

La inalienabilidad de los derechos morales de autor: una aproximación desde la perspectiva del análisis económico del derecho¹

CAMILO ANDRÉS DE LA CRUZ ARBOLEDA²

INTRODUCCIÓN

El presente documento realiza un estudio acerca de los derechos morales de autor y, en especial, lo relacionado con su inalienabilidad, que incluye una aproximación desde el esquema de las titularidades propuesto por Calabresi y Melamed³, que permite dibujar un panorama distinto al que tenemos en nuestro país, y en el que se discute la conveniencia práctica de su consagración como derechos inalienables.

Para efectos del objetivo indicado, el estudio se abordará de la siguiente forma: se realizará un estudio de la dogmática y fundamentación (1) de los derechos de autor y, en específico, de los derechos morales, donde se expondrán los principales aspectos acerca de la regulación existente en el tema. Para lo anterior, se hace necesario partir de las normas aplicables (1.1), sean estas leyes locales, de derecho comunitario o de derecho internacional, ello para conocer las disposiciones aplicables directamente en nuestro país. Más adelante, se desarrolla el tema de la justificación de la existencia y la naturaleza de estos derechos, lo que nos llevará a hacer un breve análisis del tema a la luz de los dos sistemas jurídicos existentes: el sistema europeo continental o *Civil Law* (1.2) y el sistema de derecho común o *Common Law* (1.3), para analizar las distintas concepciones

1 Una versión anterior de este trabajo se presentó como requisito para obtener el título de Abogado. Esta versión está actualizada y adaptada al formato de la revista.

Para citar el artículo: DE LA CRUZ, C. (2015). "La inalienabilidad de los derechos morales de autor: una aproximación desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho", en *Revista Con-texto*, n.º 44, p. 59-93. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n44.04>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: camilo.delacruz@est.uexternado.edu.co

3 Cfr. CALABRESI, GUIDO y MELAMED, A. DOUGLAS. "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral", en *85 Harv. L. Rev.* 1089, 1972.

que, frente al tema, se presentan a nivel mundial. Más adelante, se miran los derechos morales en la práctica (2), mediante la exposición de casos de conflicto donde se hacen relevantes dichos derechos y donde, en algunos de ellos, la inalienabilidad se ve comprometida. A continuación, se realiza una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho (AED), específicamente conforme al esquema de titularidades propuesto por Calabresi y Melamed (3), con lo que se pretende ofrecer una nueva perspectiva del tema con base en criterios poco explorados en el ámbito local. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

1. DOGMÁTICA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR

La propiedad intelectual se define como aquella que se tiene sobre las creaciones del intelecto humano, sean estas expresadas a través de una pintura, una composición musical, un escrito, incluso un sonido; de hecho, cualquier forma de representación de una creación intelectual que adquiera una forma concreta podría ser objeto de la propiedad intelectual. Si bien tradicionalmente ha sido considerada como una parte del derecho de bienes, su desarrollo la ha llevado a ocupar un lugar propio en el derecho como una rama independiente, ciertamente influenciada por las múltiples ramas del derecho que la complementan, en especial en lo que al Derecho Civil se refiere, desde sus orígenes hasta nuestros días.

Dentro de este género conocido como propiedad intelectual, se encuentran dos categorías principales: la propiedad industrial y el derecho de autor⁴. La primera, en algunos países denominada como el derecho de inventor⁵, es la protección que se da a un invento de tipo industrial, que puede consistir en una invención propiamente dicha, la cual se protege a través de una patente, o en diseños que se protegen a través del mecanismo de los diseños industriales, o puede también tratarse de signos distintivos amparados a través de las marcas comerciales. Todos ellos tienen en común que su protección se da a través de un mecanismo formal, que otorga al que la recibe determinadas prerrogativas limitadas sobre dicho invento y sobre su explotación económica o comercial.

A su turno, la categoría de derecho de autor busca proteger obras originales cuya creación no necesita tener una aplicación industrial; no obstante, es posible, y de hecho es bastante usual, su utilización para estos fines. Con esta salvedad, podríamos decir que se trata más bien de cualquier creación intelectual que de reunir ciertas características, confiere a su autor derechos exclusivos⁶, derechos de los que nos ocuparemos más adelante.

A diferencia del derecho de inventor, tratándose de derechos de autor, no se requiere de alguna clase de formalidad para gozar de protección; estos gozan, más bien, de un

4 Se habla también de los derechos conexos como aquellos derivados del derecho de autor original, bien sea por haber sido fruto de una interpretación, una grabación original o la radiodifusión de estas.

5 Cfr. ALLFELD, PHILIPP. *Del derecho de autor y del derecho de inventor*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

6 Cfr. FRANÇON, ANDRÉ. *La propriété littéraire et artistique*. París: Ed. PUF, 1979, pp. 10 ss. En este mismo sentido, Cfr. RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 83.

carácter informal, puesto que la obra es protegida desde el momento mismo de su creación, condicionado a aspectos de tipo probatorio y, en algunos casos, a su expresión en algún medio tangible. Esto se explica por la naturaleza misma de los derechos de autor, que buscan proteger la creación intelectual como una extensión de la "espiritualidad" o mejor, de la personalidad del sujeto⁷, sin que haya consideraciones de tipo subjetivo en cuanto a la utilidad, aptitud, belleza o calidad de la obra. En otras palabras, no se requiere que la obra goce de algún valor para que pueda ser objeto de protección. Para el derecho de autor, merece tanta protección la obra de un artista famoso como la de un abogado que en sus tiempos libres pinta paisajes.

Si bien las creaciones intelectuales han existido desde los comienzos de la humanidad —como es el caso de las pinturas rupestres—, el concepto de derechos de autor es una idea reciente, convirtiéndose cada vez más en un tema relevante y de creciente importancia, a medida que avanza la humanidad; *vgr.*, en lo que tiene que ver con tecnologías de la información, son cada vez más frecuentes y globales los avances, haciendo más fácil el acceso a los contenidos protegidos por el régimen de derechos de autor.

Dicho esto, es procedente hacer unas consideraciones acerca del origen de los derechos en comento. Al respecto, su creciente importancia encuentra origen, o mejor, relevancia en el momento en que surge la posibilidad de reproducir las obras rápida y efectivamente. En la antigüedad, mientras las reproducciones de las obras literarias tomaban mucho tiempo y esfuerzo, pues debían ser hechas a mano, a partir de la invención de la imprenta, en el siglo XV, la velocidad y precisión con que se realizaban las reproducciones aumentó de manera considerable, lo que trajo de suyo el problema de la vulnerabilidad de la protección de la obra, pues esta podía ser diseminada rápidamente, sin que hubiera mayores controles. Atravesando la época del Renacimiento y el Barroco, hasta llegar al primer sistema legal de propiedad intelectual, que se dio en Inglaterra y se conoció como el *Statute of Anne*⁸. Con esta norma, se pretendía incentivar a los autores por sus creaciones, concediéndoles unos derechos exclusivos durante un tiempo determinado⁹.

Es importante mencionar que hasta este punto, los derechos eran protegidos individualmente en cada Estado, sin que la protección en uno de ellos garantizara la protección en algún otro. Esto fue así hasta que las necesidades mismas de su protección, de la mano de la evolución del ámbito internacional del derecho, llevaron a un desarrollo en este sentido, en el que encontramos como antecedente principal dentro de la época moderna el Convenio de Berna, celebrado como un primer intento para lograr una pro-

7 Cfr. CHARRIA, FERNANDO. *Derechos de autor en Colombia*. Cali: Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes, 2001. En este mismo sentido, Cfr. RENGIFO. *Op. cit.*, p. 67.

8 El título original de la ley en comento era *An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned*.

9 Para un panorama más amplio, Cfr. RENGIFO. *Op. cit.*, pp. 51 y ss. En este mismo sentido, véase PROAÑO MAYA, MARCO. *El derecho de autor: un derecho universal*. Colombia: Ed. Cecolda, 1993. pp. 14 y ss.

Para una visión muy completa de la evolución en Latinoamérica, véase PABÓN CADAVID, JHONNY ANTONIO. *De los privilegios a la propiedad intelectual*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 74 y ss.

tección de las obras de los artistas en un contexto diferente al de sus propias naciones¹⁰. Dentro de este convenio, se hacen sucesivas referencias a la protección que se debería aplicar dentro de los países denominados "de la Unión"¹¹, lo que significa que los países a los que se aplica el convenio se unen para buscar la protección de los derechos de los autores sobre sus obras.

Suscrito originalmente el 9 de septiembre de 1886 por una docena de países europeos, siendo modificado en sucesivas ocasiones hasta su más reciente enmienda, que data del año de 1979, hoy cuenta con más de 160 países como partes contratantes. Cabe anotar que Colombia se adhirió el 4 de diciembre de 1987, entrando en vigencia dicha adhesión el día 7 de marzo de 1988^[12].

Abordemos ahora el tema de cómo se acogió en Colombia la protección de la propiedad intelectual, en particular en lo que tiene que ver con derechos de autor.

Dentro de la categoría de derechos de autor, encontramos derechos patrimoniales, que buscan proteger los intereses económicos detrás de las invenciones y de las creaciones literarias. Además de estos, existen también intereses de tipo "espiritual", o como se conoce comúnmente y en nuestro país, intereses "no patrimoniales", que se protegen a través de los derechos morales de autor¹³ y son los que velan por que el autor, dentro de su concepción de tal, busque definirse como esa persona de cuyo ejercicio intelectual derivó dicha obra o creación¹⁴.

En adelante, hablaremos sobre estos últimos, los derechos morales, analizando inicialmente la regulación en nuestro país, bien mediante leyes o decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la cual Colombia hace parte, bien a través de los tratados aplicables en materia de derechos de autor, aproximándonos, posteriormente, a la concepción genérica de derechos morales de autor, en las diferentes familias del derecho.

1.1. Análisis de la normativa aplicable a los derechos morales de autor

En primer lugar, se analizará la legislación colombiana, específicamente la Ley 23 de 1982 y demás que la modifiquen, complementando dicho análisis con las disposiciones de la Decisión Andina 351 de 1993 de la CAN y en contraste con el Convenio de Berna.

1.1.1. Ley 23 de 1982

En Colombia, se establece la protección de los derechos morales de autor en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, al prescribir:

10 Cfr. Convenio de Berna, artículo 2, numeral 6, y artículos 3, 4 y 5.

11 Cfr. HEINEMANN, ANDREAS. "Propiedad intelectual", en METKE MÉNDEZ, RICARDO (coord.). *Propiedad intelectual: reflexiones*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2012. p. 15.

12 Datos tomados de la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

13 También se habla de derechos conexos como una tercera categoría.

14 Cfr. EDELMAN, BERNARD. *La propriété littéraire et artistique*. París: Ed. PUF, 1999. p. 13 y ss. También, RENGIFO. Op. cit.

“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley¹⁵.
- B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;
- C. A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria, a modificarla, antes o después de su publicación;
- D. A modificarla, antes o después de su publicación;
- E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada” (negrilla fuera de texto).

A renglón seguido, complementa esta regulación en los siguientes términos:

“Parágrafo 1º.- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir a autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.

Parágrafo 2º.- A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3º.- La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

Parágrafo 4º.- Los derechos mencionados en los numerales d) y e) solo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar”.

15 Hace referencia al artículo 12 de la Ley 23 de 1982, que indica que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar o prohibir actos relacionados con la reproducción de la obra, comunicación y distribución al público, importación de copias hechas sin autorización, la traducción, la adaptación de la obra, etc.

1.1.2. Decisión Andina

Por su parte, en la Decisión Andina 351 de 1993 se refiere a los derechos morales en los siguientes términos:

“Capítulo IV. Del Derecho Moral

Artículo 11

El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) Revindicar [sic] la paternidad de la obra en cualquier momento; y,*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.*

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a su derechohabientes, [sic] por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

Artículo 12

Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral” (negritas fuera de texto).

