaleza es de suponer que siempre le habrá precedido el acuerdo de todos, y es desconcertante que luego alguno de ellos se niegue a la divulgación<sup>39</sup>.

Llegado el caso en el que un coautor se negará a dar su autorización para el ejercicio de la facultad de divulgación, tendrá el órgano correspondiente que resolver el conflicto en cuanto a la divulgación de la obra; independientemente de que su incumplimiento pudiera generarle condena para el pago de indemnización compensatoria. González López propone que el ejercicio de este derecho no puede ser resuelto por decisión judicial:

Podrá en todo caso el Juez disponer el pago de una indemnización, pero no la divulgación de la obra, pues las razones que justifican la negativa se refiere a

---

<sup>39</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 163.

aspectos morales del derecho de autor. El decidir cuándo la aportación que va a integrar la obra está concluida corresponde únicamente al coautor que se comprometió a su realización. No creemos que el Juez, y ni siquiera los demás coautores, puedan determinar sobre esta cuestión tan personal.<sup>40</sup>

Como se ha revisado en este límite y en los anteriores, el derecho moral del autor es oponible a cualquier persona, y además constituye una facultad de carácter inalienable; razones que deben ser valoradas. Sin embargo será el órgano encargado de la aplicación del derecho, el que resolverá si se suscitasen casos en los que pudiera verse quebrantado el ejercicio del derecho moral de divulgación.

### 2.6.2. Paternidad.

Esta facultad consiste en que se le reconozca al autor su atributo de realización intelectual -misma que nace en el momento de creación de la obra-, pero que se ejercitará cuando la obra se haya divulgado.

La ley le asigna a su titular, exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima (art. 21, fr. I, LFDA).

En el ámbito internacional, el Convenio de Berna suscribe en el art. 6 bis, primer párrafo:

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el **derecho de reivindicar la paternidad** de la obra.

De los preceptos descritos, se desprende: el autor tiene el derecho de que le sea reconocida tal cualidad, y en el mismo sentido, la norma le confiere el derecho de exigir a los demás una conducta correspondiente, es decir, la no interferencia en el ejercicio (o no) de su derecho, y en la forma en qué el autor decida ejercitarlo. Al respecto Delia Lipszyc señala:

---

<sup>40</sup> Ídem.

La mención del autor debe hacerse en la forma que él ha elegido. Ello incluye el seudónimo y el anónimo, pues la prerrogativa de que se identifique la obra con su autor es concebida como un derecho y no como una obligación de éste, lo cual implica que el creador goza de la facultad de decidir si desea que se haga tal asociación y en qué forma (mediante su nombre, un seudónimo, iniciales, etc.) o si quiere permanecer anónimo<sup>41</sup>.

La legislación nacional al clasificar las obras objeto de protección según el autor (art. 4, inciso A, fracciones I, II, III, LFDA), define:

- **Conocido.-** Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor.
- **Anónimas.-** Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación.
- **Seudónimas.-** Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor;

El ejercicio de esta facultad y la forma en que se realice, dependen directamente de la autorización de su titular; y en su caso, también la de oponerse frente a terceros en caso de trasgresión.

Y así está previsto en la ley de la materia, el primer párrafo del art. 77 de la LFDA dispone:

La persona cuyo nombre o seudónimo, conocido o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por trasgresión a sus derechos.

Como ya se mencionó, el Convenio de Berna<sup>42</sup>, atribuye el derecho de reivindicar la paternidad de la obra; y al respecto Lipszyc plantea los aspectos que comprenden dicho **derecho de reivindicar**<sup>43</sup>:

---

<sup>41</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 166.

<sup>42</sup> Art. 6 bis, primer párrafo.

<sup>43</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 167.



- **La condición de autor.-** Cuando se ha omitido la mención de su nombre<sup>44</sup> o se hace figurar otro nombre o un seudónimo.

La legislación concede al autor el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor sobre su creación intelectual (art. 21, fr. II, LFDA). Lo anterior genera un mandato para que nadie pueda interferir en su derecho moral, porque -como se ha visto-, es oponible a cualquier persona. En este sentido, si se llegaran a producir los siguientes hechos, el autor en todo momento podrá oponerse. A continuación se citarán algunos casos como los describe Rodríguez Tapia<sup>45</sup>:

- Que la paternidad de la obra sea negada por un tercero.
- Que la obra fuera divulgada anónimamente sin permiso del autor.
- Que se atribuya esta facultad a otras personas por error o intencionalmente.

- **La forma especial de mencionar su nombre.-** El autor ha decidido divulgar su nombre bajo una forma singular.

Sin embargo, puede ocurrir que se haya omitido alguna precisión respecto a la forma especial de mencionar el nombre del autor en la divulgación de su obra, es decir, el caso en que se presente el nombre abreviado o con algún agregado, entonces, el autor tendrá la facultad de oponerse frente a quienes hubieran incurrido en la omisión de dicha precisión. Y a su vez, exigir el reconocimiento de su condición de autor sobre la obra con la que se identifica.

- **La opción de seudónimo o el anónimo.-** El autor al divulgar su obra, puede elegir entre aparecer con un nombre, signo o firma que no revele su identidad (seudónimo); o bien sin mención de su nombre (anónimo).

---

<sup>44</sup> "...no es el "nombre" la única forma por la que el autor puede darse a conocer, sino que puede usar cualquier forma denominativa que lo identifique, digamos un solo apellido, el nombre abreviado, las iniciales del nombre, un seudónimo transparente, etc." González López, Marisela, op. cit., p. 170.

<sup>45</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 75.

El autor goza de la facultad de optar por cualquiera de las formas en las que quiera darse a conocer, no obstante puede suceder que cuando ha elegido por éstos, se viole su derecho y se haga figurar su verdadero nombre, en este caso, tendrá el derecho de oponerse frente a quienes hubieren vulnerado dicho derecho.

En este orden de ideas, el autor también tiene derecho a defender su nombre o seudónimo cuando ha sido apropiado, sin embargo, no constituye propiamente la facultad moral de paternidad, Delia Lipszyc menciona:

El derecho a defender su nombre o seudónimo cuando ha sido usurpado haciéndolo figurar en obras que no le pertenecen (supuesto de falsa atribución de paternidad de una obra) tiene mucha conexión con el derecho de paternidad, pero no integra propiamente el derecho moral del autor sino que forma parte del derecho de la personalidad general<sup>46</sup>.

Asimismo lo previsto en la ley que regula la materia, la fracción VI del art. 21 LFDA dispone que los titulares de los derechos morales podrán oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Y en su segunda parte, la misma fracción establece que cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere dicha fracción.

La titularidad del derecho a la paternidad durante el anonimato o el seudónimo la tiene el autor, no obstante su ejercicio, puede ser confiado (mediante su autorización) a otra persona<sup>47</sup>, durante la vida del autor, o en su muerte (si existiese disposición testamentaria).

En relación a esta encomienda, la legislación nacional proporciona el mecanismo de la protección al derecho moral del autor, en el segundo párrafo del art. 77 de LFDA:

---

<sup>46</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 167.

<sup>47</sup> La legislación francesa dispone además de que los autores de obras seudónimas y anónimas gozarán sobre las mismas de los derechos (morales) reconocidos en ella, que en el ejercicio de estos derechos, mientras no hayan dado a conocer su identidad civil y no hayan acreditado su calidad de autores, éstos estarán representados por el primer editor o publicador (art. L113-6 Código de la Propiedad Intelectual).

Respecto de las obras firmadas bajo seudónimo o cuyos autores no se hayan dado a conocer, las acciones para proteger el derecho corresponderán a la persona que las haga del conocimiento público con el consentimiento del autor, quien tendrá las responsabilidades de un gestor, hasta en cuanto el titular de los derechos no comparezca en el juicio respectivo, a no ser que existiera convenio previo en contrario.

Cabe resaltar que el gestor sólo tiene el ejercicio de esta facultad, ya que como se ha examinado, el derecho moral únicamente corresponde al autor, toda vez que dicho derecho tiene el carácter de irrenunciable.

Esta facultad también le concede la prerrogativa de revelar su identidad, en cualquier momento ya sea durante su vida, o en su muerte (previa disposición testamentaria) por las personas que hayan sido designadas por él. Pero también puede resultar que tras la muerte del autor, surgiera el interés de la colectividad para saber la identidad del autor, asunto que quedaría en manos de los tribunales competentes para efectuar el análisis sobre la ponderación de derechos.

En resumen, el ejercicio de esta facultad, consiste en decidir la forma en la que el autor se quiere dar ha conocer al momento de divulgar su obra (mencionando su nombre, o por seudónimo, o en anónimo). Y también le permite en todo momento revelar su identidad aún cuando la obra haya sido divulgada.

### **2.6.3. Respeto a la integridad de la obra.**

La facultad que la norma le otorga al autor consiste en exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que le cause demérito o perjuicio a la reputación de su autor (art. 21, fr. III, LFDA).

El Convenio de Berna, pronuncia -como se ha visto-, en su art. 6 bis, primer párrafo, lo siguiente:

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de **oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.**

Este derecho moral, involucra el respeto a la personalidad del autor y a la obra misma, Lipszyc menciona en este sentido lo siguiente:

El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión<sup>48</sup>.

El contenido de la norma implica -por una parte-, la exigencia de respeto a la integridad de la obra, lo que quiere decir que se prohíbe cualquier alteración que no haya sido autorizada por el titular de este derecho moral; y -por otra-, que le cause demérito o perjuicio a la reputación del autor. Primero, se analizará el primer aspecto que comprende la norma; y posteriormente el relativo a la reputación del autor.

#### **2.6.3.1. La exigencia de respeto a la integridad de la obra.**

Como se ha mencionado, el derecho moral del autor es aquel que sobrevive ante la perspectiva de obtener una retribución económica por la obra, si el autor cede los derechos de explotación contractualmente a otra persona, salvaguarda su derecho moral.

Sin embargo (de acuerdo a la naturaleza de la obra), existen ciertas condiciones técnicas cuando la obra es explotada (edición, representación y ejecución pública, reproducción, radiodifusión, etc.) que pudieran menoscabar esta facultad, y las personas encargadas de dicha explotación (editor, productor, etc.), están obligadas a prevenir la protección de este derecho. Lipszyc resalta dicha obligación:

---

<sup>48</sup> Lipszyc Delia, op. cit., p. 168.

La obligación de respetar la integridad de la obra alcanza a todos los utilizadores, tanto si la utilización se realiza en virtud de una autorización contractual como en el marco de las limitaciones del derecho de autor. La misma obligación corresponde al propietario del soporte material originario de la obra (una obra artística, un manuscrito, una partitura musical, etc.)<sup>49</sup>.