1.1.3. Convenio de Berna

Veamos ahora lo que sucede en el convenio de Berna respecto a los derechos morales:

“Artículo 6 bis

1) 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.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga

disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) *Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección" (negritas fuera de texto).*

Así pues, en pocas palabras, tenemos que de acuerdo con la legislación colombiana, en lo que se refiere a derechos morales de autor, comprendida tanto en la ley mencionada como en la Decisión Andina, se indica que se trata de derechos que tienen como características fundamentales y comunes su inalienabilidad y su irrenunciabilidad, no siendo este el caso del Convenio, el cual no las incluye ni explícita ni tácitamente. De igual manera, se destaca su consideración como derechos perpetuos¹⁶, de acuerdo con la Ley 23, y como derechos inembargables e imprescriptibles, de acuerdo con la Decisión comunitaria.

Para el Convenio en cambio, los derechos morales se diferencian de los patrimoniales en que el traspaso a cualquier título de estos en nada afecta el de aquellos, sin entrar a definirlos ni a darles características.

Con todo, se puede decir, encontramos como catálogo de derechos morales, principalmente, el derecho de paternidad, respecto del cual es preciso hacer claridad en que el derecho que se tiene es el de reivindicar dicha paternidad y no el de la paternidad en sí misma. Adicionalmente, encontramos el de divulgación de la obra, el de integridad de la misma y, adición a la ya mencionada ley, los de retiro y modificación.

Añade la ley colombiana, mediante el párrafo primero del artículo 30 de la Ley 23 de 1982, que los mencionados derechos no podrán ser cedidos ni renunciados, reforzando la idea de inalienabilidad mencionada anteriormente.

De acuerdo con esta regulación, el autor de una obra en ningún caso podría, junto con los derechos patrimoniales de explotación económica, enajenar, ceder, disponer del derecho a considerarse autor (*vgr.* derecho de paternidad), puesto que la legislación se ha encargado de prohibir este tipo de negociaciones, lo que configuraría que cualquier negocio en que se disponga de los derechos morales devendría en nulidad absoluta por objeto ilícito. A lo sumo, podría ocultar su identidad, haciéndose conocer como anónimo o bajo un seudónimo.

Empero, el Convenio tiene una reglamentación menos rígida que las de las normas aplicables en el ámbito local. De un lado, indica que la esfera de los derechos morales de autor va separada de cualquier clase de negocio que se dé sobre los derechos patrimoniales, pero de igual manera, es más flexible en cuanto a las características comunes

16 Al respecto, se dice de los derechos que, a la muerte del autor, corresponderá a sus herederos o causahabientes el ejercicio de los mismos, entendiéndose que a falta de estos, esta prerrogativa recaerá sobre el titular de la obra jurídica, y en caso de haber pasado esta al dominio público y a falta de todos los anteriores, estará en cabeza del Instituto Colombiano de Cultura. Con esto se garantiza la perpetuidad de su ejercicio.

que vimos en las disposiciones anteriores, es decir, su inalienabilidad, perpetuidad¹⁷ y su irrenunciabilidad.

En efecto, respecto de la característica de la inalienabilidad, esta es menos restrictiva que la establecida estrictamente en el contexto local, en concreto, se limita su marco de protección a indicar que los derechos morales persisten no obstante la cesión o transferencia de los derechos patrimoniales. Respecto de la perpetuidad, el Convenio es claro al permitir una protección no perpetua, sino temporal de aquellos derechos, como mínimo hasta la extinción de los derechos patrimoniales, admitiendo, adicionalmente, que en aquellos países donde no hubiera legislación protectora de los derechos morales al momento de ratificar el tratado, la protección desaparezca total o parcialmente con la muerte del autor¹⁸. Finalmente, respecto a la renunciabilidad o no de dichos derechos, el artículo guarda silencio, sin llegar a inclinarse en favor de una u otra alternativa¹⁹.

Tenemos entonces que bajo el esquema del Convenio de Berna, son derechos morales el de paternidad, en términos de su reivindicación; el que hemos denominado de integridad²⁰, que consiste en oponerse a cualquier deformación, modificación o mutilación, y uno genérico consistente en oponerse a cualquier acto que recaiga sobre la obra que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor.

Observamos pues en el Convenio una regulación mucho menos estricta y más abierta que la de la legislación nacional y comunitaria, lo que sospechamos se explica en virtud de la intención del Convenio, que a nuestro juicio es una pretensión de universalidad, lo que lleva de suyo el tratar de encontrar un punto medio que satisfaga a todos los sistemas jurídicos involucrados, a diferencia de lo que sucede con la legislación nacional y la resolución de la CAN, puesto que en esta última se trata de una integración regional entre países con sistemas jurídicos muy similares entre sí.

Lo anterior resalta uno de los puntos centrales del presente análisis, y es el que tiene que ver con la manera en que se encuentran estructurados los derechos morales y la filosofía que se halla detrás de ellos, punto que, como veremos, dista de tener una única respuesta, dado que va en gran medida a depender de la familia del derecho en la cual nos ubiquemos.

Así las cosas, resulta de interés en este punto, aludir a la forma como ha sido tratado el tema de la categoría de derechos morales a la luz de las familias del Derecho de tipo europeo continental o *Civil Law*, y por otro lado, a la del *Common Law*. Esto nos va a permitir evidenciar que dichos derechos no tienen una justificación única, y que en lo que tiene que ver con el *Common Law* —en contraste—, su regulación es bastante distinta,

17 Respecto de la Decisión 351 de la CAN, esto puede deducirse del último inciso del artículo 11, al sostener que una vez extinguido el derecho patrimonial, corresponde al Estado la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de la obra.

18 Con esto, se está insinuando que es admisible que la protección deba darse de manera temporal, mas no perpetua. Para el caso de nuestro país y de la CAN, la fórmula acogida fue la de la protección perpetua, la cual, sin embargo, es una opción admisible a la luz del Convenio de Berna.

19 Esto es confirmado por CREAMER más adelante. *Infra.*, not. 53.

20 EDELMAN. *Infra.* También, LANDES y POSNER. *infra.*

lo que permite incluso que se desconozcan los atributos considerados como esenciales para el *Civil Law*, como veremos más adelante.

1.2. Derechos morales de autor a la luz de la tradición jurídica del *Civil Law*

En general, en estos tipos de tradición jurídica se dice que existe un derecho que emana de la personalidad. Siguiendo a Edelman, podemos decir que el derecho moral es aquel que tiene su origen en la misma persona del autor, surgiendo como una expresión de su individualidad y, más exactamente, de su personalidad, la que ha imprimido en su creación.

De acuerdo con esta concepción, la obra es una manifestación de la personalidad de su autor y, por lo tanto, se crea una relación entre autor y obra que va más allá de los intereses patrimoniales que aquel pueda tener, surgiendo así, paralelamente a los derechos de tipo patrimonial, unos derechos personalísimos que hemos venido denominando como derechos morales de autor.

Siguiendo a este mismo autor, encontramos cómo la concepción de los derechos de autor en esta tradición jurídica tiene su origen en el concepto de persona humana, concepto que a su vez fue acogido por las teorías humanistas que surgieron con autores que desarrollaron un concepto de propiedad diferente, centrado en el ser humano, inspirado en la doctrina de Kant y Hegel²¹.

Según Edelman, para poder llegar a la idea de autor, es necesario partir del concepto de obra, y, a su vez, para determinar qué es una obra, es fundamental el concepto de creación.

De acuerdo con lo anterior, una creación es "... el producto de un trabajo intelectual libre, que expresa la personalidad de su creador, y que se incorpora en una forma original"²².

Así pues, es posible observar a primera vista cómo en el marco de los derechos de autor un punto fundamental es la personalidad "humana" del propio autor²³, pues es de donde surge toda la sustentación de los derechos morales como uno de sus atributos²⁴.

Para ser considerada como una obra, una creación, según la doctrina, debe reunir las siguientes características: (i) el objeto en el que recae el trabajo del autor debe ser uno específico. No se trata, en estricto sentido, de inventarse algo nuevo, sino de expresar de una manera particular su modo de ver la realidad. (ii) En segundo lugar, encontramos que debe tratarse de un trabajo libre, entendiendo esto como que debe emanar de la visión intrínseca del autor y no debe depender de presiones externas o condicionamientos. (iii) Como tercera medida, tenemos que el trabajo debe desprenderse de una pasión del autor, de un deseo estético²⁵.

21 En este mismo sentido, COTTER, THOMAS F. "Pragmatism, economics, and the droit moral", en *North Carolina Law Review*. Noviembre, 1997.

22 EDELMAN. Op. cit., p. 15.

23 En este mismo sentido, cfr. COTTER. Op. cit., y FISHER, WILLIAM. *Theories of intellectual property: New essays in the legal and political theory of property*. Cambridge University Press, 2001.

24 Recordemos que el concepto de obra, en idioma francés, recibe el nombre de obra del espíritu.

25 EDELMAN. Op. cit., p. 18.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que debe entenderse la obra como la expresión de la personalidad del autor, puesto que esta no sería nada distinto a la forma particular en la que se ha exteriorizado dicha personalidad²⁶.

Es aquí donde se deduce la protección a los derechos morales como un atributo de la personalidad –y es por ello que quizá se considera inalienable–. A este respecto, el autor en comento cita un ejemplo de la jurisprudencia en el que se ilustra un caso en el que se trataba de defender el derecho moral de Charles Chaplin. Uno de los argumentos que se usó en el Tribunal fue el de afirmar que ciertas obras están tan íntimamente ligadas a la persona del autor, que una afrenta a ellas atentaría contra el hombre mismo (refiriéndose al autor).

En este orden de ideas, se establece entonces una concepción personalista de la obra, entendiendo que esta está ligada a la personalidad del autor, siendo aquella una emanación de la última y, por lo tanto, gozando la creación de una protección análoga a la otorgada a la persona humana de la cual emana.

Tanto es esto así que, incluso, quedó plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre de la ONU, en su artículo 27, numeral segundo, al decir que "*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*"²⁷.

De acuerdo con esta concepción de obra como extensión de la personalidad del autor, este conserva entonces sobre su obra un vínculo directo, y lo que hace es conceder derechos de explotación sobre esta, conservando para él la sustancia misma de su obra, que se ve reflejada en los derechos morales²⁸.

Ahora, la evolución del sistema de derechos de autor basado en la personalidad comienza en Europa continental a principios del siglo XX²⁹, empezando con la protección dada a la obra como propiedad, pero como un tipo específico de propiedad.

Conforme la doctrina, en una primera etapa, se contempló dicha protección desde la óptica del derecho de divulgación, lo que en un principio no suponía mayor problema, puesto que no era incompatible con la propiedad que se tiene normalmente sobre un bien físico. La decisión de divulgar o de dar a conocer la obra dependía única y exclusi-

26 Para una visión más profunda de la personalidad como justificación de la propiedad, véase HUGHES, JUSTIN. *The philosophy of intellectual property*. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. También, FISHER. Op. cit.

27 Tomado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml> [Fecha de consulta 7 de octubre de 2013].

28 Valga decir, esta concepción personalista se opone a la visión del sistema de *copyright*, pues en esta última se considera la obra como un bien y al autor como un comerciante o mercader que tiene un derecho de propiedad sobre su obra y que, por la misma razón, puede transferirla completamente, sin reservarse ningún tipo de atributo. Sobre esto profundizaremos más adelante, cuando desarrollemos el tema de la justificación de los derechos morales de autor bajo el esquema del *Common Law*.

29 En lo que tiene que ver con la evolución en el tiempo, cfr. EDELMAN. Op. cit., pp. 30 y ss. En lo referente al desarrollo en Europa Continental, vale citar FISHER. Op. cit., quien afirma que la justificación de los derechos de autor basados en la personalidad tiene gran acogida en Europa, y menciona específicamente a Francia y Alemania como países cuyos regímenes de protección están fuertemente influenciados por los escritos de Kant y Hegel.

vamente de la voluntad del "dueño" de la cosa, del autor de la obra. Empero, la dificultad surge en el momento en que empieza a hablarse del control de la obra no solo en su nacimiento, sino una vez divulgada, y a partir de este momento se hace incompatible la visión de esta nueva propiedad, que requería una regulación especial que superara la visión del esquema tradicional de propiedad.