El deber de respeto a la integridad de la obra por parte del cesionario es absoluto<sup>50</sup>, y de igual forma lo tiene el propietario del soporte, por lo que en caso de controversia, lo decidirá el órgano encargado de la aplicación del derecho, Espín Cánovas refiere a que en caso de controversia, se estará de conformidad al principio de buena fe.<sup>51</sup>

El ejercicio de esta facultad, lleva implícita la autorización del titular del derecho moral a la persona encargada de llevar a cabo las alteraciones exigidas de acuerdo a la naturaleza de la obra. Sin embargo, ello no significa que dicha persona, pueda realizar todas las alteraciones que desee sin límite alguno, pues el carácter indisponible del derecho considerado lo impediría<sup>52</sup>. Por lo tanto, se concluye que si el autor considera que se ha violentado su derecho, podrá exigir el respeto a la integridad de su obra.

En este rubro se debe subrayar que al efectuar otras personas modificaciones a la obra original con la autorización del titular del derecho, éstas pueden llevar en sí mismas una verdadera creación.

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>50</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 184.

<sup>51</sup> Este principio general de la buena fe habrá de aplicarse a los conflictos que plantee la concurrencia de los derechos del propietario de la obra de arte y los de autor. La falta de más reglas concretas en las leyes de propiedad intelectual sobre este conflicto tendrán que suplirse por la aplicación judicial del principio de buena fe y la proscripción del abuso. Si no existe una regla legal que imponga taxativamente al adquirente de la obra de arte un deber de conservación y que prohíba su destrucción, hay que admitir, sin género de duda, que todo derecho debe ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe con la ponderación de las circunstancias del caso. Las reglas de la buena fe impiden al propietario de una obra de arte causar intencionadamente o por negligencia su deterioro o destrucción. Espín Cánovas, Diego, op. cit., p. 94.

<sup>52</sup> Si el resultado de la transformación supone un perjuicio a sus intereses (se desnaturaliza la obra si, por ejemplo, no se respeta su espíritu o filosofía) el autor podrá impedir su difusión. Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 77.

El resultado de la creación antes mencionada, sería elemento de protección, sin menoscabo de los derechos de autor de la obra preexistente, a dicho resultado se le conoce como obra derivada<sup>53</sup>. El fundamento de lo anterior, se encuentra previsto en el art. 78 de la legislación nacional:

Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III, del artículo 21 de la ley, (éste último, relativo al respeto de integridad de la obra).

Asimismo, cabe precisar, que existen modificaciones lícitas a la obra, como el caso de la parodia, regulada explícitamente en otras legislaciones, ejemplos de ello, lo previsto en la legislación francesa<sup>54</sup> y en la española<sup>55</sup>.

También están dentro de las alteraciones lícitas, aquellas que surjan de la realización de una obra audiovisual o cinematográfica<sup>56</sup>, (autorizadas contractualmente) siempre y cuando la obra en cuestión no esté terminada<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> La legislación nacional define a las obras derivadas como aquellas que resultan de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia (art. 4 inciso C, fr. II, LFDA).

<sup>54</sup> La legislación francesa (art. L211-3, fracción I, Código de Propiedad Intelectual) dispone que los beneficiarios de los derechos contemplados en el presente título (derechos afines al derecho de autor) no podrán oponerse a:

IV. La parodia, el pastiche y la caricatura, habida cuenta de las reglas del género.

<sup>55</sup> La legislación española (art. 39 Ley de Propiedad Intelectual) dispone: no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

<sup>56</sup> El art. 99 de LFDA dispone que, salvo pacto en contrario, el contrato que se celebre entre el autor o los titulares de los derechos patrimoniales, en su caso, y el productor, no implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste de los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual. Una vez que los autores o los titulares de derechos patrimoniales se hayan comprometido a aportar sus contribuciones para la realización de la obra audiovisual, no podrán oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por cable, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de dicha obra. Sin perjuicio de los derechos de los autores, el productor puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para la explotación de la obra audiovisual.

<sup>57</sup> Según el art. 71 de la LFDA, se considera terminada la obra audiovisual cuando, de acuerdo con lo pactado entre el director realizador por una parte, y el productor por la otra, se haya llegado a la versión definitiva.

Existe debate en la doctrina y en la jurisprudencia de algunos países en cuanto a las prácticas en la teledifusión de las obras audiovisuales que lesionan la integridad de las obras. Son diversas las posturas en las que se han pronunciado los tribunales de algunos países en cuanto al ejercicio de esta facultad; y por lo extenso que podría resultar el análisis de cada uno de los ámbitos de aplicación, sólo se mencionarán dichas prácticas:

Se trata, entre otras, del doblaje y los subtítulos desnaturalizantes, la música de acompañamiento, los recortes de los fotogramas para adaptarlos al tamaño de la pequeña pantalla, la incrustación de la sigla o logotipo de la cadena que emite en el marco de la pantalla, la realización de los cortes publicitarios y el coloreado de los filmes rodados originalmente en blanco y negro<sup>58</sup>.

Como se dijo anteriormente, los casos antes citados causan polémica, no obstante la facultad de respeto a la integridad de la obra es absoluta, y el autor puede ejercitarla frente a todos.

El caso de la obra plástica no es la excepción en cuanto a la discusión: el autor puede ejercer su facultad moral contra el propietario del soporte material<sup>59</sup> (quien -como se dijo-, presuntamente tiene el deber de conservación de la obra); primero, si la obra sufre alguna deformación, mutilación u otra modificación, y segundo, si dichas acciones pudieran causar demérito o perjuicio a su reputación<sup>60</sup>. Cuestión que de acuerdo al planteamiento inicial, se analizará enseguida:

---

<sup>58</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 190.

<sup>59</sup> Alteración de la obra, puede ser por ejemplo, la modificación del desplazamiento de un mural concebido para un determinado espacio, si dicha modificación se realiza contra la voluntad del autor, es decir en perjuicio de sus intereses y sobretodo si el autor se siente menoscabado en su reputación. Gutiérrez Vincén, Javier, op. cit., p. 47.

<sup>60</sup> El art. 85 LFDA establece que salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

### **2.6.3.2. El autor podrá oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, que le cause demérito o perjuicio a su reputación.**

La norma (art. 21, fr. III, LFDA) le otorga al autor además del respeto a la integridad de la obra, la acción de oponerse en contra de la deformación, mutilación u otra modificación, así como a toda acción o atentado que recaiga sobre su obra; siempre y cuando la realización de las conductas anteriormente descritas, **le cause demérito o perjuicio a su reputación.**

Y conjuntamente, el Convenio de Berna (art. 6 bis, primer párrafo), suscribe:

...oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que **cause perjuicio a su honor o a su reputación.**

Como se observa, el instrumento jurídico internacional además comprende *el honor*, y al respecto, Espín Cánovas sugiere que resulta estricta tal evocación, toda vez que compete (el honor) a los derechos de la personalidad:

La protección del honor no es propiamente cometido de una ley de propiedad intelectual, sino de normas generales de protección a la persona natural<sup>61</sup>.

Igualmente, el mismo autor ocupándose de la protección que esta facultad otorga, señala el alcance de dos requisitos, uno puramente objetivo<sup>62</sup> consistente en prohibir la modificación de la obra; y el otro subjetivo por referencia al interés o reputación del autor<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Espín Cánovas, Diego, op. cit., p. 90.

<sup>62</sup> El requisito objetivo, de acuerdo al Convenio de Berna, tiene una extensión tan amplia que abarca cualquier alteración de la obra. No se toma en cuenta si la modificación tiene por finalidad "mejorar" la obra, ponerla más en consonancia con un determinado contexto social, o si consiste en suprimir algo, como un distintivo, que resulte anacrónico. En cualquier caso, la protección del autor a través de su obra es completa y le permite reclamar la supresión de la modificación y la indemnización que proceda. Ibidem, p. 89.

<sup>63</sup> El requisito subjetivo viene en cambio a restringir el ámbito de deber de respeto a la obra ya que una lectura rápida sugiere la necesidad de que lesione un interés específico en cada caso o menoscabe la reputación del autor. Pero en realidad debe presumirse, a mi juicio, el interés del autor en que se respete la integridad de su obra sin modificación alguna y como este interés es



Se coincide en la observación relativa al *honor*, en cuanto a su inclusión en una ley de propiedad intelectual, y como se aprecia, en nuestra legislación este elemento no está contemplado. No obstante, en caso de controversia, el órgano competente deberá elegir la norma jurídica aplicable. Y en virtud de la subjetividad que implica recurrir a esta facultad, se puede apelar a su vez, al daño moral<sup>64</sup>.

Recapitulando en torno al aspecto subjetivo que tiene la norma, se afirma lo siguiente: si la norma le otorga al autor la facultad de exigir el respeto a la integridad de su obra, él debe manifestar cuándo considera que se afecta su derecho moral y la autoridad tendrá que resolverlo. De igual forma, si el autor considera que sufre una acción o atentado<sup>65</sup> su obra, y la ley es omisa al definir atentado, entonces, el órgano correspondiente deberá declarar el significado de atentado y la norma directamente aplicable al caso aparece como conclusión, determinando así la violación o no de su derecho.

Al parecer, el precepto, subordina al autor a acreditar la exigencia de su derecho; González López asevera que el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra debe ser incondicionado:

El derecho del autor a impedir cualquier deformación o alteración de la obra debe ser incondicionado, no puede depender de que cause o no perjuicio a sus intereses o menoscabo de su reputación, pues cualquiera que sea el efecto que origine la modificación, deformación o alteración de la obra debe ser perseguido por el autor, incluso aunque viniese a mejorarla<sup>66</sup>.

El autor al manifestarse artísticamente exterioriza sus sentimientos y emociones en un momento o en una circunstancia determinada, ello da como resultado

---

legítimo, presuntamente toda modificación de la obra lesiona un interés legítimo de su autor. Ídem.

<sup>64</sup> El art. 1916 del Código Civil Federal en el capítulo referente a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, define en su primer párrafo al daño moral: Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

<sup>65</sup> No se concibe ningún atentado que no tienda a perjudicar intereses ajenos o que no sea ilícito. González, López Marisela, op. cit., p. 182.

<sup>66</sup> Ídem.

final su obra; no importa si su creación no cumple con los requisitos de estética, de ahí se desprende el carácter subjetivo del precepto. Por lo tanto, se estima asimismo, que sólo la valoración del autor en tanto considere afectado su derecho moral, no debe ser susceptible de acreditación.

#### **2.6.4. Modificación de la obra.**

La legislación nacional le otorga al autor la facultad de modificar su obra (art. 21, fr. IV, LFDA), sin embargo, no precisa en qué consiste la facultad. Rodríguez Tapia menciona que la modificación de la obra puede referirse al contenido de la obra o a su composición material<sup>67</sup>.

El ejercicio de la facultad moral del autor para modificar su obra, puede recaer sobre una obra divulgada o bien, en vía de divulgación. En virtud de dicho ejercicio, el autor tendrá a su vez, que respetar derechos contraídos por terceros<sup>68</sup>, o los que tutelan el interés cultural<sup>69</sup>.

Se esquematizarán los supuestos que podrían producirse en cuanto a los derechos de explotación de un cesionario:

##### **2.6.4.1. Modificación de la obra en vía de divulgación.**

Tratándose de una obra que no ha sido divulgada, o bien en vía de divulgación, el autor podrá realizar libremente todas aquellas modificaciones que no alteren el carácter o finalidad de la obra, ni eleven sustancialmente el coste de la

---

<sup>67</sup> Rodríguez Tapia, J. Migue, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p.80.

<sup>68</sup> Los derechos que los terceros puedan tener sobre la obra, y que hay que respetar son tanto los derechos de explotación de un cesionario como el derecho de propiedad sobre el ejemplar único de una obra de arte plástica o fotográfica. Por lo que respecta al propietario del original, existe prácticamente unanimidad doctrinal sobre la imposibilidad del artista o autor de las citadas obras de poder modificarlas, salvo que se lo autorice el propietario del soporte. Por tanto, el derecho de modificación no es aplicable al artista plástico que ha enajenado el soporte. *Ibidem*, p. 79.

<sup>69</sup> Art. 20 LFDA.

explotación proyectada<sup>70</sup>. Y en consonancia, el autor se atenderá a las directivas previstas en el contrato de edición<sup>71</sup>:

El autor conservará el derecho de hacer a su obra las correcciones, enmiendas, adiciones o mejoras que estime convenientes antes de que la obra entre en prensa. Cuando las modificaciones hagan más onerosa la edición, el autor estará obligado a resarcir los gastos que por ese motivo se originen, salvo pacto en contrario (art. 46 LFDA).

#### **2.6.4.2. Modificación de la obra divulgada.**

Aún cuando la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho de modificarla<sup>72</sup>. No obstante, el autor adquiere ciertas implicaciones ante el cesionario de los derechos de explotación para efectuar las modificaciones a su obra.

Cabe distinguir (siguiendo nuevamente las reglas del contrato de edición), si la cesión se otorgó en exclusiva o no:

- a. Si los derechos de explotación **no** han sido cedidos en **exclusiva**<sup>73</sup> y el autor modifica su obra, el cesionario no puede impedir que lo haga, y una vez hecha la modificación, el autor puede tener las siguientes opciones:
  - Puede darle la opción al cesionario original a contratar en circunstancias semejantes a la explotación de la obra anterior a la modificación, la versión modificada de la obra (art. 49 LFDA)<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 79.

<sup>71</sup> En general la legislación que regula la materia, remite a lo previsto en el contrato de edición, siempre y cuando lo que se regule no se oponga a lo dispuesto en el capítulo específico.

<sup>72</sup> Es una consecuencia lógica del derecho de crear: antes de una nueva edición o de una reimpresión puede sentir -el autor- la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar el estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar su obra. Lipszyc, Delia, op. cit., p. 170.

<sup>73</sup> La fracción III del art. 47 de la LFDA señala en cuanto a las reglas del contrato de edición, que deberá contener como mínimo... "Si la entrega del material es o no en exclusiva..."

<sup>74</sup> El art. 49 LFDA dispone: "El editor que hubiere hecho la edición de una obra tendrá el derecho de preferencia en igualdad de condiciones para realizar la siguiente edición".

- Dejar subsistente la autorización dada al cesionario para explotar la versión antigua y explotarla por sí mismo, o ceder los derechos de explotación de la obra modificada a otro cesionario<sup>75</sup>.
  - Previa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al cesionario, ejercer la facultad moral de retirada (art. 21, fr. V, LFDA) y contratar con otro cesionario o explotar por sí mismo la obra con las modificaciones que ha introducido.
- b.** Si la cesión es en **exclusiva**, el ejercicio del derecho moral del autor -dice González López-, depende de la actividad desarrollada por el cesionario<sup>76</sup>. La modificación que pretenda hacer el autor a su obra, puede entrañar ciertos límites frente al cesionario, toda vez que se trata de una facultad dirigida a modificar el contenido de la obra:
- La cesión en exclusiva radica en que el cesionario puede explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona<sup>77</sup>, por lo tanto, el autor podrá ofrecerle prioritariamente a éste la explotación de la obra con las modificaciones que ha introducido, en los mismos términos que determina la ley (art. 49 LFDA). Sin embargo, si el cesionario en exclusiva no acepta dicho ofrecimiento, el autor no podrá ceder a un tercero la explotación de la obra modificada, ni explotarla por sí mismo, pues la cesión en exclusiva lo impide durante el tiempo de duración del contrato<sup>78</sup>.
  - Al parecer, la opción que brinda la legislación al autor, es el ejercicio de la facultad moral relativa a retirar su obra del comercio (art. 21, fr. V, LFDA), previa indemnización de daños y perjuicios al cesionario en exclusiva, y ceder a un tercero o explotar por sí mismo la obra.

---

<sup>75</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 209.

<sup>76</sup> Ídem.

<sup>77</sup> El art. 35 LFDA dispone que la licencia en exclusiva deberá otorgarse expresamente con tal carácter y atribuirá al licenciatario, salvo pacto en contrario, la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona y la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros.

<sup>78</sup> Art. 56 LFDA.

### 2.6.4.3. Modificación de la obra en soporte único.

El planteamiento a este respecto versa: si el autor ha plasmado su creación en un soporte único -el cual ha sido enajenado-, puede o no ejercitar la facultad moral de modificar su obra. Dicho planteamiento está referido al caso de obra plástica; y representa un enfrentamiento entre el derecho moral del autor y el derecho de propiedad del adquirente de la obra.

- Si se toma en cuenta que, tratándose de la facultad examinada anteriormente (derecho de respeto a la integridad de la obra), en la que el dueño del soporte único no puede hacerle modificaciones a la obra que ha adquirido; en este caso es a la inversa, el autor no puede realizar modificaciones a la obra que ha enajenado, sin la autorización del propietario. González López argumenta que la facultad del autor a modificar su obra, debe condescender ante el derecho del propietario del soporte único:

Parece justo en este supuesto que el derecho moral del autor a modificar su obra ceda ante el propietario del soporte, entre otras razones, porque éste último no tiene por qué correr el riesgo de que la modificación que realice el autor en la obra no se corresponda con los gustos artísticos que motivaron inicialmente su adquisición y porque además, y aún más importante, el derecho moral del autor no puede, en ningún caso, ser perturbador de intereses igualmente respetables, como son los del propietario<sup>79</sup>.

- Se considera que la preeminencia de un derecho sobre el otro, sólo debe ser determinada por los tribunales competentes.

Lo arriba expuesto condujo a ciertos límites que enfrentaría el derecho moral del autor a modificar su obra, con los derechos contraídos por terceros, y como se vio, la resolución final competaría a una decisión judicial. De igual forma se deliberaría, en el caso que se vieran afectados los derechos que atañen al interés de la colectividad.

---

<sup>79</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 210.

El autor es el único que puede ejercer la facultad moral de modificar su obra. Para que una obra sea tutelada como de interés social en la que se vea el autor impedido de modificarla, se tiene que vincular con lo previsto en las leyes concernientes; y al parecer no procede, porque se requiere que el autor no esté vivo,<sup>80</sup> para que el Estado pueda llevar a cabo las acciones pertinentes, con independencia de lo previsto en la legislación nacional<sup>81</sup>.

Lo anterior se puede reflexionar en el siguiente sentido, si una obra es considerada como de interés de la colectividad y el autor pretendiese hacer modificaciones a su obra, en un momento dado pudiera vulnerar el valor estético que originó la declaración.

La legislación española dispone en esta facultad moral lo siguiente (art. 14, fr. V Ley de Propiedad Intelectual), corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

González López, advierte en relación a lo dispuesto en el precepto antes citado:

La imposibilidad del autor de realizar concretas modificaciones sobre su obra no sólo resultaría del límite impuesto a esta facultad, de respetar los derechos adquiridos por terceros (en este caso el derecho del propietario), sino también porque habrá de respetar las exigencias de la protección de bienes de interés cultural, operando así conjuntamente los dos límites contenidos<sup>82</sup>.

Se observa entonces, que si bien el autor tiene la facultad moral de modificar su obra, también dicha facultad converge con los derechos adquiridos por terceros. Consecuentemente, promover un equilibrio entre ambos derechos, sólo será posible a través del órgano encargado de hacer tal determinación.

---

<sup>80</sup> La Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas que tiene por objeto velar por el interés social y nacional; y que sus disposiciones son de orden público, prevé en el art. 33, cuarto párrafo, lo siguiente: "...Las obras de artistas **vivos** que tengan la naturaleza de bienes muebles no podrán declararse monumentos artísticos."

<sup>81</sup> Salvo lo dispuesto en el Título VII de la LFDA (art. 20 LFDA).

<sup>82</sup> González López, Marisela, op. cit., p. 212.

### **2.6.5. Retirar la obra del comercio.**

La facultad moral que tiene el autor de retirar su obra del comercio, es irrenunciable e inalienable; y está consagrada en la legislación nacional (art. 21, fr. V, LFDA). Tradicionalmente también se le conoce como el derecho de arrepentimiento o retracto del autor; por lo tanto, sólo corresponde a él su ejercicio, y podrá hacerlo, a partir de que la obra haya sido divulgada o después de haber contratado su divulgación. De ser así, en cualquiera de los casos podrá ejercitarla previa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los derechos de explotación.

La potestad concedida al autor, puede tener su fundamento en el principio de la libertad de expresión, y así lo refiere Delia Lipszyc:

El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye el complemento natural del derecho del autor a decidir la divulgación de su obra. Al igual que este último derecho, se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la consiguiente posibilidad de cambiar su opinión.<sup>83</sup>

De acuerdo a la línea de análisis, se tiene que: la norma jurídica le otorga al autor la facultad de retirar su obra del comercio, y dicha facultad resulta prácticamente excepcional, en el sentido de que se contrapone con el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, para ceder amplio margen al principio de la libertad de expresión.