En este punto se comienza a hablar del derecho al respeto de la obra, en adición al derecho de divulgación de la obra, y para tratar de justificarlo se hizo uso de tres figuras: (i) la primera hace referencia al derecho de usufructo, en el que el autor cedía el usufructo, pero se reservaba los derechos sobre la sustancia de la cosa; (ii) la segunda fue la figura del derecho a la reputación, de acuerdo con la cual se debía guardar respeto por las obras vendidas, por cuanto la reputación de su autor estaba ligada a ellas; finalmente, (iii) la tercera figura fue la de las técnicas contractuales, que consistían en hacer uso del derecho de las obligaciones, para que el autor controlara el destino de su obra.

La siguiente etapa giró en torno a la idea del derecho a la paternidad que tenía el autor sobre su obra y el derecho a ser acreditado como tal en las publicaciones que de sus obras se hicieran; sin embargo, se permitía todavía que el autor, a través de un contrato, aceptara abandonar su calidad de autor.

Con todo, la evolución descrita por la doctrina citada acerca del sistema de derechos de autor en la Europa de principios de siglo XX evidencia la tensión existente entre la concepción de la obra como propiedad y la naciente concepción moderna del derecho de autor.

1.2.1. De la naturaleza del derecho moral de autor

Ahora, para entender la naturaleza del derecho de autor, es necesario que analicemos las categorías de derechos que comúnmente conocemos: (i) de un lado están los derechos reales, que son los que recaen sobre las cosas, y de otro (ii) los derechos personales, que son los que se tienen respecto de una persona. Para nuestros efectos, apalancados incluso en lo mencionado previamente, se hace necesario colocarnos al margen de la primera categoría mencionada, puesto que no podemos entender, *stricto sensu*, que el derecho del autor sobre su obra sea un derecho real, ni tampoco que esta última sea considerada como una cosa.

Por el contrario, es en el concepto de persona y en la evolución que este concepto ha tenido donde encontraremos el origen del derecho de autor como categoría propia. Concretamente, este concepto surge de la noción de persona humana "... entendida [ésta] como un conjunto de prerrogativas propias del individuo y en el que la fuente y la legitimidad son el hombre mismo"³⁰.

Con todo, fue este nuevo concepto de persona humana, unido a la inadecuada protección que se obtenía siguiendo el concepto tradicional de propiedad, el que dio inicio a la concepción actual del derecho de autor. A partir de este punto, empezó a entenderse que

30 EDELMAN. Op. cit., p. 37.

tratándose la obra de una expresión de la personalidad del autor, el vínculo que lo unía a ella era igual que el que lo unía a sus demás atributos. Ahora bien, el término "moral" debe entenderse en el sentido de significar una unión intelectual (como lo indicamos, algunos la denominan un interés de tipo "espiritual") entre el autor y su obra, siendo pues su característica principal "*la indivisibilidad del autor y la obra*"³¹.

En este punto se nos pone de presente la concepción kantiana sobre la naturaleza del derecho moral, que se ve reflejada en el siguiente fragmento:

*"... el libro, de un lado, es un producto material del arte (opus mechanicum), que puede ser imitado (por la persona que posee legítimamente una copia) y que en consecuencia conlleva un derecho real; y de otro lado es un simple discurso del editor al público, que nadie puede reproducir públicamente (praestatio operae) sin haber sido autorizado por el autor, por lo que es un derecho personal, y el error consiste en que esos dos derechos se confunden" (traducción propia)*³².

En la actualidad de Europa continental (*vgr.* Francia), la concepción vigente en materia de derechos de autor es la denominada teoría dualista, que en oposición a la unitaria, ve en estos derechos, además del vínculo intelectual entre autor y obra como rasgo característico de esta última (lo que podríamos llamar ese vínculo espiritual existente entre ambos³³), una relación bien - propietario, que se justifica en su aspecto económico como la posibilidad de explotar su obra buscando un beneficio para su patrimonio.

Es así pues como se escinde la idea de los derechos de autor, entre los de tipo moral –objeto de este estudio– y los de tipo patrimonial. En este orden de ideas, se nos ponen presentes las características del derecho moral comunes en los países de tradición del *Civil Law*, que de acuerdo con Edelman³⁴ son dos: la perpetuidad y la inalienabilidad. De acuerdo con aquella, tenemos que por tratarse la obra de una extensión de la personalidad del autor, se debe entender que goza de una suerte de inmortalidad, por lo que, según la ley francesa, en su artículo L. 121-1^[35], debe considerarse el derecho moral como "*perpetuo e imprescriptible*". Por otro lado, de acuerdo con la segunda característica, debemos entender que por haber incorporado el autor en su obra parte de sí y por lo tanto, estar la personalidad del autor ligada a su obra, esta no puede venderse.

Sobre el punto concreto de la inalienabilidad, vale mencionar la opinión de PÉREZ DE ONTIVEROS, quien –siguiendo a Desbois- afirma que la característica de la inalienabilidad se predica de los derechos morales de autor en dos sentidos:

31 EDELMAN. Op. cit., p. 40.

32 KANT, IMMANUEL. *Doctrine du droit*. Citado por EDELMAN. Op. cit., p. 40. En este mismo sentido, cfr. KINSELLA, N. STEPHAN. "Against intellectual property", en *Journal of Libertarian Studies*. Spring, 2001, vol. 15, n.º 2, p. 38.

33 PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, ANA MARÍA. "El análisis económico del derecho de autor y del copyright", en *La propiedad inmaterial*. Universidad Externado de Colombia, 2006-2007, n.º 10-11, p. 398.

34 EDELMAN. Op. cit., p. 46.

35 CPI o Código de la Propiedad Intelectual, citado por EDELMAN.

“en el primero de ellos tendería a prohibir que otro ocupe su cualidad [de autor] y en el segundo el autor no podría renunciar a protestar por las iniciativas desnaturalizadoras de las que fuese objeto por parte de un tercero. En relación al primer sentido alegado por el citado autor [Desbois], entendemos que las facultades que lo integran no son susceptibles de ningún tipo de disposición o enajenación, bien sea título oneroso o gratuito, pero consideramos que el segundo sentido atribuido a la inalienabilidad constituye otro de los caracteres del derecho moral, cual es la irrenunciabilidad”³⁶.

Retornando con la exposición de Edelman, este finaliza su argumentación respecto de los derechos morales haciendo un análisis sobre los momentos en los que estos se expresan³⁷. De acuerdo con esto, podemos hacer una enunciación a manera de catálogo, tomando en consideración los dos momentos en los que se manifiestan, esto es, en el momento de creación de la obra y en el momento en el que esta se encuentra en circulación.

En el primer momento, encontramos el (i) derecho de paternidad, que es el que asigna al autor tal calidad; y el (ii) derecho de divulgación, que consiste en la decisión del autor de permitir o no que su obra sea conocida públicamente.

En el segundo momento, encontramos el (iii) derecho al respeto, que consiste en oponerse a cualquier acto que desnaturalice su obra; (iv) el derecho al retracto, que le otorga la facultad al autor de retirar de circulación su obra; y (v) el derecho de arrepentimiento, que le permite rectificarla de acuerdo con su voluntad.

Del análisis realizado, podemos concluir que el panorama de los derechos morales de autor en nuestro país es un fiel reflejo de lo que sucede en el ámbito del Derecho europeo continental, siendo que los derechos que acabamos de mencionar, y que corresponden a los expuestos por la doctrina de ese ámbito, se corresponden casi perfectamente con los enunciados en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 al que hicimos mención anteriormente.

Veremos cómo esta concepción, a la que adhiere como dijimos nuestro ordenamiento, se contraponen a la que se tiene en los sistemas de *Common Law*, puesto que bajo este último esquema, la protección dada al autor está basada en razones completamente diferentes y se fundamenta en la concepción de derechos de autor bajo la idea del *Copyright*, como se expone a continuación.

1.3. Derechos de autor a la luz de la tradición jurídica del *Common Law*

A diferencia de lo que ocurre del lado del Derecho de tradición europeo continental, en los países de tradición anglosajona, la forma de entender los derechos de autor no gira en torno a la persona ni a la personalidad, sino más bien a una concepción de tipo económico que trata de encontrar un balance entre el desarrollo de la sociedad y, por

36 PEREZ DE ONTIVEROS, CARMEN. *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*. Editorial Civitas, 1993. pp. 41-42.

37 EDELMAN. Op. cit., pp. 49 y ss.

tanto, sus beneficios, y entre los incentivos que tenga el autor para seguir realizando creaciones, que de acuerdo con esta percepción, benefician a la sociedad en general³⁸.

Para efectos de explicar tal concepción del sistema del "derecho de autor" en el marco del *Common Law*, tendremos en cuenta el caso particular de Estados Unidos, lo que efectivamente nos permitirá hacer una serie de conclusiones relativamente generalizables para los países que pertenecen a esa familia del Derecho³⁹.

En primera instancia, tenemos que partir del concepto sobre el que se construye toda la idea de derechos de autor en dicha tradición, hablamos de la noción de *Copyright*, que en un primer momento, podríamos traducir como el "derecho de copiar", derecho que en principio está en cabeza del autor, pero no de manera exclusiva, ello puesto que debido a la facilidad en la reproducción de todo tipo de obras, originada en los avances de la tecnología, debe existir, no obstante, algún tipo de protección que dé incentivos para la generación de nuevas obras.

En este sistema, la importancia radica en la obra como producto, como un bien y no como una emanación de la personalidad. En este sentido, el autor puede ser considerado como un mercader de su obra, de suerte que el interés, el foco de protección, reside en la consideración económica.

La protección al autor se otorga por razones diferentes a las comunes del *Civil Law*, en este caso se busca, de un lado, incentivar y generarle un beneficio al autor, con lo que se logra, de otro lado, obtener un progreso de tipo social, puesto que el público y la sociedad en general se verán beneficiados en virtud de las creaciones literarias y artísticas generadas por los autores⁴⁰. En palabras de Edelman, en la tradición del *Common Law*: "El único motivo de la creación [intelectual] es el beneficio del autor y la ganancia que el público puede obtener y no el deseo de expresar la propia personalidad"⁴¹.

En este contexto, vale decir, y en el ámbito de las teorías que buscan dar una justificación a la propiedad intelectual, en lo que se refiere a creaciones intelectuales de tipo no industrial, encontramos cuatro aproximaciones principales: la utilitarista, la laborista, la personalista y la de la planificación social⁴².

Según la primera de dichas teorías –la utilitarista–, se debe buscar la promoción del máximo bienestar para el máximo número de individuos⁴³. Desde esta aproximación, se justifica la protección al creador de la obra (en el entendido de otorgársele a este por

38 Cfr. RAMELLO, GIOVANNI B. "Intellectual property, social justice and economic efficiency: insights from law and economics", en FLANAGAN, ANNE et al. *Intellectual property law: economic and social justice perspectives*. Cheltenham, UK, 2010.

39 El panorama en el Reino Unido no aparenta ser muy diferente, como se deduce de la lectura de CONDE GUTIÉRREZ, CARLOS AUGUSTO. "Copyrights y derechos morales de autor: la experiencia del common law en el Reino Unido", en *La propiedad inmaterial*. Revista del Departamento de la Propiedad Intelectual, 2011, vol. 15.

40 Cfr. RENGIFO. Op. cit., p. 49.

41 EDELMAN. Op. cit., p. 27. Traducción propia.

42 Cfr. FISHER. Op. cit., Para una delimitación entre la teoría laborista de LOCKE y la teoría personalista planteada por Hegel, cfr. HUGHES. Op. cit.

43 En un sentido similar, cfr. RENGIFO. Op. cit., p. 49, y también PLATA LÓPEZ, LUIS CARLOS. "Introducción

un tiempo determinado el derecho exclusivo de hacer copias de sus creaciones), en la circunstancia de que debido a la facilidad de realizar reproducciones a muy bajo costo, el autor se vea desincentivado de generar productos intelectuales valiosos para la sociedad, puesto que sería muy costoso para él desarrollar su obra, costo que no podría recuperar, de no tener sobre ella el derecho exclusivo que mencionábamos anteriormente⁴⁴.