La legislación nacional sólo enumera esta facultad moral del autor; sin supeditar el ejercicio de ésta, a las razones por las que el autor tuviera que adoptar esta determinación. De lo anterior, se deduce, el carácter discrecional concedido al autor, no obstante se presume el previo pago de daños y perjuicios.

Al parecer, el legislador nacional no quiso dejarle la carga de la prueba al autor, para que demostrara las razones del ejercicio de esta facultad, prevaleciendo así el goce del ejercicio de la libertad de expresión.

---

<sup>83</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 172.

Si bien, nuestra legislación es meramente enunciativa, existen otros ordenamientos jurídicos que constriñen el ejercicio de esta facultad:

Delia Lipszyc señala que la mayoría de los ordenamientos jurídicos practican un criterio más específico:

La mayor parte sigue un criterio más restringido y prescribe cuál debe ser la índole de los motivos que conducen al autor a tomar tan extrema determinación y exigen que la obra no refleje ya sus puntos de vista y convicciones personales y, por ello, que no pueda esperarse de él que siga consintiendo la explotación (Alemania), o que concurren graves razones de tipo moral (Italia, Libia, Uruguay), que sobrevengan causas graves (Egipto) o un cambio en las convicciones intelectuales o morales (España)<sup>84</sup>.

En la legislación española, por ejemplo, aparece el supuesto en que el autor pueda cambiar de convicciones morales o intelectuales; mismo resulta difícil de acreditar, así el primer párrafo del artículo 14 apartado 6 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que el autor tiene derecho a:

Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Espín Cánovas refiere al carácter subjetivo del supuesto, recurriendo a que la protección radica en la personalidad del autor:

Se trata de proteger la propia personalidad del autor por medio de su libre desarrollo que inevitablemente se refleja en sus obras. Por virtud de esta facultad al autor que crea que su obra no refleja su pensamiento después de una evolución de su ideal estético e intelectual puede retirarla del comercio<sup>85</sup>.

Dado el carácter específico del supuesto jurídico, el ejercicio de esta facultad, en caso de controversia, estará supeditado a las determinaciones que la autoridad competente estime suficientes; y por consiguiente el autor deberá

---

<sup>84</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 173.

<sup>85</sup> Espín Cánovas, Diego, op. cit., pp. 85-86.



acreditar fehacientemente el cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios.

Se puede advertir que el ejercicio de esta facultad conlleva ciertas consecuencias jurídicas. Si el autor decide retirar del comercio su obra, debe de reconocer los derechos de explotación adquiridos por los cesionarios.

La legislación española prevé y le impone como contrapartida de su ejercicio, el deber al autor de indemnizar al cesionario; y el deber de prioridad en caso de reanudar la explotación de la obra.

Lo anterior queda establecido en el segundo párrafo del art. 14 apartado 6 de la Ley de Propiedad Intelectual:

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

Igualmente la legislación francesa plantea las consecuencias jurídicas que se desprenden del derecho de retracto (término utilizado en este ordenamiento) el art. L121-4 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia prescribe lo siguiente:

Aunque haya cedido el derecho de explotación, el autor, incluso con posterioridad a la publicación de su obra, gozará del derecho de revocación o de retracto con respecto al cesionario. Sin embargo, podrá ejercer dicho derecho siempre y cuando indemnice previamente al cesionario por el perjuicio que esta revocación o este retracto le pudiera causar. Cuando el autor decida publicar su obra con posterioridad al ejercicio de su derecho de revocación o de retracto, deberá ofrecer con prioridad sus derechos de explotación al cesionario que había elegido originariamente y en las condiciones originariamente pactadas.

En las legislaciones anteriormente citadas se aprecia como común denominador, la condición de que el cesionario goce prioritariamente para

recontratar la utilización de la obra en condiciones equivalentes a las originariamente pactadas. A este respecto, Delia Lipszyc destaca lo siguiente:

En este supuesto se considera justo que el anterior cocontratante goce de prioridad para volver a contratar la utilización de la obra en condiciones razonablemente similares a las originarias, a fin de evitar que el derecho de retracto o arrepentimiento sea utilizado para mejorar las condiciones económicas originariamente pactadas<sup>86</sup>.

Y en la misma dirección, Rodríguez Tapia, apunta la siguiente precisión:

Para evitar que el autor proceda de un modo arbitrario y con finalidades especulativas, se establece un derecho expectante de readquisición o un derecho preferente al cesionario que soportó la retirada, en el caso de que el autor decidiera de nuevo reemprender la explotación de la obra<sup>87</sup>.

Se presume que si el legislador nacional de la materia no reguló dicha consecuencia, fue porque consideró que el autor al retirar su obra del comercio, está ejercitando su derecho, independientemente de las razones que pudiera el autor invocar. Y en un momento dado, las consecuencias jurídicas que se desprenden del ejercicio de esta facultad, están reguladas en la legislación civil correspondiente; y la ley en materia autoral remite a ella.<sup>88</sup> Por lo que la resolución quedaría en manos de los tribunales.

Rodríguez Tapia sostiene que el ejercicio de esta facultad, da pie a un incumplimiento de contrato, no obstante, redime la inobservancia sobre una base jurídica, -que es la facultad misma-, sin menoscabo de la indemnización correspondiente:

---

<sup>86</sup> Lipszyc, Delia, op. cit., p. 174.

<sup>87</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 82.

<sup>88</sup> La LFDA en su Art. 10 dispone la supletoriedad referida: "En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará la legislación mercantil, el **Código Civil** para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo".

El contrato se incumple por parte del autor, incumplimiento que tiene su causa no en el dolo o la culpa, sino en el arrepentimiento (que a su vez, tiene su causa en el derecho legalmente reconocido), y que acarrea igualmente la indemnización<sup>89</sup>.

Las circunstancias que deben producirse para que el autor cumpla con este deber son:

1. Que la obra sea la misma que retiró del comercio.
2. Que la forma de explotación de la obra sea la misma.

Las obras plásticas tienen un tratamiento diferente en cuanto al ejercicio de la facultad de retirar la obra del comercio, ya que, ésta tiene carácter de unicidad en la expresión creativa, todas las obras creadas son únicas o en series reducidas<sup>90</sup>.

El autor podrá ejercer la facultad de retirar la obra del comercio, mientras no haya enajenado el soporte material. Si el autor enajenó el soporte, el ejercicio de esta facultad, no procede frente al propietario del soporte al que se ha incorporado la obra plástica<sup>91</sup>.

Espín Cánovas plantea el supuesto en que una obra de arte pudiera ser expuesta al público, entonces, es claro que desde la apertura de la exposición, la obra ya está en el comercio; sin embargo, aún antes de la inauguración de la exposición podría ser retirada del comercio, o sea, frente a la posibilidad de que ésta sea vendida:

En realidad la facultad puede ejercitarse desde que se celebre el contrato de cesión de explotación, que marca el inicio de la salida de la obra de la esfera reservada del artista para su inmediata exposición.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 82.

<sup>90</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, op. cit., p. 49.

<sup>91</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 81.

<sup>92</sup> Espín Cánovas, Diego, op. cit., p. 86.

Cabe precisar que el autor debe mostrar su intención de poner a la venta su obra, de lo contrario, el cesionario será simplemente el encargado de la conservación de la misma, y así lo advierte Espín Cánovas:

El autor al carecer de intención de transferir la posesión de las obras expuestas, convierte al cesionario en mero detentador de las mismas. Porque, como se dijo anteriormente, sólo la adquisición de la propiedad de la obra de arte pone fin al derecho de retirada del autor<sup>93</sup>.

Se concluye que el ejercicio de esta facultad moral en el ordenamiento jurídico nacional queda bajo el carácter discrecional del autor, y por consiguiente él es el único que puede determinar las razones por las que decida retirar su obra del comercio; y las consecuencias jurídicas que se deriven de dicho ejercicio, serán determinadas por las autoridades competentes.

#### **2.6.6. Acceso al original de la obra.**

La facultad de acceso al original consiste en que si el autor no tiene el soporte material original de la obra, puede en un momento dado, exigir de quien detente la posesión, el acceso a la misma. Los fines que el autor tenga para efectuar dicho acceso, están delimitados en las facultades anteriormente vistas.

La legislación nacional no contempla este derecho moral, y algunos autores lo califican como inadecuado porque no puede proyectarse integrando la tutela jurídica de la personalidad del autor<sup>94</sup>.

Como se puntualizó, nuestro ordenamiento jurídico no prevé este supuesto, pero dada la importancia que reviste en otras legislaciones, se determinarán las características propias de esta facultad moral.

Nuevamente se requiere delimitar al autor (sujeto) y a la obra (objeto); y ésta última, se supone, está en manos de otra persona (que ya ha adquirido derechos sobre el soporte material).

---

<sup>93</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>94</sup> González López, Marisela, op. cit., pp. 222-223.

Dentro de la terminología de la materia, se considera necesario precisar el doble aspecto que entraña la obra: el “*corpus mysticum*” o creación intelectual, y el “*corpus mechanicum*” o soporte material sobre el que se incorpora dicha creación. En este sentido, Gutiérrez Vicén los describe como el bien inmaterial y el bien físico o sensible.<sup>95</sup>

Hecha la distinción, se tiene que por un lado, la presencia del derecho moral del autor sobre su obra; y por otro, el derecho del adquirente sobre el soporte material.

La legislación española prevé esta facultad moral, y en el primer párrafo del art. 14 apartado 7 de la Ley de Propiedad Intelectual suscribe que corresponde al autor:

Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Rodríguez Tapia refiere al precepto citado y efectúa el deslinde de los derechos transcritos, es decir, los del autor y los del propietario del soporte:

Estamos aquí ante una manifestación de la independencia entre los derechos del autor y el dominio sobre la cosa material que incorpora la creación intelectual. Cuando el soporte de la obra está en posesión de una persona distinta del autor, éste necesitará acceder al ejemplar único o raro para ejercitar sus derechos de propiedad intelectual, en especial el derecho de divulgación<sup>96</sup>.

Generalmente esta facultad va dirigida a la obra plástica<sup>97</sup>, no obstante también pueden serlo, el manuscrito original de una obra literaria, o bien una partitura musical.

---

<sup>95</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, op. cit., p. 49.

<sup>96</sup> Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 82.

<sup>97</sup> A diferencia de lo que sucede con la obra literaria o la musical, en la plástica la obra no tiene vida independiente del medio a través del que se ha expresado. Un libro o un disco no son más que soportes que permiten acceder a la obra. Un óleo en cambio no es un mero soporte: es la obra misma. Gutiérrez Vicén, Javier, op. cit., p. 50.

El ejercicio de este derecho, comprende (como en todas las otras) la facultad del autor a exigir de los demás una conducta correspondiente, entonces, las personas sobre las que puede recaer dicha exigencia, pueden ser el adquirente o subadquirente del soporte material, o los cesionarios de los derechos de explotación.

En el segundo párrafo de la disposición antes mencionada se prevé lo siguiente:

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Si bien la disposición señala que este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra, Rodríguez Tapia sugiere que puede significar tanto el acceso del autor al lugar donde se encuentre la obra, como el desplazamiento temporal de la obra para su exhibición al público<sup>98</sup>.

Y el mismo autor hace alusión que, a pesar de la regla contenida en dicho segundo párrafo, tal exigencia, puede resultar difícil para el poseedor del ejemplar único:

Aunque la regla contenida en el párrafo segundo no permite exigir el desplazamiento de la obra, en muchas ocasiones será menos incómodo para el poseedor que la divulgación de la obra se realice en lugar distinto de aquél en el que habitualmente se encuentra. Lo mismo puede decirse cuando el autor quiera hacer copias o reproducciones del original<sup>99</sup>.

Las consecuencias jurídicas que pueden suscitarse con el ejercicio de este derecho, serán en todo caso que si el autor requiere del desplazamiento del soporte, éste correrá con todos los gastos e indemnizará por los daños y

---

<sup>98</sup> Según los casos, será imprescindible la salida del ejemplar único del inmueble donde lo tuviera el poseedor para ejercitar el derecho de divulgación. Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 83.

<sup>99</sup> Ídem.

perjuicios ocasionados al poseedor. Además el poseedor puede exigir al autor un seguro o algún tipo de garantía personal que cubra su responsabilidad.<sup>100</sup>

Aunque parte de la doctrina no lo considere como un derecho moral, resulta de gran significado su contenido, si bien no atañe directamente a la personalidad del autor, sí le corresponde saber el destino de su creación intelectual, independientemente de los fines a los que vaya encaminado su deseo al acceso. Cuestión que en un momento dado, sí puede tener dimensión moral.

Al respecto de la obra plástica, Gutiérrez Vicén manifiesta lo siguiente:

Para que el ejercicio de determinados derechos que la ley reconoce a los artistas plásticos, no sean “letra muerta” o meramente nominales, es preciso garantizar al artista la posibilidad de informarse sobre la localización de las obras de las que es autor.

Dado el carácter extenso del derecho que aquí comentamos, y su importancia para garantizar la eficacia del ejercicio de otros derechos a los artistas plásticos, no estaría de más que en un futuro el legislador español incluyera de forma explícita en la redacción del derecho de acceso, una especial referencia al derecho de información del artista plástico, sobre donde se encuentra su obra<sup>101</sup>.

Como esta facultad no está contemplada en la legislación, pudiera darse el caso de que el adquirente del soporte, se negara a efectuar el acceso al original, lo que daría lugar a una determinación judicial.

La amplitud en el campo de los derechos de autor permite extraer la función inmaterial de las facultades morales. Una vez examinadas integralmente en su contenido, lo que quiere decir que se revisaron sus características; su regulación jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional; los límites de su ejercicio; así como sus consecuencias jurídicas, se considera pertinente profundizar en el punto medular de la investigación, el ejercicio de dar tratamiento al derecho moral del autor como derecho fundamental.

---

<sup>100</sup> Ídem.

<sup>101</sup> Gutiérrez Vicén, Javier, op. cit., p. 50.

## Capítulo 3

### El derecho moral del autor como derecho fundamental

#### 3.1. Introducción.

En la última parte de la investigación, el objetivo a seguir consiste en dilucidar si el derecho moral del autor puede ser considerado como derecho fundamental.

Primeramente se analizará si el acto de creación o la manifestación artística pueden ser incorporados a una libertad fundamental, tal y como lo es la libertad de expresión.

El análisis implica una revisión del contenido estructural de las normas fundamentales que otorgan dicha libertad. En esta dirección habrá que examinar aquellas que integran el ordenamiento jurídico, es decir, tanto las nacionales como las internacionales.

La explicación que aporte la revisión descrita, proporcionará el alcance jurídico de la libertad fundamental; y en consecuencia, la existencia o no de derechos subjetivos frente al Estado.

La importancia de delimitar el alcance jurídico de la norma fundamental, dará pauta para la exposición del contexto normativo que acarrea el ejercicio del derecho moral del autor.

El derecho moral del autor surge de la posibilidad de proteger aquello que se encuentra en el ámbito de lo “ideal”; y por lo tanto su ejercicio puede ser considerado como fundamental.

En la última parte del capítulo, se plantea la aptitud de subsumir los valores que engloban el derecho moral del autor, ostentando su viabilidad a través de una exposición argumentativa.



### 3.2. La *manifestación artística* como libertad fundamental.

El plano de análisis implica la equiparación de la *libre manifestación artística* dentro de la *libertad de expresión*. Ambas concepciones son pretensiones de poder actuar en conformidad con la voluntad misma. No obstante, como se vio en la primera parte de la investigación, se considerarán como derechos fundamentales, si existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidas en el texto constitucional, o bien si son normas adscritas.

La explicación de este rubro, orienta la revisión del concepto de creación o manifestación artística. La ley especial que regula la materia no determina una definición formal, sin embargo establece en su artículo 11 lo siguiente:

Art. 11 LFDA: El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de *todo creador* de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

La disposición anterior refiere a que el derecho conferido será en favor de *todo creador* de obras literarias y artísticas. Y como se revisó en el segundo capítulo, la misma ley le atribuye al autor una serie de facultades o prerrogativas de carácter moral, es decir, le otorga derechos subjetivos dignos de tutela jurídica por la *creación de su obra*.

Dichas facultades en su aspecto moral tienen las características de inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables<sup>1</sup>. De lo anterior se desprende lo siguiente: si se otorgan facultades de carácter moral al autor, es por su *creación* intelectual.

Cabe destacar que el *acto de creación* que tiene el autor con su obra, se remonta a tiempos ancestrales y por ello, se considera como parte esencial de

---

<sup>1</sup> Artículo 19 LFDA.- El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

su ser. Stadelers Mayer y Alizeri Fernández refieren al acto de *creación* como la necesidad del hombre a expresarse:

Desde el inicio de su vida, el ser humano ha sentido la necesidad de explicarse el mundo, de expresarse, de exteriorizar sus sentimientos y emociones ante otros seres que estaban a su alrededor e incluso, ante fenómenos de la naturaleza que lo sorprendían y atemorizaban. Así comienza nuestro camino en el terreno de la *creación artística*...<sup>2</sup>

Las autoras señalan que una *manifestación* es un modo de expresión, las *manifestaciones artísticas* son las distintas formas mediante las cuales el hombre busca expresar sus sentimientos y emociones: "...son expresiones del arte, que el hombre ha inventado para goce y disfrute de sí mismo y de sus semejantes".<sup>3</sup>

De lo anterior, se infiere que el hombre siempre ha gozado de la *libertad de creación* y ello le ha permitido exteriorizar sus sentimientos y emociones, es decir, *manifiesta* libremente su espíritu a través del arte.

En virtud del ejercicio de dicha libertad, la humanidad ha podido conocer la magnificencia de grandes creadores de obras artísticas y literarias. Entonces, el ejercicio de la *libertad de manifestarse artísticamente*, le corresponde a todos los individuos, incluyendo a aquellos que no han ejercido dicha libertad, es decir a todos los individuos en su facultad potencial.

La concepción de *libertad de expresión* es más amplia, y al respecto, Ernesto Villanueva señala que dentro de las aproximaciones conceptuales que rodean a la palabra 'expresión', puede considerarse la siguiente:

---

<sup>2</sup> Stadelers Mayer, Regina y Alizeri Fernández, Ester, *Expresión y Apreciación Artísticas*, Oxford University Press, Harla, 1996, México, p. 2.

<sup>3</sup> Ídem.

La expresión es la forma a través de la cual la persona exterioriza sus pensamientos en signos, en palabras o en gestos que tengan el propósito de comunicar algo.<sup>4</sup>

La ‘manifestación artística’ y la ‘expresión’ llevan en sí mismas la constante de *exteriorizarse*; intrínsecamente recogen el ejercicio de *libertad*.

Villanueva sostiene que el contenido de la *libertad de expresión* abarca, como se dijo, un concepto amplio:

La *libertad de expresión* tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio del que deben incluirse las creencias o juicios de valor.<sup>5</sup>

Dicha amplitud cede la posibilidad, en un momento dado, de incorporar a su contenido, también sentimientos o emociones susceptibles de tutela jurídica. La *manifestación artística* tiene que adoptar alguna forma expresiva que la exteriorice y la haga reconocible a los demás. En este sentido, la regulación jurídica<sup>6</sup> y en general la doctrina señalan que una “idea” no es objeto de protección.

Al respecto, Espín Canovas sostiene que en el Derecho de Autor no es protegida la “idea” sin una expresión formal:

Si la idea es inapropiable, se requiere su expresión por medio de alguna forma para que pueda ser protegida por el Derecho de Autor<sup>7</sup>.

Es necesario tomar en consideración que como forma de expresión de los sentimientos y emociones antes referidos, la ley especial prevé que dicha

---

<sup>4</sup> Villanueva Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, p. 23.

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> La fracción I del Artículo 14 de la LFDA dispone que no son objeto protección como derecho de autor: “...las ideas en sí mismas...”.

<sup>7</sup> Espín Canovas, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, España, 1996, p. 66.

manifestación artística sea realizada mediante su fijación en un soporte material.<sup>8</sup>

Entonces, el ejercicio de la libertad de *manifestación artística* consiste en que la exteriorización de sentimientos y emociones sean fijados en un soporte material. Ello con la finalidad de concretar su protección jurídica.

En el próximo apartado y tomando en cuenta lo expuesto, se propone hacer una revisión del contenido estructural del alcance jurídico que posee la norma de carácter fundamental que otorga la libertad de manifestarse artísticamente.

### **3.2.1. Alcance jurídico de la *libertad de manifestación artística*.**

Como inicio a este punto es necesario recordar que los derechos fundamentales son aquellos que emanan de una norma de derecho fundamental; éstos deben estar positivamente sancionados por leyes y constituciones, es decir, deben estar adscritos a un ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, si se tiene que los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de carácter fundamental, la cuestión a resolver es: ¿cuál es la norma de carácter fundamental que va a otorgar esos derechos?