A su turno, la concepción laborista encuentra su justificación en las ideas de JOHN LOCKE, conforme las cuales se sostiene que al realizar un trabajo sobre recursos que no pertenecen a nadie o que en su defecto pertenecen a todos en general, se tiene un derecho de propiedad natural sobre los frutos de ese esfuerzo, y el Estado debe respetar y hacer valer esos derechos⁴⁵.

Por su parte, la teoría personalista sostiene que hay un vínculo intrínseco entre el autor y su creación, puesto que esta última refleja la personalidad de aquel. Está basada en la concepción hegeliana de propiedad, según la cual esta se adquiere cuando se da la unión entre la voluntad individual y algún objeto exterior al ser⁴⁶ (esta es la teoría que, de manera prácticamente uniforme, prevalece en nuestro sistema jurídico, como lo anotamos anteriormente, y la que menor acogida ha tenido en el *Common Law*).

Finalmente, la cuarta aproximación tiene que ver con la llamada "teoría de la planificación social"⁴⁷, la cual sostiene que los derechos de propiedad en general y la propiedad intelectual en particular deben desarrollarse buscando el logro de una cultura "justa y atractiva"⁴⁸. Como lo dice Pérez:

*"... [La teoría de la planificación social] [e]s una teoría ecléctica que se encuentra a medio camino entre la escuela de los derechos de propiedad privada de la personalidad y la escuela utilitarista. Su fin fundamental es promover una visión de cultura justa y atractiva para la sociedad, lo que se logra a través de la aplicación de técnicas de discriminación de precios para que más consumidores, con independencia de sus limitaciones financieras, puedan tener acceso a los bienes intelectuales y limitando la duración del derecho exclusivo con la finalidad de que las creaciones intelectuales puedan caer más rápidamente en el dominio público"*⁴⁹.

Como se puede verificar, más allá de la teoría personalista, en el marco de la tradición del *Common Law* es difícilmente encuadrable una concepción del derecho moral de autor análogo al de los países de tradición del *Civil Law*; sin embargo, ello no significa que no

al análisis económico de los derechos de autor", en *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*. Diciembre, 2007, n.º 28.

44 Lo anterior se inspira en el análisis económico del derecho del *copyright* por parte de William Landes y Richard Posner, expuesto por Fisher.

45 Para un desarrollo más profundo del tema, consúltese FISHER. Op. cit. y HUGHES. Op. cit.

46 COTTER. Op. cit.

47 FISHER. Op. cit., p. 8.

48 *Ibidem*. pp. 6 y ss.

49 PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, ANA MARÍA. "Perspectivas económicas", en METKE MÉNDEZ, RICARDO (coord.). *Propiedad Intelectual: Reflexiones*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2012, p. 399.

pueda construirse una aproximación propia referente a los derechos morales, la cual, en todo caso, difiere sustancialmente de la propia de sistemas jurídicos como el nuestro.

1.3.1. *Del derecho moral de autor en el marco del Common Law*

Recordemos que para la doctrina del Derecho continental europeo, el autor tiene, además de los derechos patrimoniales, unos derechos considerados como inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y perpetuos, sin que esto genere ninguna clase de controversia dentro del sistema.

En cambio, en el sistema del *Common Law*, y en particular en los Estados Unidos, la implementación de los derechos morales de autor no ha sido nada pacífica. En efecto, para los países de esta tradición jurídica, las cuestiones relativas a la protección de los derechos de autor frente a violaciones relacionadas con su contenido no patrimonial eran solucionadas anteriormente por los jueces, dando aplicación a las teorías sobre difamación y competencia desleal⁵⁰. Incluso, para efectos ilustrativos, vale decir que para la década de los 70, la doctrina del *Common Law* mencionaba que en este ámbito "... el derecho moral del artista y en particular el componente conocido como el derecho a la integridad de la obra de arte, simplemente no existe en nuestro derecho"⁵¹.

No obstante, este panorama empezó a cambiar en la década de los 80, particularmente con la adopción de regulaciones estatales que, de alguna manera, intentaban otorgar protección en términos de un derecho de atribución (o de paternidad) y un derecho de integridad. La primera de estas regulaciones fue la *California Art Preservation Act* de 1979 y le siguió la denominada *Artists Authorships Rights Act* del Estado de Nueva York. Estos antecedentes se vieron consolidados luego de la adhesión y posterior ratificación por parte de Estados Unidos al Convenio de Berna⁵², hacia el año de 1988, y su posterior implementación, mediante una norma de carácter federal denominada *Visual Artists Rights Act*, algo así como Ley de protección de los derechos de los artistas visuales (en adelante VARA, por sus siglas en inglés), que se dio en el año de 1990 y que modificó el *Copyright Act* de 1976, en el entendido de otorgar la protección que según el artículo 6 bis del Convenio de Berna, recientemente suscrito, debía otorgarse a los derechos morales de autor⁵³.

Al respecto, debemos mencionar que el espectro de protección que trajo VARA⁵⁴ se limitó al mínimo necesario para dar cumplimiento al tratado en mención, ya que, como

50 Cfr. COTTER. Op. cit., Para Posner y Landes, además, la protección otorgada por el *copyright* es en muchos casos suficiente para proteger los intereses del autor sin necesidad de acudir a la protección dada a los derechos morales. Cfr. LANDES, WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A. *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press, 2003, p. 276.

51 MERRYMAN, JOHN HENRY. "The refrigerator of Bernard Buffet", en 27 *Hastings L.J.* 1023, 1976. Citado por COTTER. Op. cit.

52 Cfr. HEINEMANN, ANDREAS. Op. cit.

53 Véase supra, sección 1.1.3.

54 Para una visión del impacto económico de VARA, véase LANDES, WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A. Op. cit., pp. 276 y ss.

primera medida, solo es aplicable a los trabajos de arte visual, dejando de lado a los trabajos literarios, cinematográficos y en especial a los trabajos hechos por encargo⁵⁵.

Dentro de este espectro, encontramos el reconocimiento de derechos de atribución (o paternidad) y de integridad⁵⁶. De igual manera, destaca que para gozar de la protección contra la destrucción de que trata esta "Ley", debe tratarse de obras de "reconocida altura" (*recognized stature*), lo que abre la puerta a múltiples interpretaciones, dejando en manos de los jueces proveer de contenido este concepto, lo que no sucede en el ámbito continental europeo.

Adicionalmente, se destaca una potestad que se le otorga al autor, que choca con la idea que tenemos a nivel local, y es la que le permite renunciar a dichos derechos⁵⁷, renuncia que si bien está sometida a ciertas condiciones, como otorgarse por escrito, es una puerta de entrada a que, en la práctica, se dé el mismo resultado que si se permitiera transferirlos.

Si unimos lo anterior al hecho de que la duración de los derechos morales otorgados, en algunos casos, acaba con la muerte del autor (lo que contradice la idea de perpetuidad de nuestro ordenamiento) y a esto le sumamos su estrecho margen de aplicación⁵⁸, tenemos que concluir que si bien existen los derechos morales de autor bajo la concepción del sistema jurídico del *Common Law*, se encuentran ampliamente minimizados y, por lo tanto, permiten, bajo ciertas circunstancias, su desconocimiento por parte de los mismos autores, mediando su voluntad.

Ahora, al margen de la breve aproximación a lo que se concibe como los derechos morales de autor en cada sistema de tradición jurídica⁵⁹, resulta menester abordar la manera como se realizan *de facto* operaciones o se dan situaciones en las que se desconoce uno de los atributos considerados como esenciales, de acuerdo con la justificación que

55 Para una perspectiva más amplia y un desarrollo del tema de los derechos morales de autor a la luz de los contratos por encargo, véase CREAMER FIELKOW, COLLEEN. "Clashing rights under United States copyright law: Harmonizing an employer's economic right with the artist-employee's moral rights in a work made for hire", en *7 DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 218. Spring, 1997. Quien además nos pone de presente que el artículo 6 bis del Convenio de Berna no contempla si se trata de derechos alienables o renunciabiles.

56 Dentro de los primeros, encontramos el derecho a que sea reconocida la autoría sobre una obra y prevenir el uso de su nombre como autor de una obra que no fue creada por el autor. Dentro de los segundos, el derecho a prevenir cualquier distorsión, mutilación o cualquier modificación que pueda perjudicar su honor o reputación (ver 17 USC § 106A - Rights of certain authors to attribution and integrity) [Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A>]

57 Véase 17 USC § 106A, *infra*. subsección (e).

58 Recordemos que se excluyen expresamente los trabajos literarios, por lo que la regulación para estos se sigue manejando desde la perspectiva del *copyright*, haciendo, por tanto, inexistentes los derechos morales de autor para escritores y demás. Además, tengamos presente que la concepción y condición de autor en estos casos ni si quiera está atada a tratarse de una persona natural.

59 Para una visión mucho más amplia, véase RIGAMONTI, CYRILL P. "The conceptual transformation of moral rights", en *55 American Journal of Comparative Law* 67, 2007. Quien además llega a la conclusión de que la inserción de la concepción de derecho moral del sistema europeo continental en el del *Common Law* ha tenido efectos contraproducentes.

tenemos de estos derechos: su inalienabilidad. Veremos, en especial, que esto se hace evidente tratándose del derecho de paternidad, lo que no obstante tiene consecuencias en los demás derechos, puesto que ellos recaen en la persona a la que se atribuye la calidad de autor y, por lo tanto, siguen la suerte del mencionado derecho de paternidad.

2. LOS DERECHOS MORALES EN LA PRÁCTICA

Si bien es cierto hemos hecho un esbozo de las teorías justificativas de los derechos de autor en general y de los derechos morales en particular, consideramos pertinente rastrear en la realidad algunas situaciones que se presentan y en las que se observa cierta diferencia respecto de las pretensiones del Derecho de cara al derecho –moral– de autor. Esta descripción, a su vez, nos permitirá dar aplicación a algunas herramientas del Análisis Económico del Derecho, caracterizado por analizar las normas en un contexto de realidad⁶⁰ que facilita una comprensión más objetiva de las situaciones jurídicas.

Anticipadamente, vale citar algunas situaciones recogidas por Posner⁶¹ en una obra dedicada específicamente al plagio. Concretamente, el autor propone una definición de lo que debemos entender por esta práctica, en los siguientes términos:

“El plagio es una especie de fraude intelectual. Consiste en la copia no autorizada que la persona que copia anuncia (bien sea de manera explícita o implícita y bien sea deliberada o descuidadamente) ser original y cuyo reclamo hace que la audiencia de dicha persona [verbigracia sus potenciales lectores] se comporte de manera distinta a como lo haría si supiera la verdad”⁶² (traducción propia).

Seguidamente, el autor plantea una serie de casos en los que se evidencia la dificultad del manejo de los derechos morales de autor⁶³ en la práctica, en especial en lo que tiene que ver con su “supuesta” inalienabilidad⁶⁴, y que perfectamente pueden tener ocurrencia en el ámbito local, y que vamos a complementar con otras situaciones de común ocurrencia y público conocimiento, tratando siempre, de darles aplicación al caso colombiano. Esto nos permitirá elaborar un catálogo de situaciones que, en términos generales, podría describirse así:

60 En este mismo sentido, véase PÉREZ GÓMEZ TETREL. Op. cit.

61 POSNER, RICHARD A. *The Little Book of Plagiarism*. EE. UU.: Pantheon Books, 2007.

62 Ibid., p. 106 “Plagiarism is a species of intellectual fraud. It consists of unauthorized copying that the copier claims (whether explicitly or implicitly, and whether deliberately or carelessly) is original with him and the claim causes the copier’s audience to behave otherwise than it would if it knew the truth”.

63 Recordemos que, para nosotros, el plagio consiste en una violación a los derechos morales de autor.

64 Para una discusión acerca de la inalienabilidad como elemento controversial, cfr. RIGAMONTI, CYRILL P. “Deconstructing Moral Rights”, en *Harvard International Law Journal* 47, Issue 2, Summer, 2006, p. 9.