Para dilucidar esta cuestión, cabe remitir a los criterios de validez que debe satisfacer la norma de derecho fundamental proveídos por la dogmática jurídica, mismos que se explicaron en el primer capítulo. Por lo que se adoptará la metodología propuesta por Robert Alexy en la *Teoría de los Derechos Fundamentales*,<sup>9</sup> misma que proporciona de manera deductiva una respuesta.

Examinando el fundamento jurídico en que el ejercicio de la libertad de manifestación artística pueda ser equiparado al ejercicio de la libertad de

---

<sup>8</sup> El Art. 5º de la LFDA establece que la protección se concede a las obras, desde el momento en que hayan sido *fijadas en un soporte material*, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

<sup>9</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 62.

expresión, primeramente, se citará al art. 6 constitucional, una de las disposiciones que consagran la *libertad de expresión*:

Art. 6: La *manifestación de las ideas* no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

El precepto anterior determina la *manifestación de las ideas*, y como se dijo se tiene la salvedad de que dichas ideas tienen que ser de alguna manera exteriorizadas, es decir, fijadas en soporte material. Por lo tanto, el significado que connota la expresión, proporciona un amplio margen para la descripción.

Miguel Carbonell sostiene que la *libertad de expresión* se asocia con el arte y la cultura, sectores de la vida social a los que, por supuesto, también tutelan mandatos constitucionales<sup>10</sup>.

A ese respecto Carbonell cita en su obra una tesis aislada del Poder Judicial Federal, en donde se asienta lo siguiente: "...ese derecho -libertad de expresión- constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas..."<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Carbonell Miguel, *Transición a la democracia y medios de comunicación. Un punto de vista constitucional*, 10 Gobierno del Estado de Aguascalientes, México, 2002, p. 41

<sup>11</sup> "LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al artículo 6 constitucional, la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano no está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución federal para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución, de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos y culturales desean asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudonacionalista en estas materias que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección de los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será superar la calidad y aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia de un pueblo, las que pueden ser

Conforme a lo anteriormente citado por la tesis jurisprudencial, se desprende lo siguiente:

La libertad de expresión tutela la manifestación de ideas  
La manifestación de ideas comprende toda manifestación artística

---

*La libertad de expresión tutela toda manifestación artística*

Tomando en consideración la conclusión anterior, se formulará como premisa mayor y; para enunciar la premisa menor, se observará lo anteriormente dicho respecto a la manifestación artística, de ahí se desprende:

La libertad de expresión tutela toda manifestación artística  
Todo aquello que sea una exteriorización de sentimientos y emociones fijados  
en un soporte material es una manifestación artística

---

*La libertad de expresión tutela todo aquello que sea una exteriorización de  
sentimientos y emociones fijados en un soporte material*

Establecida la deducción anterior, en base a la precisión que hace el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, ésta no supone, si esta situación ha de ser creada por acciones del Estado, y si la existencia o realización de esta situación presupone o no derechos subjetivos de aquel que se manifieste artísticamente por lo que respecta a la libertad de expresión. No obstante, dicha deducción proporciona una razón que en el ámbito de aplicación, ofrece un fundamento para admitir la existencia de derechos subjetivos.

---

fomentadas, pero no impuestas por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras." PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S.A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E. Carbonell Miguel, op. cit., pp. 41-43.

Y como se menciona en la primera parte de la investigación, cuando la norma jurídica positiva confiere derechos a un sujeto para hacer u omitir una conducta, implícitamente impone una obligación para que los demás se abstengan de interferir en dichos derechos. Entendiéndose a su vez como un deber por parte del Estado de respetar la libertad referida.

Como ejemplo de lo anterior, se dice: *X goza del derecho de libertad de expresión*, por lo tanto, *X es libre de manifestarse artísticamente*. Lo que implica que X tiene un derecho subjetivo, es decir X además de ser libre para manifestarse artísticamente, también tiene dentro de su perímetro protector, la facultad de exigir a los demás la no interferencia en su derecho, y consecuentemente se emite el mandato para que el Estado deba respetar dicha libertad.

De lo anterior se deduce la concreción de derechos subjetivos, en la que todos los que se manifiesten artísticamente, tienen un derecho frente al Estado.

En este orden de ideas, se considera también lo dispuesto en el ámbito internacional, y cabe señalar que lo dispuesto en diversos instrumentos jurídicos internacionales también forma parte del ordenamiento jurídico nacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece lo siguiente:

Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la *libertad de opinión y de expresión*; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone:

Art. 15.3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la *actividad creadora*.

Las anteriores disposiciones, aportan mayor precisión en cuanto al contenido del mandato, es decir, el Estado debe respetar la libertad para la *actividad creadora*. Pudiéndose equiparar el ejercicio de esta actividad, al ejercicio de la libertad de manifestación artística. Por lo tanto el Estado tiene el deber de respetar dicha libertad.

Además se debe considerar que en los preceptos anteriormente mencionados, el supuesto de hecho es muy amplio en cuanto a su contenido, sin embargo no lo es en cuanto a su adecuación como medio para la descripción de lo protegido *prima facie*, toda vez que coinciden con el primer criterio de identificación de un derecho subjetivo, es decir, lo que se tutela tiene su fundamento en fuentes de derechos subjetivos.<sup>12</sup>

Considerando que los preceptos antes referidos, si bien proceden de fuentes de derechos subjetivos, no son establecidos directamente por la Constitución, sin embargo se pueden valorar como normas adscritas al ordenamiento jurídico positivo.<sup>13</sup> Independientemente de que dichas fuentes también puedan ser consideradas como material jurídico susceptible de interpretación.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Cualquier afirmación de derechos, presupone la existencia de una fuente de derecho para cada derecho subjetivo en particular. De esta forma tenemos que la tesis de las fuentes de derechos subjetivos proporciona el primer criterio para la identificación de un derecho. Si un pretendido derecho no satisface este criterio, *i.e.* si no puede ser identificado por una apropiada fuente de derecho, entonces no es un derecho jurídicamente hablando (aunque pudiera haber otros fundamentos para su justificación). Todo derecho *prima facie* satisface el criterio. Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 75.

<sup>13</sup> Una adscripción se realiza conforme a derecho cuando la norma adscrita puede ser catalogada como válida. Alexy Robert, *op. cit.*, p. 71.

<sup>14</sup> “Las posibilidades de aplicación regular de la constitución se encuentran limitadas por las características que señala la constitución a los actos que la aplican; el órgano aplicador de la constitución al igual que cualquier otro órgano, tendrá que determinar qué dice la constitución que aplica. Esto es un acto de decisión, un acto de voluntad del órgano aplicador. Todo acto de aplicación de normas jurídicas ciertamente supone un acto de significación de conocimiento, pero este resulta siempre del acto de voluntad que decide el curso de la creación sucesiva del derecho. Permítaseme insistir sobre la pretensión del constitucionalismo tradicional. En primer lugar debemos tener presente que manejan la constitución como si no fuera derecho. Piensan más bien en idearios, en decisiones fundamentales, en factores reales y no tratan a la constitución como normas, esto es, no la tratan como derecho. Y sólo porque consideran que es un derecho cualitativamente diferente al resto del orden jurídico positivo.” Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa” en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Vázquez Rodolfo (Comp.), Fontamara, México, 2003, pp. 123 y 124.



Después de analizar el material jurídico que proporciona lo dispuesto en las normas jurídicas fundamentales que salvaguardan el ejercicio de la *libertad de manifestarse artísticamente* como libertad de expresión; y asimismo lo previsto en los instrumentos internacionales; es posible entablar la descripción relativa a la regulación jurídica existente entre el derecho de la libertad fundamental de manifestarse artísticamente con el derecho moral del autor.

### **3.3. Adquisición del derecho moral del autor derivado del ejercicio de la libertad de manifestación artística.**

Al realizar el estudio relativo a considerar la libertad de manifestación artística como libertad fundamental, se obtiene la siguiente conclusión:

*Todos los individuos son libres de manifestarse artísticamente*

Todos los individuos<sup>15</sup> tienen un derecho subjetivo, es decir tienen derecho a manifestarse o no artísticamente, lo que lleva intrínsecamente una *permisión*. Entonces se infiere que el derecho fundamental siempre lo tienen. Si es su pretensión, todos los individuos<sup>16</sup> podrán ejercitar o bien no ejercitar ese derecho fundamental. Toda vez que como se ha reiterado, implícitamente impone una obligación para que los demás se abstengan de interferir.

La coyuntura jurídica surge cuando sí es su pretensión ejercitar ese derecho:

*X es libre de manifestarse artísticamente*

*X se manifiesta artísticamente*

La expresión 'X se manifiesta artísticamente' implica que 'X ha exteriorizado sus sentimientos y emociones fijándolos en un soporte material'.

---

<sup>15</sup> Se recurre al cuantificador universal porque se toman en cuenta a aquellos en su facultad potencial.

<sup>16</sup> La persona no nace con la condición de autor, pero sí puede decirse que nace determinada capacidad creadora; que luego la ejerce o no, ya responde a condicionamientos sociales, individuales o de diversa índole. González López, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, España, 1993, p. 99.

Al particularizar la expresión, se observa, sólo aquellos que han ejercido su libertad de manifestarse artísticamente, exteriorizando sus sentimientos y emociones fijándolos en un soporte material serán los que podrán ser titulares del derecho moral, mismo que se deriva del ejercicio de la libertad de manifestación artística.

Una vez expuesto el contexto normativo de carácter fundamental que da origen al ejercicio del derecho moral del autor, se observa lo siguiente:

Sobre quien recaen las facultades morales de acuerdo a la ley especial de la materia es el autor; y la ley lo define como, la persona física que ha creado una obra literaria y artística (Art. 12 LFDA). Al respecto, Espín Canovas refiere lo siguiente:

Pensamos que las facultades morales del derecho que corresponde al autor son derechos de la personalidad porque la condición de autor en que tienen su origen impone necesariamente un reconocimiento mínimo conforme a la actual conciencia social. Ciertamente que la conciencia social evoluciona a través del tiempo sobre este punto, pero en la actualidad la sociedad reconoce universalmente la necesidad de atribuir al autor un derecho esencial a su condición de tal.<sup>17</sup>

Por lo tanto, las facultades morales corresponden (normativamente) a todas aquellas personas que produzcan una obra.

### **3.4. El derecho moral del autor como derecho fundamental.**

Los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de carácter fundamental, tal y como lo son, aquellas normas que tutelan la *libertad de manifestarse artísticamente* o la *libertad de la actividad creadora*.