2.1. Catálogo de situaciones

2.1.1. *Ghost writers*⁶⁵

En primera medida, Posner⁶⁶ pone de presente la situación (quizá más significativa del fenómeno de "alienabilidad" de derechos morales) que se presenta cuando una persona escribe un libro para que otra persona se lo apropie y lo haga aparecer como suyo. A esto se le ha dado el nombre de *ghost writer*, o escritor fantasma. Recibe esta denominación, eventualmente, por el hecho de que una vez cumplida su labor, quien se denomina públicamente como autor no quiere volver a ver al auténtico autor.

Esta situación se presenta cuando quien figura como el autor nominal no es necesariamente la persona que materialmente se tomó el trabajo de escribir el libro. Estos casos abundan en la práctica e incluyen desde biografías de personalidades reconocidas⁶⁷, libros que hacen parte de colecciones manejadas por una casa editorial y en los que no se hace claridad de la autoría de estos, textos escolares, hasta libros cuyo autor ha fallecido hace tiempo y lo que se hace es realizar modificaciones o actualizaciones y, sin embargo, se sigue atribuyendo la autoría bajo su nombre⁶⁸.

En el caso colombiano, tenemos varios ejemplos de ello, entre ellos, los libros que han resultado de situaciones mediáticas, bien por lo trágicas, como es el caso de los secuestrados, bien por los involucrados, como en el caso de Dania Londoño y el escándalo de los agentes de la DEA en la ciudad de Cartagena en el año 2012.

Libros como *Mi fuga hacia la libertad*, de John Pinchao, *Cautiva*, de Clara Rojas, o *No hay silencio que no termine*, de Ingrid Betancourt, se limitan, en el mejor de los casos, a agradecer a determinadas personas por sus aportes a estos, sin reconocer explícitamente alguna clase de coautoría⁶⁹.

De igual manera, títulos como *La palabra bajo fuego*, de Andrés Pastrana⁷⁰, o *No hay causa perdida*, de Álvaro Uribe Vélez, por mencionar algunos solamente, nos hacen pensar en la posibilidad de que, en algunos casos, no simplemente como colaboradores, sino como verdaderos autores, algunas personas aportaron, en mayor o menor medida, con

65 Los títulos mencionados y la información correspondiente a la autoría de estos fue extraída del catálogo virtual del portal Web Amazon. [Disponible en: http://www.amazon.com/books-used-books-textbooks/b/ref=topnav_storetab_b?ie=UTF8&node=283155]

66 POSNER. Op cit.

67 POSNER. Op. cit., nos trae la historia del libro *It takes a village*, de Hillary Clinton, el cual no da reconocimiento a la persona que en buena medida lo elaboró.

68 Esto no es extraño en nuestro medio, en donde es común encontrar ediciones contemporáneas de tratados o libros de derecho en general cuyos autores ya han fallecido tiempo atrás.

69 A diferencia de estos, en el libro titulado *7 años secuestrado por las FARC*, que cuenta la historia del cautiverio de Luis Eladio Pérez, aparece el reconocimiento respectivo a Darío Arizmendi, lo mismo sucede en el caso del libro de Dania Londoño, *Room service*.

70 En este caso, en los agradecimientos se menciona a Camilo Gómez como alguien sin cuya colaboración no hubiera sido posible la realización del libro.

la escritura material de los libros, si bien bajo la dirección y con la información suministrada por quienes aparecen como autores nominalmente⁷¹.

En este mismo orden, también podemos contemplar el caso en el que una persona, con cierto talento creador, pero con escaso reconocimiento, acuda a un autor reputado con el fin de venderle más que su idea, una obra en sí misma, para que sea este último quien lo publique bajo su nombre y se repartan las utilidades de la manera convenida, quedando ambos satisfechos⁷².

2.1.2. *De los jueces y entidades públicas en general*

Encontramos también el caso en el que los jueces, a la hora de emitir sus providencias, probablemente no las hayan escrito ellos mismos, tanto si se trata de una pequeña parte o de un escrito de una dimensión mucho mayor, puesto que esto es tarea de sus auxiliares, a quienes se les paga para ello. No obstante, en nuestro país, las providencias generalmente van atadas a una corporación y no hay un criterio que facilite identificarlas como pertenecientes a un juez en particular, salvo tal vez la acostumbrada expresión "Magistrado Ponente", por lo que no se le da excesiva importancia a este tema. Lo anterior aplica de igual manera a todos los empleados públicos que deban emitir actos administrativos, conceptos o documentos en general. Se presentan situaciones en las que los derechos morales (pensemos que siempre hay algo de la esencia de las personas imprimida en los escritos que hacen) se radican en cabeza de personas diferentes a sus "verdaderos" autores. Esto, con la salvedad que hicimos al indicar que normalmente las atribuciones de autoría se dan respecto del juzgado, tribunal, corte o entidad respectiva.

2.1.3. *Del sector privado*

También, fuera del ámbito de los poderes públicos, encontramos que en el ámbito privado se presentan situaciones similares, pudiendo ser plausible el caso común en el que un abogado⁷³ muy reconocido, que al gozar de cierta reputación, se dedica a brindar asesorías y conceptos a diferentes clientes, y que para ello encomienda y se vale de abogados menos reconocidos, con el fin de que sean estos últimos los encargados de elaborar los documentos solicitados por los clientes, pero que, en todo caso, es aquel quien se presenta —a través de su firma— como el autor del documento, ello para obtener una ganancia económica basada principalmente en la expectativa del cliente de que, al provenir de quien aparece como su autor, se trate de una tarea bien elaborada.

71 Para casos célebres en Estados Unidos, véase POSNER. Op. cit.

72 No es descabellado que esto suceda en la práctica, y sin embargo, en la teoría, dichos contratos no tienen justificación alguna. Un ejemplo similar, si bien no del todo exacto con el planteado, lo encontramos en la película *The words*, del año 2012, donde se nos cuenta la historia de un joven escritor que encuentra un manuscrito y lo publica como suyo.

73 Esto solo a manera de ejemplo, puesto que aplica igualmente tratándose de cualquier profesión de carácter liberal, e incluso en carreras técnicas y tecnológicas.

Frente a estas situaciones, respecto de las anteriores, se presenta una mayor gravedad en la "violación" de los derechos morales, puesto que la autoría va a recaer realmente sobre alguien que no fue la persona que realizó materialmente la labor intelectual que derivó en los conceptos o en los escritos y no hay ningún tipo de aliciente, como podría ser, en el caso anterior, el hecho de que se trata del ejercicio de una función pública.

2.1.4. De los talleres de arte

Por otro lado, encontramos el caso de los talleres de arte en los cuales un artista principal, bien sea por su experiencia o reconocimiento, hace las veces de maestro de aprendices, y en el que algunas veces estos últimos realizan pequeños aportes o trabajos a nombre de aquel. Incluso, puede darse el caso en el que el maestro firme las obras de sus estudiantes más destacados como suyas, atribuyéndose entonces la autoría y, de paso, "mejorando la condición de la obra"⁷⁴.

Respecto de estos casos, es de anotar que es posible que en la práctica ocurran situaciones en las que quien firma un cuadro no sea quien lo pintó, en virtud de alguna relación de subordinación o de un acuerdo de voluntades entre las partes, como en el caso de los escritores a los que hacíamos mención a manera de hipótesis en el subnumeral correspondiente.

2.1.5. De los centros de estudio y producción intelectual (laboratorios, universidades, etc.)

Otro caso destacable es el relacionado con los centros de estudio y producción intelectual, que bien pueden consistir en laboratorios o universidades, y en los que se dan situaciones en las que las investigaciones realizadas por los asistentes, en un grupo de trabajo, se presentan bajo la autoría del director del grupo, que suele ser una persona con más estudios en el área, aun cuando no haya participado directamente de los hallazgos e informes realizados por sus pupilos.

Tratándose de estos casos, tendríamos que decir que se está desconociendo de manera en ocasiones absoluta la participación, en algunos casos principal, de los verdaderos autores de las investigaciones.

2.1.6. De los discursos

Otro ejemplo pertinente es el de los discursos pronunciados en público, generalmente de contenido político, en los cuales, si bien el público al que van dirigidos no pretende, y por lo demás no tiene una expectativa de que se trate de discursos originales, sí suelen hacerse atribuciones de autoría a las personas que los pronuncian, mas no a quienes

74 POSNER. Op. cit., p. 98, nos pone de presente el caso del taller de Paul Rubens, en el que sus dependientes realizaban gran parte del trabajo bajo su supervisión. Este autor también menciona el caso de Rembrandt. Un caso similar, tratándose de Renoir, es expuesto por EDELMAN. Op. cit., p. 17.

realmente redactan el discurso, quienes en ocasiones son personas diferentes a aquellas que los presentan públicamente.

Si bien casos como el de los discursos⁷⁵, en principio, no adquieren una relevancia igual a la de los casos anteriormente mencionados, bajo el entendido de que las más de las veces pasan desapercibidos, esto no deja de generar una violación *estricto sensu* a los derechos de autor, pues estos no hacen distinciones de género ni valoraciones estéticas de la obra, siendo su principal objetivo proteger a los autores, concediéndoles derechos sobre los soportes que expresan sus ideas.

2.1.7. *De otros casos*

Del mismo modo, es factible concebir el caso de las creaciones en el ámbito de las tecnologías de la información y, más específicamente, el caso de las redes sociales tipo *Twitter* o *Facebook*. Específicamente, en estas redes resaltan las figuras públicas, quienes se expresan en ellas en ocasiones directamente, pero en otras mediante administradores de contenidos, que son personas que manejan sus relaciones públicas. No obstante, en estos casos, la autoría de la idea plasmada en la red se le reconoce a la figura pública, mas no a los individuos que elaboran materialmente los mensajes.

Finalmente, puede haber un sinnúmero de casos en los cuales una persona adquiere obras hechas por distintas personas: escultores, pintores, carpinteros, ebanistas, publicistas, etc. Imaginemos la situación en la que con fundamento en el respeto a su dignidad, honor o reputación, esos eventuales autores pudiesen oponerse a determinados usos o acomodaciones.

Estos casos, si bien bastante más alejados de lo que podría ser una clara y flagrante violación a los derechos morales de autor (puesto que se trata de creaciones cuya condición de obras no es pacífica), permiten dibujar una idea de que el espectro de protección otorgado no puede ser ilimitado y la protección otorgada a los autores debe ir de la mano de las expectativas de los adquirentes de las obras, de manera que se logre un equilibrio.

Con todo, estos casos evidencian la manera como, en la práctica, se desdibuja la concepción del derecho moral del "auténtico" autor como si se tratase efectivamente de una extensión de la personalidad de este último.

Así, como se indicó en la sección 1.2, es claro que de acuerdo con la justificación tradicional del derecho moral de autor, las emanaciones de la personalidad merecen la misma protección que la persona misma; sin embargo, conforme los casos mencionados, se abre la puerta a la discusión de hasta qué punto vale insistir en la concepción tradicional del derecho moral de autor y hasta qué punto esta concepción brinda una auténtica protección de los derechos morales.

Habiendo finalizado la mención y explicación de los casos más relevantes para nuestro estudio y habiendo puesto de presente las dificultades que pueden generarse de acuerdo con la justificación de los derechos morales de autor bajo un paradigma personalista, se

75 Para una ilustración más completa acerca de estos casos en Estados Unidos, véase POSNER. Op. cit.

abre espacio la pregunta acerca de la necesidad de continuar defendiendo tal concepción. Para estos efectos, en la sección que prosigue, abordaremos tal cuestión desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, concretamente bajo el esquema propuesto por Guido Calabresi y A. Douglas Melamed en su artículo *"Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral"*. En especial, en lo que hace referencia a la inalienabilidad en la reglamentación de los derechos de propiedad.

3. UNA BREVE PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Teniendo como trasfondo lo indicado en las secciones precedentes, y previo a analizar la inalienabilidad de los derechos morales desde la perspectiva del AED, es preciso enunciar, de manera muy general, algunos de los presupuestos básicos de esta perspectiva. Primero, debemos entender aquel como:

*"una aplicación de conceptos y supuestos de la teoría económica al comportamiento del individuo frente a un sistema legal, con el objetivo de incentivar o desincentivar conductas determinadas en donde se logren de la manera más eficiente posible las metas trazadas por un individuo, la sociedad o el Estado"*⁷⁶.

En términos más sencillos, se trata de aplicar métodos pertenecientes originalmente a la ciencia económica para el estudio de temas jurídicos. Se trata, ante todo, de una herramienta metodológica que permite una aproximación diferente con un enfoque propio y que busca, ante todo, una "visión incluyente"⁷⁷.

Así pues, es necesario partir de ciertos elementos. Como primera medida, debemos aceptar el presupuesto de que el hombre actúa como un ser racional, maximizador de beneficios, que toma sus decisiones de acuerdo con los incentivos que estén presentes incluso en las normas jurídicas. Adicionalmente, debemos tener en cuenta "... la concepción del sistema legal como un mercado en donde los agentes se comportan de manera estratégica"⁷⁸.

Ahora, uno de los objetos de estudio del AED es el tema de los derechos de propiedad, entendiendo por estos: "El conjunto de derechos que describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad: la medida en que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad"⁷⁹.

76 PINZÓN CAMARGO, MARIO A. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 28, haciendo referencia y resumiendo las definiciones dadas por Richard Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen y Mauricio Rubio.

77 *Ibid.*, p. 31. Para una aproximación mucho más completa, se sugiere la lectura del primer capítulo del autor en mención.

78 Véase PINZÓN. *Op. cit.*, pp. 36 ss.

79 COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 104, citado por PINZÓN. *Op. cit.*, p. 38.

Es en este marco –los derechos de propiedad, en el sentido en que es comprendido desde la perspectiva del AED– en donde se centra el esquema de análisis propuesto por Calabresi y Melamed⁸⁰, si bien desde un enfoque normativo.

En concreto, el autor plantea que para evitar que en la práctica se dé la supervivencia del más fuerte –*might makes right*–, es necesario que haya cierto nivel de intervención estatal; al haber intereses individuales en conflicto, es necesario escoger a cuál de estos se le dará prelación. Es aquí donde surge el problema de las asignaciones iniciales de los derechos, a los que el autor denomina como titularidades (*entitlements*).

En este punto se nos proponen tres criterios para realizar tal asignación. El primero de ellos consiste en la eficiencia económica y hace referencia a un óptimo paretiano en el que lo que se ha de lograr es un punto en donde mejore la situación de la mayor cantidad de personas, sin desmejorar las condiciones de las restantes.

El segundo criterio habla de los objetivos de distribución, que hacen referencia a las prioridades que cada sociedad⁸¹ tiene, y con los que se busca la mejor manera de distribuir la riqueza y, en ocasiones, la adjudicación de los denominados bienes de mérito.

Finalmente, se habla del criterio subsidiario de "*otras razones de justicia*", que incluye todas aquellas que, por una u otra razón, no permiten una justificación razonable desde ninguno de los dos primeros criterios.

Con posterioridad, el autor nos habla de tres formas en las que se puede dar la protección de las asignaciones mencionadas. La primera de ellas es mediante titularidades protegidas con una regla de propiedad, que tienen aplicación bajo el principio de que son las personas las que mejor saben lo que más les conviene para sí mismas. Bajo este tipo de reglas, se deja a la negociación de las voluntades de las partes, esto es, al mercado, la determinación del valor de la reasignación o remoción por parte de un tercero de las titularidades asignadas originalmente por el Derecho.

La segunda opción corresponde a la protección de la titularidad bajo una regla de responsabilidad. Esta regla se aplica en aquellos eventos en los que se hace imposible o inconveniente una negociación sobre los derechos de propiedad. Bajo esta regla, podemos encontrar casos como los relacionados con los accidentes, en los que, aunque teóricamente sería factible que existiese una negociación entre víctimas y victimarios acerca del valor de la reasignación o remoción de la titularidad protegida, dados los costos de transacción, dicha negociación es fácticamente imposible. Por tanto, en estos casos, el valor de tal remoción de la titularidad es determinado por el colectivo y no por el mercado.

Finalmente, es en la tercera forma donde encontraremos aquellas titularidades protegidas mediante reglas de inalienabilidad. Este tipo de reglas se aplican a aquellos casos en los que se considera que de permitirse una transacción, se generaría un resultado ineficiente. En otras palabras, la ley no solo decide quién debe poseer qué, ni el precio que se ha de pagar en caso de que se destruya, sino que se regula la venta misma (limi-

80 CALABRESI, GUIDO y MELAMED, A. DOUGLAS. "Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral", en *85 Harv. L. Rev.* 1089, 1972.

81 Aquí caben consideraciones como la igualdad y la equidad.

tándose o prohibiendo su negociación). Es con base en este punto que desarrollaremos el tema, unido a todo lo que habíamos mencionado acerca de los derechos morales de autor y su carácter de inalienables.

Sobre el particular, los autores nos dan una serie de razones bajo las cuales se justifica la inalienabilidad de los derechos de propiedad.

En primer lugar, una titularidad debiera estar protegida por una regla de inalienabilidad, cuando en la hipotética transacción se presenta una externalidad expresada como costos para terceros, bajo dos condiciones a saber: (i) que la externalidad no se preste para algún tipo de valoración por parte del colectivo objetivamente aceptable, y (ii) cuando aun en el caso en que dicha valoración fuese plausible, ningún individuo estaría dispuesto a pagarla, por lo que pretender hacer tal valoración no tendría sentido económico.

Sobre la primera condición, vale decir, los autores aluden a la categoría "moralismos", y plantean el caso de un tercero sensible, para quien la negociación tendría un costo para sí, no necesariamente calculable en dinero, por lo que esto, sumado a que son muchos los terceros, sugeriría la pertinencia, incluso por razones de eficiencia, de hacer inalienable la titularidad. El ejemplo que usa el esquema propuesto en este caso es el de la persona que quiere venderse como esclava o vender un riñón. En este caso, teniendo en cuenta la visión de cada sociedad, se optará por permitirlo y, de esta manera, ignorar el sufrimiento del tercero, o en su lugar por prohibir tal negociación. Se nos pone de presente que no cualquier moralismo tiene la virtualidad de hacer la venta imposible, puesto que habrá que ver, en cada caso, qué tan significativo es este y qué tan representativo.

Más adelante, encontramos otras dos justificaciones acerca de la pertinencia de proteger una titularidad con una regla de inalienabilidad que deja de lado la consideración frente a externalidades, puesto que no se mira el daño causado al tercero, sino la posición en la que se encuentra la persona a la que se le "prohíbe" la negociación.

La primera de estas justificaciones es la denominada como autopaternalismo, conforme la cual se permite a los individuos determinar *ex-ante* qué es lo que más les conviene para sí mismos, en una visión que prefiere al largo sobre el corto plazo. Conforme a esta justificación, se soportan medidas tales como la invalidación de contratos celebrados en estado de embriaguez o bajo coerción o amenaza.

La última justificación relativa a protección de titularidades bajo una regla de inalienabilidad recibe el nombre de verdadero paternalismo, y se explica en el hecho de que existen casos en los que resulta claro que un tercero sabe mejor que la persona directamente involucrada qué es lo que más le conviene a esta última. Es el caso de las personas menores de edad y las restricciones a las que se ven sometidas por su supuesto estado de inmadurez.

Una última consideración –de tipo distributivo– pone de presente que cuando se da preferencia por la regla de la inalienabilidad, se está haciendo más pobres a los que tienen la habilidad de fabricar el bien inalienable. El autor pone el ejemplo de la venta de bebés, en la que las personas con la facilidad de tener muchos hijos a bajo costo se empobrecen por esta regla, mientras que las personas que no pueden tener hijos, y que en

virtud de esta regla los obtienen gratuitamente, se enriquecen. Adicionalmente, menciona que lo importante es que haya un grupo que saque algún provecho de la prohibición.

Ahora bien, haciendo una síntesis de las razones dadas para que una regla de inalienabilidad tenga preferencia sobre una de propiedad o una de responsabilidad, tenemos que las primeras dos guardan relación con el tema de las externalidades, la tercera trata del autopaternalismo, la cuarta involucra el "verdadero paternalismo" y la quinta se relaciona con los efectos distributivos del tipo de protección.

Las primeras dos se explican debido a que, en primer lugar, el número de terceros afectados por la externalidad es elevado, además de incierto; en segundo lugar, por la presencia de individuos denominados *freeriders* o "gorreros" y de costos de información a este respecto. Los costos son tan altos que una negociación en este sentido no se daría. Adicionalmente, tratándose de externalidades denominadas "moralismos", al depender estos de la subjetividad de los sujetos, no es posible medir sus costos de una manera objetivamente aceptable y que no sea arbitraria, por lo que la solución más eficiente sería simplemente prohibir este tipo de transacciones.

Sobre el tema del autopaternalismo, esta restricción se justifica en la medida en que se presenten situaciones en las que sea preferible dicha restricción en el momento actual, previendo un resultado más eficiente en el futuro, no obstante se limite el ámbito de discrecionalidad y de autorregulación. Este puede tener sentido en situaciones en las que se requiere de ciertas condiciones preexistentes para otorgar validez a una negociación sobre una asignación.

El verdadero paternalismo se justifica en aquellas situaciones en las que se parte del supuesto en que por ciertas condiciones especiales, como la inexperiencia o la minoría de edad, los terceros tienen una mejor perspectiva de lo que va a ser mejor para el individuo, a quien se le quita la oportunidad de decidir por sí mismo lo que será mejor para él.

Finalmente, las consideraciones de tipo distributivo se justifican de una manera diferente a las consideraciones de eficiencia, ello en la medida que según los mismos autores, incluso, la optimalidad paretiana se considera "óptima", dada cierta distribución particular de la riqueza; de suerte que diferentes tipos de distribución de las titularidades determinan, a su vez, diferentes óptimos paretianos. También, vale decir, las consideraciones de tipo distributivo exhiben un problema ajeno a aquellas de tipo eficientista. En concreto, estas consideraciones dependen de las preferencias de cada sociedad y, por tanto, no pueden ser discutidas bajo un único marco conceptual.

Con todo, pasemos ahora a encajar este tema en el caso concreto de los derechos morales de autor, con el fin de comprobar que (i) su protección mediante reglas de inalienabilidad no es la más eficiente, pudiendo ser preferible que (ii) esta se dé mediante reglas de propiedad y, de manera subsidiaria, por reglas de responsabilidad.

Para efectos, empecemos por analizar las razones relativas al tema de las externalidades. En este caso, vemos cómo en los casos planteados por Calabresi y Melamed en este ámbito (*vgr.* el individuo que se esclaviza, o aquel que vende su hígado y muere), los moralismos hacen referencia a efectos que dichas transacciones tienen frente a terceros que no participan estrictamente en la transacción. Tomemos como ejemplo la afectación

—el dolor, el reproche, la intranquilidad— que genera en este tercero tener que soportar ser testigo de cómo otro individuo es esclavizado. De igual manera, podemos pensar en casos en los que el individuo se someta voluntariamente a tratos degradantes o indignos, como puede ser el caso conocido de los enanos que son contratados para ser lanzados por un cañón, para diversión de los asistentes a un sitio de reuniones sociales o el caso de la persona que se ofrece para ser devorada por otra.

Una circunstancia común a todos estos casos (citados por los propios autores) en los que los “moralismos” surgen es que, en ellos, el individuo está efectuando transacciones sobre sí mismo, sobre su cuerpo y no sobre objetos materiales o inmateriales generados por su propio trabajo⁸². En este sentido, no parece concebible que se genere algún tipo de externalidad por el hecho de que un autor efectúe transacciones sobre sus derechos morales de autor. De hecho, de los casos citados en la sección 2 de este trabajo (por ejemplo el caso del *ghost writer*), se infiere que las transacciones sobre los derechos morales no son rechazadas por generar algún tipo de externalidad en sí misma, sino por el hecho de que, ante el público, estas transacciones se realicen de manera no transparente⁸³, de suerte que si la negociación fuese conocida por el público, no habría razón para que esta genere rechazo o reproche social, puesto que los únicos afectados directamente serían las partes contratantes.