El derecho moral del autor, como ya se dijo, al igual que los derechos fundamentales presenta las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad.

---

<sup>17</sup> Espín Canovas, Diego, op. cit., pp. 48 y 49.

Sin embargo 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.

Conforme a lo que se ha venido analizando, todos los individuos tienen la libertad de manifestarse artísticamente, lo que se traduce en: **Todos los individuos pueden ser autores**, toda vez que poseen de esa libertad fundamental.

No obstante, pertenecerán a esa clase de sujetos (autores), cuando hayan ejercitado la libertad de manifestación artística, y consecuentemente, ya como autores gozarán de las facultades o prerrogativas de carácter moral.

Cabe resaltar -como se vio-, que el derecho moral, brinda a su titular certeza jurídica, de tal manera que en el caso de que se presentaran conflictos, existen mecanismos de interpretación jurídica para que la autoridad encargada de la aplicación del derecho, resuelva a favor de los autores.

El derecho moral del autor comparte muchas de las características de un derecho fundamental, debido a que lo protegido emerge del terreno "ideal", es por ello que mantienen entre sí un estrecho vínculo. Sin embargo, a la luz del derecho positivo resulta difícil equiparar al derecho moral del autor como derecho fundamental.

Robert Alexy abre la posibilidad de seguir ciertas pautas para elaborar una argumentación en las que se pueda encontrar una 'conexión conceptual calificativa'<sup>18</sup> en cuanto a la forma de regulación jurídica.

---

<sup>18</sup> Alexy describe a la conexión conceptual calificativa de la siguiente manera: Una conexión conceptual calificativa está en juego si alguien afirma que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, puede ser considerado como norma jurídica o como sistema jurídico, aunque se puede decir, no obstante, que es una norma jurídica o sistema jurídico defectuoso por razones conceptuales. Lo que es decisivo aquí es que el defecto que se señala es jurídico y no sólo de carácter moral. Los argumentos que se deben a conexiones conceptuales calificativas se basan en la asunción de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico. En lugar de una conexión calificativa podría

Existen razones para argumentar que el ascenso de los “ideales jurídicos” preservados en el derecho moral del autor, estén contenidos en la realidad del sistema jurídico. Consecuencia de lo anterior, habrá que ceñirse a la *Teoría de principios*, mismos que -como se revisó en el capítulo primero-, en sentido estricto, suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas.

Las facultades o prerrogativas morales de que goza el titular del derecho, pueden apreciarse como valores, y por lo tanto como razones categóricas.

Entonces, si constituyen razones categóricas, debe de tomarse en cuenta lo siguiente: si bien es cierto que lo previsto en la ley autoral puede apreciarse como regla jurídica, también lo es, que las facultades morales del autor derivan del ejercicio de un principio jurídico como lo es *la libertad*.

El señalamiento anterior, se debe a que pueden producirse colisiones entre el derecho moral del autor y los contenidos de otras normas jurídicas fundamentales.

Si el ejercicio del derecho moral del autor se considera como el ejercicio de una libertad fundamental, también puede ser que se presenten límites con otros derechos igualmente derivados del ejercicio de una libertad fundamental.

En virtud de ello, y de acuerdo a la *Teoría de principios*, en caso de pugna pueden invocarse los siguientes factores: sistemas de condiciones de prioridad, estructuras de ponderación, y prioridades *prima facie*.

Como se vio en la primera parte de la investigación, si se trata de principios uno tendrá que retroceder, sin embargo, ambos serán válidos. Y si se trata de reglas, las determinaciones que se hagan, implicarán su cumplimiento o su incumplimiento.

---

hablarse de una conexión ideal. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 1993, pp. 50 y 51.

### 3.5. Límites del ejercicio del derecho moral del autor con el ejercicio de otros derechos.

A continuación se expondrá brevemente algunos supuestos en los que puede surgir la posibilidad de conflicto:

En el caso de la **divulgación**, consiste en la facultad de decidir la divulgación de la obra, y como ya se dijo, corresponde a la voluntad del titular del derecho. Sin embargo, se tiene el *derecho al inédito* que consiste en la facultad de divulgación en su aspecto negativo, es decir, en la que su titular decide que su obra no sea divulgada. La ley presupone que es durante la vida del autor sin embargo, el derecho para decidir la divulgación de la obra, puede recaer en otras personas, si el autor ha fallecido. Nuestra legislación al otorgar el ejercicio del derecho moral al propio creador de la obra, concede también que en ausencia de éste, a sus herederos; y en ausencia de éstos, al Estado, y éste ejercerá dicha facultad, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural nacional.

Se advierte que el ejercicio de esta facultad puede entrar en pugna, con un derecho fundamental. La estimación realizada por el Estado debe ser determinada a través del órgano aplicador correspondiente, atendiendo a los principios antes mencionados. Lo que implica, además de una valoración de la divulgación o no de la obra, una ponderación de intereses tutelados jurídicamente, como valdría serlo, el derecho de acceso a la cultura mismo que tiene carácter fundamental.

En la **paternidad**, su ejercicio consiste en decidir la forma en la que su titular se quiere dar ha conocer al momento de difundir su obra (mencionando su nombre, o por seudónimo, o en anónimo). Dicha facultad también le concede al autor la prerrogativa de revelar su identidad en cualquier momento; sin embargo, también puede resultar que tras su muerte, surgiera el interés de la colectividad para saber la identidad del autor, asunto que de igual forma, se tendría que resolver de acuerdo a los criterios expuestos.

Tratándose del **respeto a la integridad de la obra**, en este caso el titular del derecho tiene la libertad de exigir respeto a su obra frente al Estado y frente a terceros; oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que le cause demérito o perjuicio a su reputación. Por lo tanto, será el titular del derecho el que debe manifestar cuándo considera afectado su derecho; y el órgano encargado de la aplicación tendrá que resolverlo. Toda vez que puede aparecer la posibilidad que el Estado en aras de propiciar el acceso a la cultura altere la obra.

En la **modificación** el titular tiene la facultad de modificar su obra en cuanto a su contenido; sin embargo el conflicto puede surgir tratándose de soporte único, por lo que a este respecto atiende, a la naturaleza de la obra como sería el caso de la obra plástica. Nuevamente se asumiría la recurrencia a los criterios mencionados.

Por último el **derecho de retracto del autor**, el titular tiene la *libertad* de retirar su obra del comercio. Y como se puede observar este derecho se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la posibilidad de cambiar su opinión, por lo tanto puede exigir que nadie -incluyendo el Estado- interfiera con su derecho. De nuevo se puede observar que esta facultad plantea la posibilidad de conflicto con el derecho de acceso a la cultura; por lo tanto sólo la autoridad resolverá cuál es el principio que cederá, independientemente de que como se dijo en su momento, el autor tendrá que enfrentar las consecuencias jurídicas que se deriven del ejercicio de su derecho.

Los supuestos analizados son susceptibles de ser sometidos a una valoración, en la que se determine de acuerdo a la *Teoría de principios* la preeminencia de uno u otro derecho. Toda vez que no puede haber soluciones generales y abstractas para dirimir la eventual colisión de derechos.

Los límites de los derechos concretos aparecerán en la resolución jurídica que decida de manera definitiva el conflicto planteado.

Tanto las pautas como los efectos jurídicos que se obtendrían, ya sea en el plano de creación o en el de la aplicación del derecho, darán como resultado, que la protección jurídica salvaguarde equilibradamente las libertades fundamentales en todos sus aspectos.

Y a su vez, brinde seguridad jurídica al titular del derecho moral para el fomento de su manifestación artística con el propósito de propiciar el desarrollo cultural de la sociedad actual.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de derecho fundamental. La norma de derecho fundamental debe satisfacer criterios de validez proporcionados por la dogmática jurídica. La norma válida de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, y éste debe estar positivizado mediante un criterio formal.

**SEGUNDA.-** Los derechos fundamentales son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos.

**TERCERA.-** El derecho subjetivo consiste cuando la norma jurídica positiva confiere derechos a un sujeto para hacer u omitir una conducta, e implícitamente impone una obligación para que los demás se abstengan de interferir en dichos derechos. Por lo tanto, el derecho subjetivo incluye la facultad de exigir que los demás (entendiéndose también al Estado), realicen una conducta correspondiente.

**CUARTA.-** El otorgamiento de derechos fundamentales podría resultar a su vez, la imposición de deberes de protección por parte del Estado frente a terceros; sin embargo significaría una subjetivización del deber de protección. La solución a dicha subjetivización emerge del orden valorativo.

**QUINTA.-** Una teoría de valores puede ser formulada como teoría de principios. El reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Así, una simple prohibición objetiva de intervención sería menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido. Por lo tanto, la subjetivización de los deberes de protección puede fundamentarse con el carácter de principio de los derechos fundamentales.

**SEXTA.-** Los *principios* son normas que ordenan la realización de algo en mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden



ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada para su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. La *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más, ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.

**SÉPTIMA.-** Dentro del sistema normativo, se producen colisiones entre los contenidos de las normas jurídicas: ya sean reglas contra reglas, reglas contra principios, o principios contra principios; y cuando se analiza el alcance jurídico del contenido y estructura de la norma, necesariamente se tiene que hacer una revisión de los criterios de aplicación al momento en que exista una pugna. En la teoría de los principios se revelan tres elementos: sistemas de condiciones de prioridad; estructuras de ponderación y prioridades *prima facie*. Los citados elementos proporcionan condiciones jurídicas sobre las que se puede argumentar jurídicamente a favor de la acción de los principios de derecho. Es decir, principios de mayor peso, o de mayor grado de generalidad, de acuerdo al criterio de la dogmática jurídica por la que se ha optado.

**OCTAVA.-** Los principios integrados al contenido y estructura de las normas jurídicas, tendrán mayor fuerza, en la medida de cómo se vinculen con el orden constitucional, toda vez que tratándose de derechos fundamentales configura un aspecto esencial. Cuando exista pugna entre los límites que plantean los derechos fundamentales en particular, los tribunales competentes decidirán mediante su función interpretativa e integradora, cada caso en concreto.

**NOVENA.-** El derecho de autor consta en la primera teoría de dos derechos (teoría dualista), independientes entre sí: los derechos morales y los derechos patrimoniales; en la segunda teoría (teoría monista), se desprenden de un solo derecho, dos facultades: las de carácter patrimonial y las de carácter moral. Las primeras son aquellas que facultan al autor a percibir una utilidad económica sobre su obra, y poseen características privativas de dicho ámbito de retribución. Y en el caso de las de carácter moral, son aquellas que facultan

al autor en su aspecto personal; sus características son: la perpetuidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad. Existe una tercera clasificación de los derechos de autor, en la que además de los derechos patrimoniales y los morales, se adhieren los derechos de remuneración o de “simple remuneración”.