Quizá este argumento enmascara el hecho de que es bien discutible la concepción de los derechos morales como una extensión intrínseca de la persona humana, como un atributo de la personalidad, equiparable a circunstancias tales como el nombre, la nacionalidad, el estado civil, etc.

En efecto, como lo mencionamos en la sección primera (citando a Edelman), la justificación principal de la inalienabilidad de los derechos morales de autor se basa en la afirmación de que esta forma de protección otorgada deriva de la concepción de la obra como una extensión de la personalidad, es decir, que en la obra como tal, su autor ha incorporado parte de sí y que, por tanto, dado este vínculo entre autor y obra, entonces por ello, esta no puede venderse incluyendo el rompimiento de tal vínculo.

Sobre este argumento, consideramos que este es cuestionable por incompleto. En efecto, la razón expuesta por Edelman de por qué el derecho moral es inalienable está basada en la siguiente estructura: (i) dado que en la obra se encuentra incorporada parte del autor y que, por tanto, (ii) la personalidad del autor se liga con aquella, entonces (iii) el derecho de autor incluye un segmento inalienable.

Reformulando el argumento, se puede decir que, según la doctrina, “el derecho de autor incluye un segmento inalienable (consecuente), porque en la obra se incorpora parte de la personalidad del autor (premisa)”. Si ello es así, la argumentación adolece

82 No parece que se genere ningún tipo de moralismo en el hecho de que una persona “venda”, a través de un contrato laboral, su capacidad de producción.

83 Trayendo a colación el caso de Hillary Clinton, lo que concluimos es que la polémica surgió por la falta de reconocimiento a Barbara Feinman, profesora de periodismo en la Universidad de Georgetown, y quien en buena medida se encargó de la redacción del libro, esto por cuanto la señora Clinton, públicamente, se atribuía la elaboración de todo el texto.

de varios problemas: (i) por un lado, que en realidad el "consecuente" no se deriva necesariamente de la "premisa", simplemente la está reafirmando, en el sentido que todo aquello que emane de la personalidad de un autor es inalienable *per se*, lo que, de paso, llevaría entonces a afirmar que, bajo el mismo rasero, todo cuanto emane de la personalidad merecería una protección similar, lo que no sucede; (ii) por otro lado, detrás de la estructura argumentativa se "esconde" otra premisa que apunta precisamente a la razón, el "fundamento" que justifica que aquellas cosas que emanan de la personalidad –del autor– resultan *per se* inalienables, y es en este punto en donde la doctrina no ofrece un argumento diferente a la misma premisa de la cual parte.

Lo anterior también pone de presente un problema en la definición de qué es lo que realmente amerita protección, puesto que es evidente que no puede tratarse de una protección ilimitada (en el sentido de la prohibición de transar este tipo de propiedad), es decir, no puede aplicarse como regla general la consideración de que todo lo que emane de la personalidad de un individuo quede impregnado de ella, al punto de restringir las transacciones sobre todos los bienes que cumplan con la condición mencionada. En este ámbito, la justificación no ofrece una verdadera respuesta del porqué proteger estos derechos con una regla de inalienabilidad.

Por otro lado, cabe recalcar que, desde el punto de vista teórico, se indicó en su momento que la inalienabilidad del derecho, *stricto sensu*, alude al hecho de prohibirse que otro individuo ocupe la cualidad del autor; en sentido amplio, la inalienabilidad incluye además la imposibilidad de renunciar a las pretensiones desnaturalizadoras de la obra por parte de un sujeto diferente al autor original. Así las cosas, los problemas prácticos en la aplicación de este enfoque teórico son evidentes. Por un lado, respecto de la inalienabilidad en sentido estricto, los ejemplos presentados en la sección segunda del trabajo evidencian la manera como diferentes personas ocupan posiciones de autores originales sin que se perciba la idea de que tal tipo de acciones estén prohibidas. Por otro lado, en sentido amplio, la irrenunciabilidad de la desnaturalización de la obra es un terreno abundante en matices que van desde el remplazo total de la obra hasta la introducción de ajustes –incluso técnicos– por parte de terceros para que, incluso, la obra tenga mejor presentación. En uno y otro caso, en la práctica, los autores originales renuncian y aceptan que terceros se apropien de su obra o la transformen, sin que realmente contemplen que estas acciones supongan una intromisión a un ámbito que supuestamente les es reservado.

Ahora, no hay que olvidar que otra de las razones esgrimidas por Calabresi y Melamed para preferir la inalienabilidad, en el punto de las externalidades, es la dificultad para establecer los eventuales costos externos asociados a las negociaciones. Para el caso concreto de los derechos de autor, en estricto sentido, estaríamos hablando de aquellos costos que surgirían para los terceros por el hecho de permitirse las transacciones sobre los derechos morales por parte de los autores, debido a tener que soportar ver cómo estos transan con sus derechos morales.

Para demostrar la insuficiencia del argumento como sustento de la inalienabilidad, construyamos un caso que facilite la comprensión de lo que estamos afirmando. Imaginemos que X, el autor, desea, además de vender sus derechos patrimoniales –la explo-

tación económica de su creación—, vender sus derechos morales; en concreto, quiere darle la oportunidad a *Y*, el supuesto comprador, de aparecer como autor y que este tenga el control independiente sobre las modificaciones y alteraciones que se hagan a la obra original. Supongamos que *X* vendería a *Y* la parte de la explotación económica por la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) y que está dispuesto a vender todos los derechos por un valor total de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000), valor que *Y* estaría dispuesto a pagar con tal de evitarse los eventuales problemas que se le podrían presentar en el momento en el que él decida, por ejemplo, adaptar la obra a otro medio o retirarla de circulación o incluso destruirla. Con esto tendríamos que el valor para *X* de sus derechos morales representa un ingreso adicional de doscientos mil pesos (\$200.000) (consideremos que esto es un beneficio neto), valor que bien podríamos considerar como el avalúo que hace el autor de lo que cuestan sus derechos morales.

Ahora, en estricto sentido, el problema de las hipotéticas externalidades que llevarían a sostener la inalienabilidad del derecho debe sopesarse con el mayor beneficio que se le deriva a *X* por vender sus derechos morales. Si ello es así, la cuestión por resolver inmediatamente es ¿con qué elementos de juicio contamos para determinar que el valor de las hipotéticas externalidades es mayor, menor o igual a \$200.000? Siguiendo con el esquema de Calabresi y Melamed, solamente si estamos seguros de que tales externalidades son mayores que los beneficios que genera la transacción, o que el cálculo de la magnitud de estas es innecesario, en el sentido que de calcularse ningún "autor" estaría dispuesto a pagarlas, o que tales externalidades no se prestan para una valoración no arbitraria, entonces se recomendaría la utilización de una titularidad protegida por una regla de inalienabilidad, empero, en el caso no se nos ocurre ninguna respuesta a estas cuestiones.

Ahora, vale la pena resaltar, que al tema de las externalidades hay que agregar la cuestión acerca de la determinación de la magnitud de estas externalidades que, hipotéticamente, generarían las transacciones respecto de los derechos morales de autor. En este caso, se presentan problemas prácticos relacionados, de un lado, (i) con un alto e indeterminado número de personas pertenecientes a los denominados como terceros, y de otro lado, (ii) los costos de información derivados de la situación de asimetría de información existente. En el primer caso, nos enfrentamos a la dificultad de saber a cuántas personas les afecta este tipo de transacciones; en el segundo, a la imposibilidad práctica de determinar en qué medida le afectan a cada sujeto dichas transacciones, dadas sus condiciones particulares.

Una crítica —predecible— a lo recién anotado es que el problema de la determinación de la magnitud de las externalidades asociadas a las transacciones sobre derechos de autor se replica en la determinación de las magnitudes de los hipotéticos beneficios que generarían para los autores originales —y sus compradores— tales transacciones.

Sin embargo, esta crítica resulta descartable por varias razones, entre ellas, (i) porque los hipotéticos beneficios que generan las transacciones sobre derechos morales no se conocen, precisamente porque la inalienabilidad impide que se genere el mercado de derechos; empero, si tal prohibición fuese eliminada, tales valores serían detectables;

no sucede lo mismo con la determinación del valor de las externalidades, pues en este caso, no resulta concebible un mercado que revele tales valores, ello a menos que se conciba el imposible escenario de inexistencia de costos de transacción. (ii) Por otro lado, no hay que olvidarlo, el caso del enfrentamiento entre las externalidades generadas por permitir las transacciones sobre derechos de autor y los beneficios que dichas transacciones generarían puede reexpresarse como un enfrentamiento entre eventuales "moralismos" externalidades y "beneficios" para un individuo; si ello es así, entonces, debe decirse que resulta más manejable la aproximación al valor de los "beneficios" que al de las "externalidades", es decir, resulta más fácilmente determinable conocer cuánto pierden los autores por no poder transar con sus derechos morales que conocer las externalidades que dichas transacciones generan; si ello es así, entonces quizá para evitar tales externalidades, sea preferible concebir un mecanismo que favorezca a los autores, en el sentido que reciban los beneficios que dejan de percibir por prohibírseles transar con sus derechos morales.

Veamos ahora el tema del paternalismo. En lo que hace al autopaternalismo, encontramos una interesante aplicación a nuestro caso. Calabresi y Melamed nos hablan de situaciones en las cuales las personas se protegen a futuro, renunciando a la posibilidad de negociaciones inmediatas, para buscar una mayor recompensa en el largo plazo. Esta razón puede permitir otorgar una protección a aquellas personas que, por sus condiciones personales, sociales o económicas, se encuentran en un punto de desigualdad y desequilibrio en las negociaciones.

Aplicando la idea anterior a los casos objeto de estudio, tendríamos que preguntarnos bajo qué circunstancias un autor quisiera restringirse a sí mismo de la posibilidad de realizar transacciones en el corto plazo buscando un beneficio mayor al final, o como lo dice Elster, por qué las personas "*pueden desear protegerse de sus propias pasiones, cambios de preferencias e [...] inconsistencia temporal [...] mediante la eliminación de algunas opciones presentes en el conjunto de sus posibilidades*"⁸⁴, a lo que tendríamos que decir que, en principio, no encontramos evidencia de que en algún caso esto tenga asidero.

No obstante lo anterior, sí es claro que en determinadas situaciones, no solo tratándose de temas de derechos de autor, sucede que por las circunstancias particulares en las que ocurren las negociaciones (*vgr.* frente a una situación de amenaza o de estado de necesidad), es justificable una solución que proteja los intereses de quien realiza la transacción, en nuestro caso, quien aliena su derecho moral. Sin embargo, esta plausible situación está reglamentada por las reglas generales de la contratación, por lo que no habría necesidad de una regulación particular tratándose de derechos—morales—de autor.

Lo anterior sería, por ejemplo, el caso en el que X se vea obligado a vender a Y sus derechos morales, bajo el entendido de que de no hacerlo, Y se encargaría de hacer que ninguna editorial vuelva a darle trabajo o contratos a X. En este caso, es claro que bajo estas circunstancias, se conseguiría otorgar una protección a los derechos morales de los autores, a través de normas de carácter más bien general.

84 ELSTER, JON. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Ed. Gedisa, 2002, p. 15.

Con esto queremos expresar que la protección debe darse a aquel autor que obrando en una condición de indefensión, no tenga otra alternativa que ceder sus derechos morales (como el caso de los estudiantes en el laboratorio, o de los subordinados frente a sus jefes), y no a aquel que obrando libremente, y como consecuencia de una negociación en igualdad de condiciones, decida, probablemente incentivado por un costo más alto o unas condiciones más benéficas, transferir junto con sus derechos patrimoniales, los morales.

Esto podría redundar en un beneficio más grande para ambos, puesto que, de un lado, el tradente obtendría un mejor trato y el adquirente gozaría de tranquilidad, al saber que no va a tener problemas posteriores frente al uso y disposición de la obra cuyos derechos adquirió⁸⁵.

Finalmente, tratándose de un "verdadero paternalismo", los casos planteados por Calabresi y Melamed se encuadran principalmente en actividades realizadas por menores, pudiendo hacer esto extensible a todas aquellas personas que no estén en posición de escoger adecuadamente lo que más les conviene (*vgr.* los incapaces en general), es decir, decisiones respecto de las cuales un testigo externo estaría seguro de que la decisión que está tomando un individuo es equivocada. En este caso, se parte de la idea de analizar la posición del individuo no como generadora de externalidades, sino más bien desde una óptica que busca protegerlo a él de las consecuencias negativas hipotéticas causadas por sus propias decisiones equivocadas.

Probablemente contemos con buenos indicios para afirmar que cuando X se vende como esclavo, enajena partes de su cuerpo, se entrega al alcohol, conduce una motocicleta sin casco o eventualmente se prostituye, está tomando decisiones equivocadas, en el sentido que en el largo plazo hubiese sido preferible que X tomase la decisión contraria. En estos casos, una medida paternalista y prohibitiva podría tener sentido, incluso por razones de eficiencia.

Empero, en los casos que hemos planteado, y en general, en lo relacionado con las transacciones sobre derechos morales, no se observa algún indicio que fundamente una medida prohibitiva. Tampoco parece concebible una hipótesis general en la cual un tercero ajeno a las partes involucradas en la transacción pueda estar en una mejor posición que las partes mismas para tomar decisiones por ellas. Lo anterior, siendo que son precisamente las partes las que cuentan con toda la información disponible para una negociación equitativa.

Finalmente, al margen de los argumentos de corte eficientista que hemos expuesto en las líneas precedentes, consideramos pertinente complementar el discurso conforme el criterio distributivo esbozado por Calabresi y Melamed.

Sobre este punto, cabe resaltar, el hecho de establecer una titularidad protegida con una regla de inalienabilidad que afecta negativamente a los autores supone un correlativo empobrecimiento de ellos, por el hecho de no poder transar con sus derechos morales, sin que estos estén recibiendo alguna compensación por no poder celebrar tales transacciones.

85 Alternativamente, asumamos que para no entrar en discusiones filosóficas, el adquirente no recibe los derechos morales, sino simplemente se conforma con la renuncia que de ellos haga el autor original.

En este orden, para poder explicar lo adecuada que es la regla de inalienabilidad en el contexto de los derechos morales de autor, es pertinente hacer algunos supuestos como punto de partida.

Para estos efectos, digamos que, en términos generales, los autores podrían considerarse como individuos pobres, entendiendo por este calificativo el hecho de que una mayoría de ellos no podría subsistir si escogieran dedicarse de manera profesional a ser autores, al menos no de una manera cómoda. Es decir, si queremos verlo de esta forma, de todas aquellas personas que podrían considerarse a sí mismas autores (sin consideraciones acerca de qué tan talentosas sean), las que triunfan económicamente son realmente pocas.

También partamos del supuesto de que la sociedad debe buscar favorecer a los individuos pobres, como un criterio de distribución, o al menos debiera preferir el favorecimiento de los intereses de los pobres sobre los de los ricos. Si ello es así, una medida sobre derechos de autor debería tender a favorecer el derecho de los autores sobre el derecho de quienes no son autores. Aplicando el criterio distributivo, debería preferirse hacer más ricos a los autores que a las personas a las que les afecta que se puedan transar sus derechos morales.

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que una regla de inalienabilidad conlleva un empobrecimiento de aquellas personas para las que producir el bien es más barato, se genera una pérdida de recursos en lo que tiene que ver con los autores y, por lo tanto, no debe ser una regla de inalienabilidad la que los proteja.

A esto podemos unir la consideración que veíamos renglones atrás sobre la dificultad existente a la hora de valorar el costo de la externalidad a terceros y la facilidad relativa con la que podría valorarse el costo de los autores, lo que pone de presente que sería más fácil, y por ende eficiente, realizar una asignación en la que se proteja a los autores, sin que se restrinjan las negociaciones sobre sus derechos, teniendo en cuenta a quién le queda más fácil realizar la valoración. Esto nos lleva a pensar que la regla de inalienabilidad existente no es la solución más correcta.

De todo lo anterior se evidencia que tratándose de los derechos morales de autor, nada impide que sean transferidos o al menos que puedan ser renunciados, puesto que no hay una razón de peso en términos de eficiencia en la distribución de los derechos de propiedad que haga deseable su protección mediante una regla de inalienabilidad, siendo posible su protección mediante una regla de propiedad que permita a las partes llegar a un acuerdo para la transferencia de las asignaciones o, en caso de que haya lugar a una indemnización, una regla de responsabilidad.

Eventualmente, podríamos inclinarnos, sin que esta sea la única respuesta posible, por sugerir que esta situación podría regirse por una regla de responsabilidad de protección a autores, es decir, una regla en la que la asignación inicial sea favorable a sus intereses, y en dado caso en que los terceros quieran evitar las transacciones que se les han permitido, tendrían que pagar por ello a los autores, toda vez que, adicionalmente, el valor sería más fácil de calcular, como vimos en el caso en el que X vendía a Y sus derechos morales.

Es así como se crea un panorama en el que, si bien no en la práctica -por la dificultad de realizar reformas significativas a normas de carácter comunitario y nacional-, sí

a nivel teórico, se permite una discusión en la que se considera la negociabilidad de los derechos morales como una alternativa factible y justificable.

CONCLUSIONES

Los derechos morales de autor no tienen una concepción ni una consagración única, puesto que, como vimos, sus atributos esenciales varían, dependiendo del sistema jurídico en el que nos encontremos. Es así como vemos que en el sistema del *Common Law* (cuando existen), es posible que el autor renuncie a ellos voluntariamente.

Hay un proceso de universalización de los derechos morales que surge a partir de la inclusión en el Convenio de Berna del artículo 6 bis, siendo este el tratado más importante a este nivel, en cuanto al número de países que lo han ratificado. Esto ha llevado a su acogida formal en los países de tradición diferente a la de Europa Continental, que como se evidenció, no ha tenido mayor desarrollo.

La inalienabilidad, atributo esencial para este último sistema, no goza de aceptación universal, puesto que, por un lado, no se hizo expresa mención de ella en el Convenio de Berna y, por el otro, hay países en los que, tratándose de una obra que no goce de regulación especial, la transferencia de esta se da de manera total, sin consideración a los derechos morales de autor (en aquellos en los que se maneja la concepción del *Copyright*).

No hay una razón económica desde la perspectiva del AED en la visión de Calabresi que sugiera la protección de los derechos morales de autor mediante una regla de inalienabilidad, ya que los casos planteados no encajan dentro de las razones dadas para ello. Siendo así, la titularidad de estos debería protegerse mediante una regla de propiedad que le permita al autor, como la persona que en mejor posición se encuentra para escoger lo que más le conviene, negociar sus derechos y, subsidiariamente, una regla de responsabilidad para los casos en que se den infracciones en las que no medie la voluntad del autor y que dejen en manos del colectivo la determinación del valor de la indemnización.

No es cierto el hecho de pensar que al hacer innegociables sus derechos morales se esté protegiendo efectivamente a los autores, puesto que como quedó en evidencia, hay casos, como lo es el colombiano, en los que no obstante encontrarnos en un país cuya legislación se suscribe en el sistema continental europeo, se da *de facto* una transmisión de sus derechos morales o, cuando menos, una renuncia tácita.

Se deben buscar alternativas que permitan su protección efectiva, no mediante la restricción a la voluntad de los contratantes, sino otorgando remedios a situaciones de desigualdad o de desequilibrio en las posiciones contractuales, dando aplicación a las reglas generales de las obligaciones y la contratación, cuando hacen mención a este tipo de situaciones⁸⁶. También debe abrirse la discusión sobre la conveniencia de la inalienabilidad de dichos derechos como única solución al problema de la protección a los autores y como incentivo a la generación de contenido literario y artístico.

86 Pensemos en la rescisión por lesión enorme y la nulidad de los contratos cuando sobre una de las partes se ejerce violencia o coerción, solo por nombrar algunas.

Deben buscarse alternativas más eficientes que garanticen las condiciones que desincentiven a los autores a realizar la transferencia de los derechos en mención, para que, si es del caso, se haga de manera controlada y de una manera reforzada.

La discusión se abre de manera teórica, puesto que para tener aplicación directa y práctica en nuestro país, sería necesario que hubiera reformas a normas de carácter regional y tratados internacionales, normas que se caracterizan por su difícil modificación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLFELD, PHILIPP. *Del Derecho de Autor y del Derecho de Inventor*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- CALABRESI, GUIDO y MELAMED, A. DOUGLAS. "Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral", en *85 Harv. L. Rev.* 1089, 1972.
- CHARRIA, FERNANDO. *Derechos de Autor en Colombia*. Cali: Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes, 2001.
- CONDE GUTIÉRREZ, CARLOS AUGUSTO. "Copyrights y derechos morales de autor: La experiencia del Common Law en el Reino Unido", en *La Propiedad Inmaterial*. Universidad Externado de Colombia, 2011, vol. 15.
- COTTER, THOMAS F. "Pragmatism, economics, and the droit moral", en *North Carolina Law Review*, noviembre, 1997.
- CREAMER FIELKOW, COLLEEN. "Clashing rights under United States copyright law: Harmonizing an employer's economic right with the artist-employee's moral rights in a work made for hire", en *7 DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 218. Spring, 1997.
- EDELMAN, BERNARD. *La propriété littéraire et artistique*. París: Ed. PUF, 1999.
- FISHER, WILLIAM. *Theories of intellectual property: New essays in the legal and political theory of property*. Cambridge University Press, 2001.
- FLANAGAN, ANNE et al. *Intellectual property law: economic and social justice perspectives*. Cheltenham, UK, 2010.
- FRANÇON, ANDRÉ. *La Propriété Littéraire et Artistique*. París: Ed. PUF, 1979
- HUGHES, JUSTIN. *The philosophy of intellectual property*. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988.
- KINSELLA, N. STEPHAN. "Against intellectual property", en *Journal of Libertarian Studies*. Spring, 2001, vol. 15, n.º 2.
- LANDES, WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A. *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press, 2003.
- METKE MÉNDEZ, RICARDO (coord.). *Propiedad intelectual: Reflexiones*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2012.
- PABÓN CADAVID, JHONNY ANTONIO. *De los privilegios a la propiedad intelectual*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, CARMEN. *Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación*. Editorial Civitas, 1993.
- PÉREZ GÓMEZ TÉTREL, ANA MARÍA. "El análisis económico del derecho de autor y del copyright", en *La Propiedad Inmaterial*. Universidad Externado de Colombia, 2006-2007, n.º 10-11.
- PINZÓN CAMARGO, MARIO A. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

- PLATA LÓPEZ, LUIS CARLOS. "Introducción al análisis económico de los derechos de autor", en *Revista de Derecho*. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Diciembre, 2007, n.º 28.
- POSNER, RICHARD A. *The little book of plagiarism*. EE. UU.: Pantheon Books, 2007.
- PROAÑO MAYA, MARCO. *El derecho de Autor: Un Derecho Universal*. Colombia: Ed. Cecolda, 1993.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Propiedad intelectual: El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- RIGAMONTI, CYRILL P. "The conceptual transformation of moral rights", en *55 American Journal of Comparative Law* 67, 2007.
- RIGAMONTI, CYRILL P. "Deconstructing moral rights", en *Harvard International Law Journal* 47, Issue 2. Summer, 2006.

Fuentes de páginas web

- Instituto de Información Legal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell, en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A>
- Catálogo virtual de libros de Amazon, en http://www.amazon.com/books-used-books-textbooks/b/ref=topnav_storetab_b?ie=UTF8&node=283155
- Declaración Universal de Derechos Humanos, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>