**DÉCIMA.-** El concepto de derecho moral engloba las facultades del autor vinculadas al acto de creación, y que no forman parte del beneficio económico de éste. La naturaleza jurídica del derecho moral del autor tiene su fundamento en la personalidad del autor en cuanto a su creación. El derecho moral incorpora un conjunto de facultades o prerrogativas que puede o no ejercer el autor en cualquier tiempo, y la consecuencia práctica de dicho ejercicio incluye la facultad de exigir que los demás realicen una conducta correspondiente.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Las facultades morales que tiene el autor sobre su obra, están consagradas en la legislación autoral. Y a su vez, están descritas tanto en la doctrina nacional como en el ámbito internacional, y son las siguientes: divulgación, paternidad, respeto a la integridad, modificación, retirar la obra del comercio. Asimismo el acceso al original, esta facultad no está contemplada en nuestra legislación, sin embargo, se consideró examinarla porque otras legislaciones sí la prevén.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La facultad de **divulgación** es el acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita. De dicha facultad se desprenden las siguientes conclusiones: la autorización del titular del derecho moral para decidir divulgar la obra; que la obra sea accesible al público, es decir que salga de la esfera de la intimidad del autor; y que se realice por primera vez.

**DÉCIMA TERCERA.-** La facultad de **paternidad** consiste en que se le reconozca al autor su atributo de realización intelectual. Esta prerrogativa nace en el momento de creación de la obra, sin embargo se ejercitará cuando la obra se haya divulgado. Asimismo, la ley además de asignarle a su titular la exigencia del reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él

creada, le concede la de disponer que su divulgación se efectúe en la forma que éste decida, ya sea como obra anónima o seudónima. Si opta por alguno de estos casos, también le permite en todo momento revelar su identidad. En caso de trasgresión, su titular igualmente podrá oponerse frente a terceros.

**DÉCIMA CUARTA.-** La facultad moral del autor en exigir **respeto** a la obra, consiste en que se prohíbe cualquier alteración que no haya sido autorizada por el titular de este derecho moral, y que dicha alteración, le cause demérito o perjuicio a su reputación.

**DÉCIMA QUINTA.-** La legislación nacional le otorga al autor la facultad de **modificar** su obra. La modificación de la obra se refiere a su contenido o a su composición material. El ejercicio de la facultad moral del autor para modificar su obra, puede recaer sobre una obra divulgada o bien, en vía de divulgación. En virtud de dicho ejercicio, el autor tendrá a su vez, que respetar derechos contraídos por terceros o los que tutelan el interés cultural.

**DÉCIMA SEXTA.-** La facultad moral que tiene el autor de **retirar su obra del comercio** (tradicionalmente conocida como el derecho de arrepentimiento o retracto del autor), consiste en que sólo corresponde a él, ejercitar la retirada del comercio de la obra, y podrá hacerlo a partir de que la obra haya sido divulgada o después de haber contratado su divulgación. De ser así, en cualquiera de los casos podrá ejercitarla previa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los derechos de explotación.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** La facultad de **acceso al original** consiste en que si el autor no tiene el soporte material original de la obra, puede en un momento dado, exigir de quien detente la posesión, el acceso a la misma. La legislación nacional no contempla este derecho moral, y algunos autores lo califican como inadecuado porque no puede proyectarse integrado a la tutela jurídica del autor.

**DÉCIMA OCTAVA.-** La consideración de integrar el derecho moral del autor como derecho fundamental implicó el análisis de equiparar *la libertad de manifestación artística* dentro de la *libertad de expresión*. La ‘manifestación artística’ y la ‘expresión’ llevan en sí mismas la constante de *exteriorizarse*; y por lo tanto, intrínsecamente recogen el ejercicio de *libertad*.

**DÉCIMA NOVENA.-** La *manifestación artística* comprende la revelación de sentimientos y emociones, y dicha manifestación tiene que adoptar alguna forma expresiva que la exteriorice y la haga reconocible a los demás, por lo tanto, la ley prevé que la manifestación artística sea exteriorizada mediante su fijación en un soporte material. El ejercicio de la *libertad de manifestación artística* consiste en que la exteriorización de sentimientos y emociones sean fijados en un soporte material, con la finalidad de concretar su protección jurídica.

**VIGÉSIMA.-** La libertad de expresión tutela toda manifestación artística, por lo tanto, la libertad de expresión tutela todo aquello que sea una exteriorización de sentimientos y emociones fijados en un soporte material.

**VIGÉSIMA PRIMERA.-** La deducción anterior, ofrece un fundamento para admitir la existencia de derechos subjetivos, mismos que se considerarán como derechos fundamentales, si existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidas en el texto constitucional, o bien si son normas adscritas, concluyendo que lo dispuesto en diversos instrumentos jurídicos internacionales también forma parte del ordenamiento jurídico nacional.

**VIGÉSIMA SEGUNDA.-** Todos los individuos son libres de manifestarse artísticamente. La expresión conlleva a la conclusión de que sólo aquellos que han ejercido su libertad de manifestarse artísticamente, exteriorizando sus sentimientos y emociones fijándolos en un soporte material serán los titulares del derecho moral. Es decir, el derecho moral del autor deriva del ejercicio de la libertad de manifestación artística.

**VIGÉSIMA TERCERA.-** El derecho moral del autor, no es otorgado por una norma de carácter fundamental, sino que deriva de ella. El derecho moral surge de haber ejercitado la libertad fundamental de manifestarse artísticamente, lo que no lo convierte en derecho fundamental.

**VIGÉSIMA CUARTA.-** Todos los individuos tienen la libertad de manifestarse artísticamente, lo que se traduce en: **Todos los individuos pueden ser autores**, toda vez que poseen esa libertad fundamental. Y pertenecerán a esa clase de sujetos (autores), una vez que hayan ejercitado la libertad de manifestación artística, y consecuentemente, gozarán de las facultades o prerrogativas de carácter moral.

**VIGÉSIMA QUINTA.-** Pueden producirse colisiones entre el derecho moral del autor y los contenidos de normas jurídicas fundamentales. En virtud de ello, y de acuerdo a la *Teoría de principios*, en caso de pugna se invocarán los siguientes factores: sistemas de condiciones de prioridad, estructuras de ponderación, y prioridades *prima facie*. Si se trata de principios uno tendrá que retroceder, sin embargo, ambos serán válidos. Y si se trata de reglas, las determinaciones que se hagan, implicarán su cumplimiento o su incumplimiento.

**VIGÉSIMA SEXTA.-** Existen razones para argumentar que el ascenso de los “ideales jurídicos” preservados en el derecho moral del autor, estén contenidos en la realidad del sistema jurídico. Las facultades o prerrogativas morales de que goza el titular del derecho moral, pueden apreciarse como valores, y por lo tanto como razones categóricas. Entonces, si constituyen razones categóricas, debe de tomarse en cuenta lo siguiente: si bien es cierto que lo previsto en la ley autoral puede apreciarse como regla jurídica, también lo es, que las facultades morales del autor derivan del ejercicio de un principio jurídico como lo es *la libertad*.

**VIGÉSIMA SÉPTIMA.-** El derecho moral, brinda a su titular certeza jurídica, de tal manera que en caso de conflicto, existen mecanismos de interpretación

jurídica para que la autoridad encargada de la aplicación del derecho, resuelva a favor de los autores.

**VIGÉSIMA OCTAVA.-** El derecho moral del autor comparte muchas de las características de un derecho fundamental, debido a que lo protegido emerge del terreno “ideal”, es por ello que mantienen entre sí un estrecho vínculo. A la luz del derecho positivo resulta difícil considerar al derecho moral del autor como derecho fundamental.

**VIGÉSIMA NOVENA.-** Los efectos jurídicos obtenidos, ya sea en el plano de creación o en el de la aplicación del derecho, darán como resultado, que la protección jurídica salvaguarde equilibradamente las libertades fundamentales en todos sus aspectos. Y a su vez, brinde seguridad jurídica al titular del derecho moral para el fomento de su manifestación artística con el propósito de propiciar el desarrollo cultural de la sociedad actual.

**TRIGÉSIMA.-** La perspectiva de tratar al derecho moral del autor como derecho fundamental, pone de relieve la necesidad de profundizar en el tema. Sin embargo no se encontró bibliografía concreta al respecto, independientemente de que se pudo apreciar inquietudes de diversos autores al reflexionar sobre el papel trascendental que desempeña la propiedad intelectual y que sirve como fundamento para el desarrollo de una legislación constituida por derechos de carácter fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 1993.
2. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
3. Allfed, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, Temis, Colombia, 1999.
4. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
5. Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
6. Carbonell, Miguel, *Transición a la democracia y medios de comunicación. Un punto de vista constitucional*, Gobierno del Estado de Aguascalientes, México, 2002.
7. Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Concepto de Derecho Subjetivo*, Fontamara, México, 2004.
8. Espín Cánovas, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, España, 1996.
9. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. Andrés Ibáñez, Perfecto, Trotta, Madrid, 2004.
10. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 46 ed., Porrúa, México, 1991.

11. González López, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de la Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, España, 1993.
12. Gutiérrez Vicén, Javier, *Manual legal de arte, La propiedad intelectual explicada a los artistas plásticos*, Colección Análisis y Documentos, España, 1993.
13. Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. Legaz, Luis, Colofón, México, 2002.
14. Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, Argentina, 2001.
15. Obón León, Ramón J., *Derechos de los artistas e intérpretes*, 3° ed. Trillas, México, 1996.
16. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
17. Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de Divulgación*, Civitas, España, 1993.
18. Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. *Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2004.
19. Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, España, 1997.
20. Stadeler Mayer, Regina, y Alizeri Fernández, Ester, *Expresión y Apreciación Artísticas*, Oxford University Press, Harla, México, 1996.
21. Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986.



22. Tamayo y Salmorán, Rolando, "Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa", *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Vázquez, Rodolfo (Comp.), Fontamara, México, 2003.
23. Villanueva Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.
24. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Gascón, Marina, Trotta, Madrid, 2003.

#### **Legislación nacional:**

- Código Civil Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Derecho de Autor
- Ley Federal sobre Monumentos y Zonas arqueológicas, artísticos e históricos

#### **Legislación extranjera:**

- Código de la Propiedad Intelectual (Francia)
- Ley de Propiedad Intelectual (España)

#### **Instrumentos internacionales:**

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales