

Artigos

Recebido: 26.07.2018

Aprovado: 20.11.2019

Publicado: 29.03.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i1.4958>

Análisis de las principales tendencias para la fundamentación constitucional del derecho de autor: especial referencia a Cuba

Caridad del Carmen Valdés Díaz

Universidad de La Habana. La Habana, Cuba

<http://orcid.org/0000-0001-9399-2122>

Yudmila Delgado Rodríguez

Universidad de Pinar del Río, Pinar del Río, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-6616-2761>

Resumo: El artículo tiene como objetivo establecer la base constitucional del derecho de autor en Cuba. Él lo hace por medio del análisis de distintos criterios: la naturaleza jurídica de la institución, las respuestas gubernamentales internacionales, regulaciones constitucionales y leyes nacionales comunes. Su principal resultado es aclarar, con base en criterios científicos, que el precepto protector de la ley que no se encuentra explícitamente regulado en la Constitución cubana, se considera un derecho fundamental después de ser consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

Palabras-clave: Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor; Derechos de la Personalidad; Propiedad Ordinaria; Libertad de Creación Artística.

Analysis of the main trends for the constitutional foundations of authorship rights: special reference to Cuba

Abstract: The article aims to found the constitutional fundament of authorship-right in Cuba recurring to the analysis of different criteria about the legal nature of the institution, its response in the international governmental tools, constitutional regulations and ordinary home laws. Its main result was found in clarifying, from a scientific criterion, that the protective precept that was not explicitly regulated in the Cuban Constitution, is considered a fundamental right after being stated by the nations in the Universal Human Rights Declaration in 1948.

Keywords: Nature of Aauthorship Rights; Human Being Rights; Ordinary Property; Freedom of Artistic Creation.

Introducción

La naturaleza jurídica del derecho de autor ha sido analizada por la doctrina y la jurisprudencia con diferentes

enfoques que distan entre lo patrimonialista, personalista y del derecho de autor como un derecho *sui generis* o de naturaleza especial, separándose esta última en dos teorías, la monista y la dualista del derecho que han determinado su disímil regulación no sólo entre uno u otro sistema de Derecho – anglosajón y romano francés o latino –, pues también se aprecian diferencias entre las posiciones doctrinales, legales y jurisprudenciales asumidas en las diferentes naciones de un mismo sistema jurídico. La consagración definitiva del derecho de autor en el Convenio Universal de Berna, desde el Acta originaria de 1886, fue decisiva en la regulación de su contenido en un significativo número de legislaciones nacionales, herederas de las limitaciones que, en el ejercicio del derecho, se derivan del exiguo reconocimiento del Convenio.

La regulación del derecho de autor en el texto constitucional le concede mayor refuerzo y posibilidades de defensa, pero pocas Constituciones lo protegen como un derecho fundamental, a pesar de su reconocimiento como derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948. Los diferentes enfoques sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, han influido en la conformación de tendencias o posiciones doctrinales y jurisprudenciales para la fundamentación constitucional del derecho en aquellos países que no lo tienen expresamente regulado, entre los cuales se encuentra Cuba.

El artículo tiene por objetivo examinar estos aspectos y para ello consta de un epígrafe destinado al análisis de la naturaleza jurídica del derecho de autor a través del estudio de las diferentes teorías que la explican, luego se analiza el reconocimiento de este derecho por el Convenio Universal de Berna y su impronta en los ordenamientos jurídicos de las diferentes naciones y por último la regulación del derecho en el texto de la Constitución de 1976 y leyes ordinarias en Cuba, asumiendo posiciones críticas. Para el cierre se ofrecen las consideraciones finales respecto a cada uno de los contenidos tratados y se acompañan las referencias bibliográficas empleadas.

Se han utilizado, esencialmente, los métodos histórico-lógico para el conocimiento de la evolución histórica en el surgimiento y desarrollo de las diferentes teorías existentes acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor y su reconocimiento en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, el exegético analítico para la comprensión de algunos instrumentos legales reguladores del mismo y el método de análisis de derecho comparado que nos permite establecer analogías y diferencias en cuanto a la apreciación de la naturaleza jurídica del derecho y tendencias en su fundamentación constitucional en las diferentes naciones, con especial interés en Cuba.

Naturaleza jurídica de los derechos de autor

La naturaleza jurídica del Derecho de autor ha sido analizada por la doctrina y hasta la jurisprudencia con diferentes enfoques. Luego de su incorporación al Estatuto de la Reina Ana aprobado el 10 de abril de 1710¹, la primera tesis en aparecer partiendo de criterios patrimonialistas e impulsada por la Revolución Francesa surge en el siglo XIX. Conocida como Teoría de la Propiedad, asimiló el derecho de autor a los derechos sobre bienes materiales, especialmente al dominio, considerándolo como un derecho de propiedad.

¹ Reconocida por la doctrina como la primera Ley de Derecho de autor del mundo; reconoció la titularidad exclusiva de las obras a favor de los autores para la reproducción de las mismas, terminando con los “privilegios reales” o monopolio de los editores.

Ante las inconveniencias señaladas a esta teoría y basándose en las diferencias existentes entre el derecho de autor y la propiedad ordinaria, la doctrina asume la concepción del derecho como propiedad especial. Entre sus principales exponentes estuvieron Fichte, Hegel y Ascarelli. Su principal mérito consistió en dejar establecida la distinción entre el *corpus mysticum* o creación intelectual y el *corpus mechanicum* o soporte material que la contiene². Incorporada a casi la totalidad de los Códigos civiles decimonónicos, el apelativo de propiedad intelectual se emplea aún en el texto de algunas leyes nacionales, tal es el caso de la Ley de Propiedad Intelectual española³.

Luego, teniendo como antecedente el pensamiento de Kant, para quien el derecho de autor era un *ius personalissimum*, y bajo la influencia doctrinal del alemán Gierke, la jurisprudencia francesa, con la Sentencia de 17 de agosto de 1814 del Tribunal Civil del Sena, a la que suceden otra serie de disposiciones de tribunal de París, inicia el reconocimiento del contenido moral del derecho de autor que fue amparado en el basamento de que la creación constituye una emanación de la personalidad del autor y la consideración del derecho de autor como un derecho inherente a la personalidad; ponderando con ello el derecho moral sobre el patrimonial, por lo que se conoce como Teoría personalista⁴.

Finalmente, habiéndose reconocido la presencia de derechos patrimoniales inicialmente y personales o morales con posterioridad, surge la concepción del derecho de autor como derecho *suigeneris* que se bifurca en dos corrientes (dualista y monista). De origen alemán, la Teoría dualista o de doble derecho tiene entre sus seguidores a KOHLER (1914), quien basado en el necesario reconocimiento de una nueva categoría jurídica que define como “bienes inmateriales”, pues expresa la verdadera naturaleza jurídica de los derechos intelectuales distinguiéndola de la del derecho de propiedad; sostiene la tesis de la coexistencia paralela de dos derechos, uno moral o personal y otro patrimonial, distintos, en tanto se derivan de fuentes diversas: el bien inmaterial y la personalidad del autor respectivamente, que no nacen y se extinguen al mismo tiempo y tienen diferente destino en correspondencia con los objetivos que representan o tutelan, por lo que pueden ser objeto de regulaciones legales distintas. Esta teoría delimita irracionalmente lo patrimonial de lo personal, sin advertir que las facultades personales del autor surgen a partir de la creación de la

² Las diferencias entre la propiedad ordinaria y el derecho de autor radican en que, el derecho de autor se ejerce sobre una creación intelectual y el derecho de propiedad sobre una cosa material; el derecho de autor se adquiere por la creación de una obra, no por las formas previstas para adquirir el dominio; en cuanto a la duración, la del derecho de autor es limitada en el tiempo mientras que el derecho de propiedad es de duración ilimitada; el régimen de coautoría es diferente al de condominio; la propiedad no incluye facultades de orden personal o moral; no existe transferencia plena del derecho de autor mientras que sí puede producirse respecto al derecho de propiedad. Ver: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. El derecho de autor. Cuestiones generales. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016. p. 9-10.

³ No es éste el criterio generalmente asumido en las legislaciones nacionales e instrumentos regulatorios internacionales después de la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a partir del Convenio de Estocolmo de 1967, puesto en vigor desde 1970, que administra el Convenio de París de 1883 para la protección de la Propiedad Industrial, el Convenio de Berna de 1886 sobre la protección del Derecho de autor, el Convenio de Roma de 1961 que regula los Derechos conexos, y los sucesivos tratados, apéndices, arreglos o actualizaciones vinculados a ellos. Con el Convenio de Estocolmo se reconocen bajo la rúbrica de “Propiedad Intelectual” o “derechos intelectuales”, por su similitud, los tres grupos de derechos protegidos por los citados instrumentos regulatorios: la llamada Propiedad Industrial, el Derecho de Autor y los Derechos conexos o afines a este.

⁴ Ver: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. El derecho de autor. Cuestiones generales. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016. p.10.

obra, pero logra separar los derechos intelectuales del derecho de propiedad común sobre bienes inmateriales⁵.

Plaza Penadés⁶, basado en la regulación independiente de ambos derechos dentro del propio cuerpo legal, se inclina por reconocer la realidad dualística de la Ley de Propiedad Intelectual española. Otras legislaciones como la de Costa Rica, Ecuador y República Dominicana también regulan indistintamente los derechos morales y patrimoniales dentro del propio cuerpo legal.

Las Teorías monistas, con Ulmer entre sus adeptos, consideran al derecho de autor como un derecho unitario comprendido por un conjunto de prerrogativas que corresponden al creador de la obra y garantizan tanto los fines o intereses intelectuales, en tanto es la misma un producto del espíritu, como los económicos, dado que es a la vez un bien económicamente explotable⁷. La Teorías monistas, según expone Dietz⁸, son el criterio mayoritariamente aceptado en la doctrina, y al que se acogen la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales y leyes nacionales en la actualidad.

Estudios realizados por Antequera Parilli revelan, a partir de las incongruencias en las opiniones emitidas por la jurisprudencia latina en las resoluciones recientes, cómo aun en la actualidad existen opiniones diversas en torno a la naturaleza jurídica del derecho de autor⁹.

Con el reconocimiento del contenido patrimonial inicialmente y del contenido moral con posterioridad queda conformado el derecho de autor como un derecho subjetivo que reconoce en cabeza del creador de una obra intelectual un conjunto facultades exclusivas y oponibles *erga omnes* tanto de carácter personal o moral, como de carácter económico o patrimonial.

A las facultades de tipo personal o moral, aunque reconocidas con posterioridad, se les considera

⁵ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. **Protección constitucional de los derechos intelectuales**. Especial referencia a Cuba. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2016. p. 18 y 19.

⁶ Más allá del hecho de que el artículo 2 refiere que el derecho de autor está integrado por un derecho moral y uno patrimonial, relacionado con los artículos 1 y 10, por los cuales, el conjunto de facultades que comprende el contenido del derecho de autor nace del acto de creación, este autor fundamenta sus tesis en la regulación independiente de ambos derechos dentro del propio cuerpo legal; determinado, en su opinión, por la distinta naturaleza jurídica y características que presentan. Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 126.

⁷ Ver: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. El derecho de autor. Cuestiones generales. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016. p. 100.

⁸ DITEZ, Adolf. **El derecho de autor en la comunidad europea**. Edición española, Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, p. 153, cit. por Delia LIPSZYC, **Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Tomo I. La Habana, editorial Félix Valera. 1998. p. 151.

⁹ Antequera Parilli cita la jurisprudencia argentina que considera al Derecho de autor “un derecho real de contenido especial” que permite “reconocer el «derecho de la personalidad» comprendido en el área de la creación intelectual”. Sobre la justicia colombiana revela criterios en sentidos contrapuestos ya que mientras esta de manera reiterada expone que son “derechos incorporales de carácter patrimonial” porque “se adquiere sobre ellos un verdadero derecho de propiedad, semejante a un derecho real sobre cosas incorporales, para usar, gozar y disponer de aquél no siendo contrario a la ley o derecho ajeno”. La jurisprudencia de ese país, según el criterio del autor, ha resaltado las diferencias con la propiedad común, al decidir que “se trata de una propiedad *suigeneris*”, en especial por “el contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual que es inalienable, irrenunciable e imprescriptible e independiente del contenido patrimonial del mismo” que es “alienable, renunciado y prescriptible”, pues “recae sobre una cosa. Por último, hace mención de los pronunciamientos hechos, en este último sentido, por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia y un laudo del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Avances y retrocesos del Derecho de Autor y derechos conexos en América Latina**. Jurisprudencia y solución alternativa de diferencias. En soporte digital. S/E. p. 2-3.

la esencia misma del derecho de autor ya que protegen los intereses personales e intelectuales del creador y su especial vínculo con la obra creada. Entre estas facultades se pueden enunciar la paternidad del autor sobre su obra sin el cumplimiento de formalidad alguna, a modificar, oponerse a cualquier deformación de la misma, decidir divulgar la obra con su nombre, seudónimo, anónima o mantenerla inédita (algunos prefieren nombrarlo derecho al inédito), retirar la obra del comercio conocido como arrepentimiento o retracto, con la justa indemnización de los daños causados por la decisión a los titulares de los derechos de explotación y, por último, el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra como facultad instrumental que permite al autor poder ejercitar las facultades morales, que no se pierden con la enajenación, u otras patrimoniales como la reproducción que no haya transferido al propietario¹⁰.

El contenido patrimonial comprende la reproducción por cualquier medio existente de la obra o fragmentos de ella en uno o varios ejemplares; la comunicación al público de una obra o parte de ella en su forma original o transformada, de manera directa o indirecta; la distribución o puesta a disposición del público de las copias de la obra original mediante venta, préstamo o cualquier otra forma de uso; y la transformación de la obra, que permite la creación de obras derivadas tales como adaptaciones, traducciones, revisiones, arreglos, antologías, compilaciones y otras, teniendo como base la primigeniamente creada¹¹.

Existen, además, otras facultades consideradas de simple remuneración. En tal sentido se hayan la remuneración compensatoria por copia privada, por la “reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en volúmenes (revistas, diarios, etc, exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento)”¹², que ha ganado espacio en las legislaciones nacionales debido a la proliferación que el desarrollo tecnológico propicia del fenómeno, y el *droit de suite* o derecho de participación de los creadores de obras plásticas, especialmente la pintura, sobre el valor adquirido en las ventas sucesivas a la primera enajenación de los originales de sus obras, dada la unicidad que caracteriza a este tipo de obras, participación o seguimiento que también se ha extendido a manuscritos o ejemplares raros.

Reconocimiento en el Convenio Universal. Su huella en los ordenamientos jurídicos

El Acta original del Convenio firmada en Berna el 6 de septiembre de 1886, con el objeto de proteger el derecho de autor, se limitó al reconocimiento de derechos mínimos, sólo los de tipo patrimonial,

¹⁰ Ver: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; VARELA MAYOR, Arletys. Contenido del derecho de autor. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016. p. 99-115.

¹¹ La facultad de reproducción debe ser considerada como facultad genérica tanto en lo relativo al objeto como al modo de reproducción. Ver: LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Valera, t. 1. 1998. p. 180. La doctrina ha precisado diferencias entre el derecho de transformación de la obra y derecho moral de modificación de la misma. Parten de que el derecho moral es una facultad inalienable del autor que se ejerce sobre su propia obra; mientras que el derecho de transformación puede ser ejercido por el propio autor o por un tercero mediante cesión de la facultad, a través de cuyo ejercicio nace una obra nueva. Por lo cual se plantea que “la transformación puede desvirtuar el pensamiento o la intención del autor, e incluso infligir una lesión a la personalidad del autor de la obra originaria”. LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Valera, t. 1. 1998. p. 112.

¹² Algunas leyes sobre la materia prevén la posibilidad de su utilización sin autorización y sin pago al titular del derecho de autor. Ver: LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Valera, t. 1. 1998. p. 222.

específicamente los de traducción, de representación y de ejecución pública. Resulta comprensible, teniéndose en cuenta que en el mundo imperaban, en esa fecha, los criterios patrimonialistas de protección.

No fue hasta la revisión efectuada en Roma el 2 de junio de 1928, como resultado de la importante labor realizada por los tribunales franceses y la doctrina alemana en el reconocimiento del contenido moral del derecho de los autores y visto este como su esencia misma, que se consagra definitivamente en el artículo 6 bis, la protección jurídica de las facultades morales del autor.

Mucho se ha censurado el carácter minimalista de este artículo que protege, únicamente, el reconocimiento de la paternidad del autor sobre su obra y al respeto a la integridad de la misma, considerado “núcleo básico del derecho moral”¹³. Limitando así, el campo de protección, a las violaciones producidas contra la obra solo cuando estas afecten la reputación del creador. Esta constrictión de la protección no fue, afortunadamente, acogida en las legislaciones de muchas naciones por no ofrecer suficiente protección a la integridad de las creaciones¹⁴.

En la actualidad, muchas legislaciones, a semejanza del artículo 6 bis del Convenio de Berna reconocen como facultades morales solo las consideradas como su núcleo básico. En Cuba no se protegen las facultades morales de retracto o arrepentimiento, ni la de acceso al ejemplar único o raro que fue posteriormente instrumentado en la Resolución 5 del 2002 del Ministro de Cultura. En otras legislaciones la protección al derecho moral es más amplia, como en España, donde se reconocen el derecho de acceso al ejemplar único o raro que muchas legislaciones aún no protegen¹⁵. Y algunas naciones, como Estados Unidos¹⁶, perteneciente al sistema angloamericano del *copyright*, y la República Oriental de Uruguay¹⁷, ubicada dentro del sistema continental europeo o latino, aunque con concepciones jurídicas opuestas en torno a la persona a quien se le atribuye la calidad de autor y la titularidad originaria del derecho, atendiendo ambos a criterios patrimonialistas, excluyen de su regulación los derechos personales o morales; los cuales tutelan mediante los preceptos dedicados al amparo de algunos derechos de la personalidad, como el derecho al honor y al prestigio profesional.

La regulación de las facultades patrimoniales ha tenido mejor suerte, pues a partir de ser ampliadas en revisiones al Convenio de Berna, se logra la absoluta regulación de las mismas en el Acta vigente firmada el 24 de junio de 1971; la cual fue adoptada por todas las leyes sobre la materia, tanto del sistema jurídico romano francés o latino como del anglosajón.

¹³ Algunos países le han añadido el derecho a decidir el momento y la forma de divulgación. PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 127.

¹⁴ Ver: ROSELLÓ MANZANO, Rafael. **Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores**. Madrid: Reus, 2011. p. 44-50.

¹⁵ Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 127.

¹⁶ PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 127.

¹⁷ La Ley No. 17 del 2003 de la República Oriental de Uruguay en su artículo 2 al referirse al contenido del derecho de autor enuncia, únicamente, a las facultades patrimoniales.

Respecto a los derechos de simple remuneración, el derecho de compensación por copia privada, a pesar de las reservas declaradas a su incorporación a partir de la Ley alemana de 1965, fue añadiéndose a la mayoría de las legislaciones nacionales. El derecho de participación en las reventas de los originales de las obras ha sido instituido en más de 40 países de Europa y América Latina; pero se puede asegurar que en muchos de ellos como un derecho nimio: reducidos porcentajes, topes máximos, prescindiendo de medidas esenciales (carácter irrenunciable e inalienable del mismo, derecho de los causahabientes, derecho de recabar información) y de otras que pueden contribuir a la aplicación de la norma (representación de los autores o causahabientes por sociedades de gestión), a consecuencia de la regulación adoptada en el Convenio de Berna¹⁸. La legislación nacional cubana no reconoce el derecho de participación o *droit de suite*.

Las diferencias en el tratamiento y extensión del derecho de autor conllevan a la necesidad de uniformar la legislación de los distintos países en aras de alcanzar una mayor justicia universal; sobre todo si se tiene en cuenta que el propio Convenio de Berna, en su artículo 5.1, establece el principio de trato nacional. Según este, cada país otorgará a los creadores extranjeros de países miembros un trato no menos favorable que el que se le concede a los nacionales para la adquisición, protección, mantenimiento, alcance y observancia de los derechos de autor.

Regulación del derecho de autor en los textos constitucionales. Tendencias en la fundamentación del derecho en aquellos estados cuyas constituciones no lo regulan expresamente

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que Cuba es signataria, en similitud con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁹ firmada con anterioridad ese mismo año en Bogotá, reconoce el derecho de autor como un derecho esencialmente individual, armonizándolo con el interés social de acceder a las creaciones intelectuales²⁰. Dicho reconocimiento internacional, al amparo del consenso de la comunidad de naciones, les proporciona a ambos aspectos, contenidos en el artículo 27, el carácter de derecho humano. Esta consideración se reafirma luego, con su inclusión en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobando en el propio marco de las Naciones Unidas en 1996²¹.

¹⁸ El Convenio de Berna no establece el *droit de suite* como un *iure conventionis* o derecho mínimo, que los países deben conferir obligatoriamente y sin sujeción a condición de reciprocidad alguna, pues le da a la norma un carácter opcional, dejando a los países de la Unión la posibilidad de que puedan o no establecerlo y sujeto a reciprocidad, lo que indica que no puede ser exigido “mientras la legislación nacional del país del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada” (art. 14 ter bis, 2). De conformidad con el Convenio, las legislaciones nacionales también determinan las modalidades de la percepción y el monto a percibir (art. 14 ter bis, 3).

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Consultado en fecha 3 de marzo de 2018.

²⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 27 apartado 1. “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. En el apartado 2 se protege el derecho de autor y cito “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.”

²¹ Para VILLABELLA “los derechos humanos son el conjunto de valores éticos, culturales, sociales, económicos y jurídicos que, por consenso de la comunidad de naciones, constituyen los ideales correspondientes a una etapa dada de desarrollo histórico” Ver: VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Félix Varela, 2004. p. 310.

El cambio de paradigma hacia una concepción más revolucionaria y humanista en el reconocimiento del derecho de autor como derecho fundamental de la persona humana o derecho humano, que puede hacerse valer *erga omnes*, tanto frente al Estado como frente a las personas privadas y ante entidades de derecho privado y público, lo convierte en instrumento de la política pública cuyo fin debe estar siempre orientado a contribuir al bien de la sociedad en general y en especial de los autores.

En tal sentido, el reconocimiento constitucional del derecho de autor, considerando que la Constitución es la norma de mayor rango en cualquier ordenamiento jurídico, compromete a los poderes públicos al respeto, potenciamiento y búsqueda de su eficacia por cuanto posee un contenido jurídico al igual que el resto de los derechos humanos, le otorga mayores posibilidades de defensa frente a otros sujetos de derecho y contribuye a fomentar una cultura de respeto a sus titulares.

Pocas constituciones reconocen el derecho de autor como un derecho fundamental. Dentro de los países que le proporcionan seguridad jurídica a través de su tutela constitucional, algunos como Francia, Suecia, Estados Unidos, República Dominicana, Perú, Argentina, Venezuela, Paraguay, Chile, Colombia, Bolivia, Ecuador y Estados Unidos Mexicanos se refieren a él de manera expresa. Otros, como Alemania, Portugal, España, Italia y Cuba, no lo mencionan, pero atribuyen su protección indirecta a uno o varios preceptos de la Carta Magna²².

Plaza Penadés²³ expone dos criterios o tendencias en la fundamentación del derecho de autor desde el texto de la Carta Magna, asumidas por aquellos países donde no existe un reconocimiento expreso del mismo. Uno de estos criterios es el adoptado por la doctrina moderna, que separa la protección en dos: la del derecho moral dentro de la protección dispensable a los derechos de la personalidad (utilizando preceptos generales relativos a la dignidad del hombre, el derecho al honor, el derecho a la intimidad cuando se trata de resolver acerca del derecho moral de divulgación de la obra al público)²⁴ y la del derecho patrimonial quedaría respaldada por el reconocimiento de los derechos sobre la propiedad ordinaria, criterio adoptado por la doctrina alemana en la Ley Fundamental de ese país²⁵. La otra de las tendencias funda la protección en la libertad de creación y producción reconocida expresamente en algunos textos constitucionales²⁶.

²² Ver: CÁNDANO PÉREZ, Mabel. **Protección constitucional de los derechos intelectuales**. Especial referencia a Cuba. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2016. p. 49- 65.

²³ Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 129-130.

²⁴ A modo de ejemplo, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Colombia se pronunció sobre la constitucionalidad del derecho patrimonial a través de la interpretación del precepto relativo a la protección de la dignidad del hombre. Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Avances y retrocesos del Derecho de Autor y derechos conexos en América Latina**. Jurisprudencia y solución alternativa de diferencias. En soporte digital. S/E. p. 11.

²⁵ La Ley Fundamental alemana protege el Derecho de la personalidad del autor dentro de la protección dada a la Dignidad del hombre y el libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2), los intereses patrimoniales se protegen junto al Derecho de Propiedad (artículo 14) y los límites del derecho de autor encuentran su fundamento en la función social de la propiedad intelectual. Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 130.

²⁶ La jurisprudencia española se ha pronunciado indistinta y contradictoriamente respecto al significado de la libertad de creación y producción reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española. La sentencia del 9 de diciembre de 1985 interpreta este derecho dándole en un sentido genérico e impersonal, protector de obras en fase de creación, y no del resultado final que haría surgir un derecho de naturaleza especial, el derecho de autor. Luego esta doctrina fue contradicha por sentencia

La corriente dicotómica de protección de los derechos de autor responde, como ya se ha visto, a la influencia de las teorías dualistas concernientes a la naturaleza jurídica de estos derechos en la doctrina y legislaciones nacionales. Para sus seguidores, los derechos morales, en tanto protegen los intereses personales e intelectuales del autor, tienen un indiscutible lazo de parentesco con los derechos de la personalidad, por lo que se les otorga el carácter de derecho absoluto, oponible *erga omnes*, que no admite limitaciones en vida del autor²⁷ y aseguran que se encuentran muy conectadas con su fama o reputación profesional (como sucede en el derecho estadounidense²⁸ y en el peruano²⁹). Para la protección del derecho de divulgación, explican su relación sustancial con otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad de la vida privada: “el creador, al resolver sobre el acceso de su obra al público, la “saca” del seno de su vida íntima, para someterla a la crítica...”³⁰.

Antequera Parilli, basado en sus estudios sobre la jurisprudencia latina, asegura que la justicia en estos países, de los que cita Argentina, Brasil y la doctrina administrativa en Colombia, se ha pronunciado en considerar el derecho moral como “*un derecho de la personalidad del creador*” y destaca en él su carácter perpetuo, imprescriptible, oponible *erga omnes*, inalienabilidad e irrenunciabilidad atribuidos a los derechos inherentes a la personalidad³¹.

del 3 de junio de 1991 (RJ 1991, 4407) y del 29 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2371) que reconocen la protección del derecho de autor en el artículo 20.1. Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 131.

²⁷ Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor. In: ROGEL VIDE, Carlos (Coord.). **Los límites del derecho de autor**. Madrid: Reus y Aisge, 2012. p. 39.

²⁸ En el derecho estadounidense no existiendo un reconocimiento del derecho moral se consigue similar protección a través del derecho al honor. Ver: PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 127.

²⁹ La Constitución Política del Perú (1993) hace mención del derecho a la libertad de creación intelectual, artística y científica como un derecho fundamental de toda persona humana y posteriormente reconoce el derecho patrimonial que le corresponde al autor o inventor sin hacer referencia expresa al derecho moral que se le otorga al creador que para el Dr. Fernández Sessarego no es más que el derecho personal del autor. Carlos Fernández Sessarego dice: “La obra es el resultado del ejercicio de la libertad misma del ser humano. Constituye un derecho inalienable. Este derecho personal, al que equivocadamente se le suele conocer también como “Moral”, rindiendo culto a un lenguaje equívoco y a una tradición de origen francés”, cit. por CÁNDANO PÉREZ, Mabel. **Protección constitucional de los derechos intelectuales**. Especial referencia a Cuba. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2016. p. 61.

³⁰ Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor. In: ROGEL VIDE, Carlos (Coord.). **Los límites del derecho de autor**. Madrid: Reus y Aisge, 2012. p. 38-39.

³¹ “La justicia en la Argentina se ha pronunciado por considerar al derecho moral como “un derecho de la personalidad del creador” y por lo que se refiere a sus características como “perpetuo, imprescriptible y oponible a todos”. De la misma manera, tanto la jurisprudencia de ese país como la brasileña han destacado su inalienabilidad e irrenunciabilidad, de manera que “aunque el autor enajene su obra, conserva el derecho de exigir la mención de su nombre como autor” y “continúa conservando siempre el derecho de hacer respetar la integridad de una obra”, pues “... aunque cedido el derecho autoral sobre una obra [...] la cesión de los derechos patrimoniales no implica una transferencia de los derechos morales que, por expresa disposición legal, son inalienables e irrenunciables”, en lo que coincide la doctrina administrativa colombiana, al afirmar que si una sociedad “ha adquirido legalmente los derechos patrimoniales de autor sobre una obra, no le es dable desconocer los créditos de quién la creó, puesto que debe mencionarse el nombre del creador con cada utilización (paternidad)”. Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Avances y retrocesos del Derecho de Autor y derechos conexos en América Latina**. Jurisprudencia y solución alternativa de diferencias. En soporte digital. S/E. p. 11.

Para Rodríguez Tapia³² resulta débil apoyar el fundamento constitucional del derecho de autor en el derecho al honor como derecho fundamental. Hace la salvedad de algún caso en que la cuestión central de la *litis* entre autor y tercero sea por usos de la obra contrarios a su reputación. Reconoce, no obstante, la conexión existente entre este universal derecho y el de los autores respecto sus obras, atendiendo a que la libertad de divulgación y facultad de exigir el respeto a la integridad de las mismas corresponde sólo a los autores en la construcción de su reputación.

Rodríguez Tapia acepta, sin embargo, la naturaleza dominical de los derechos que comprenden el monopolio de explotación de las obras, exponiendo a dicho favor como a través de los límites y limitaciones a la propiedad privada, en especial los derivados de su función social y de la regulación de las garantías expropiatorias, pueden la doctrina y la jurisprudencia “establecer matices y marcar confines donde empiezan y acaban los derechos de usuarios, propietarios de obras y titulares de los derechos de propiedad intelectual”³³.

Este razonamiento se aviene a la regulación existente del derecho de autor en el ordenamiento jurídico civil español, donde aún se le califica de propiedad intelectual³⁴, siguiendo la tendencia a considerar la propiedad intelectual como una propiedad especial cuyo origen se remonta a la doctrina francesa de finales de siglo XVIII que asimiló la propiedad intelectual a la propiedad en general, sosteniéndose luego la especialidad de la primera.

Criterios contrapuestos se vierten respecto a la consideración de la libertad de creación artística como soporte constitucional del derecho de autor. En España, el Tribunal Supremo y la doctrina española se han manifestado asumiendo tres posiciones distintas.

La primera opinión corresponde a los que consideran que la libertad de creación y producción reconocida en la Constitución española es totalmente distinta del derecho de autor³⁵. Ortega Doménech³⁶, quien cita a Rogel Vide³⁷, Álvarez Romero³⁸, Storch de

³² RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 48-49.

³³ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 47.

³⁴ Rodríguez Tapia hace alusión a la similitud en la regulación de la propiedad ordinaria en el artículo 348 del Código civil español que reconoce las facultades de goce y disposición sin más limitaciones que las establecidas en las leyes con la aplicable a la propiedad intelectual en el artículo 428 contenido del derecho de explotación y disposición del autor sobre la obra, seguido este, en el artículo 429, de la remisión a la legislación especial ya vigente en la materia. El autor relaciona los preceptos citados con el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual en el que quedó fijada la expresión de “propiedad intelectual”. Ver: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 46-47.

³⁵ PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 129.

³⁶ ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

³⁷ Ver: ROGEL VIDE, Carlos. La enseñanza del derecho de autor en España y el derecho civil como marco teórico de la misma. **Estudios sobre Propiedad Intelectual**. Barcelona: Bosch, 1995, p. 12, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

³⁸ Ver: ÁLVAREZ ROMERO. La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual. Boletín de la ANABAD, 1979, p. 74 y ss, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

Gracia³⁹, Jufresa Patau⁴⁰ y de la doctrina francesa a Emile Potu⁴¹, comparten el criterio de no fundar la protección constitucional del derecho de autor en la libertad de crear. Este bloque de autores, al parecer mayoritarios, con igual criterio que la cubana La Fuente Rodríguez⁴², alegan lo distinto del ámbito de protección de ambos derechos: mientras la libertad de creación protege al ciudadano en el momento en que se encuentra en pleno proceso de creación, frente a los poderes del Estado, el derecho de autor recae sobre las obras ya creadas protegiendo con ello sólo a los que son autores.

Autores como Otero Lastre⁴³ comparten el criterio de que el texto de la Constitución Española, aprobada con posterioridad a la portuguesa, se asimila a lo expresamente dispuesto en esta última. El texto constitucional portugués, al proteger en su artículo 42.2 la libertad de creación incluye, literalmente, la protección del derecho de autor. Interpretando con ello que todo el derecho de autor está protegido en el precepto constitucional referido a la libertad de creación y producción literaria, artística, científica y técnica, los que asumen esta posición reciben como principal crítica la dificultad que la misma presenta en la demarcación del alcance que debe darse a la protección (reduciéndola a los intereses personales y morales del autor o extendiéndola a los derechos vecinos, conexos o afines)⁴⁴.

Una tercera posición se aprecia en los que discurren respecto al amparo de la libertad de creación considerándolo idóneo sólo para la defensa del contenido moral del derecho de autor. Para sus adeptos la protección de la vertiente patrimonial tiene mejor cabida en el reconocimiento constitucional del Derecho de propiedad (artículo 33 de la Constitución Española). Como defensor de esta postura, Plaza Penadés⁴⁵ aclara que “el derecho a la producción y creación no se puede agotar con la creación de una obra y no proyectarse sobre la creación ya realizada o consumada... perdiendo tras la creación intelectual su carácter de derecho fundamental, sin perjuicio de que, sobre la creación pueda existir una protección ordinaria mucho más amplia” y que, por tanto, junto a la “censura previa”⁴⁶ concebida para la protección de la

³⁹ Ver: STORCH DE GRACIA. Derecho a la producción y creación intelectual sobre la obra concreta. **La Ley** 1986-2, p. 1180, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

⁴⁰ Ver: JUFRESA PATAU. El fundamento constitucional del derecho de autor, **La Ley** 1984-4, p. 955, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

⁴¹ EMILE POTU. Le droit moral de l'auteur sur son oeuvre, Ann. Dr. Com, 1909, p. 214, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68-69.

⁴² La fuente Rodríguez considera la violación de la libertad de creación artística como “la interrupción del acto de creación”. Ver: LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013. p. 65.

⁴³ Para Otero Lastres el derecho de autor es recogido en el artículo 20.1 del texto de la Constitución española en su aspecto patrimonial y moral. Ver: OTERO LASTRES. La protección constitucional al derecho de autor, **La Ley** 1986-2, p. 370 y ss, cit. por ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000. p. 68.

⁴⁴ PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 129.

⁴⁵ PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007. p. 131-132.

⁴⁶ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 29, apartado 2, había proclamado como único límite al ejercicio de los derechos y disfrute de las libertades individuales “...el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general, en una sociedad democrática”

libertad ideológica en el proceso de creación, debe coexistir la “censura posterior” para la divulgación y explotación de la obra creada, ya que ambas afectan las facultades morales consideradas “núcleo duro” de los derechos de autor.

Ninguna de las posiciones acogidas por el Derecho se inclina por la no fundamentación constitucional del derecho de autor ante la falta de regulación expresa del mismo, lo que demuestra, en primer orden, la importancia que, por sus efectos, la doctrina y la jurisprudencia conceden a dicho reconocimiento y, en segundo lugar, que no ha sido posible llegar a un consenso. En todo caso, para la fundamentación constitucional de cada situación debe atenderse al tipo de violación específica ya sea patrimonial, moral o mixta, la existencia dentro del texto de la constitución de otros preceptos ordenadores de derechos o libertades cuya regulación lo permita y a la concepción adoptada en torno a la naturaleza del derecho en las leyes ordinarias imperantes, sentencias judiciales y resoluciones administrativas que hayan resuelto litigios anteriores.

Especial referencia a su fundamentación constitucional en Cuba

La Constitución proclamada para la República de Cuba el 24 de febrero de 1976 no regulaba expresamente el derecho de autor; a diferencia de los textos fundamentales que la precedieron, redactados estos en 1940 (artículo 92), en 1901 (artículo 35) y en 1959 (artículo 92). Bajo la vigencia de la Constitución de 1976 fue necesario fundar la protección de los derechos de autor en otros preceptos de la Ley de leyes. Teniendo en cuenta las tendencias actuales para la protección constitucional del derecho, se podía acudir a los preceptos reguladores de los derechos inherentes a la personalidad en la protección del derecho moral y a los de la propiedad ordinaria para el derecho patrimonial o fundar la protección en la libertad de creación artística.

La primera opción presentaba inconvenientes de orden teórico y práctico. Primeramente, el derecho de autor es protegido por el ordenamiento jurídico cubano a través de la Ley N. 14, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba el 28 de diciembre de 1977, “Ley del Derecho de Autor”, en la que, en franca adopción de las Tesis monistas en el artículo 4, se regula este como un derecho único, que comprende todo el conjunto de prerrogativas, sin distinguir entre facultades personales o morales y económicas o patrimoniales. No resulta idóneo escindir este conjunto de facultades en vistas de lograr amparo constitucional. Máxime cuando no es posible la protección de los derechos morales de los autores partiendo de preceptos protectores de los derechos inherentes a la personalidad en el texto constitucional cubano, donde estos no se encontraban expresamente regulados. De ellos, solo se vislumbraba un reconocimiento abstracto a través de lo prescrito en el artículo 9, inciso a, tercera pleca del texto constitucional, que reseñaba las garantías que el Estado brindaba, en este caso la de la libertad y la dignidad plena del hombre, disfrute de sus derechos, ejercicio y cumplimientos de sus deberes y desarrollo integral de su personalidad.

En respuesta a lo proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, varios países, un significativo número de ellos latinoamericanos como Nicaragua 1987, Guatemala 1985, El Salvador 1983, Honduras 1982, Chile 1980 y Perú 1979, vincularon en sus textos constitucionales el tema de la libertad de creación con la no sujeción a la censura previa y el derecho de autor. Ver: LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013. p. 26-27.

En el texto de la Constitución de 1976 tampoco hubo referencia constitucional a la propiedad sobre bienes inmateriales. El derecho de propiedad fue regulado en este importante instrumento legal a través del reconocimiento de cada una de las formas de propiedad, dicese: Propiedad estatal socialista (artículo 15), Propiedad cooperativa (artículo 20), Propiedad de las organizaciones políticas, sociales y de masas (artículo 22), Propiedad personal (artículo 21), Propiedad del pequeño agricultor (artículo 19), Propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas (artículo 23), así como de la regulación de la intervención del Estado para la expropiación forzosa (artículo 25), confiscación de bienes de propiedad personal (artículo 60) y la existencia de tribunales empoderados para declarar y hacer cumplir los derechos (artículo 120-126). No obstante, podía considerarse atinado inferir la protección del derecho de autor a través de la interpretación del artículo 21, referido a la propiedad personal, destinados a la satisfacción de las necesidades materiales y culturales⁴⁷. Pero este precepto se ajustaría solo al resguardo de las facultades que permiten la explotación de la obra, quedando, por ello, las morales sin amparo.

Restaba entonces procurar resguardo constitucional para los derechos de autor de manera indirecta, en la regulación de la libertad de creación artística, artículo 39, inciso ch, del Capítulo V “*Educación y cultura*”, que, como derecho cultural, forma parte de la categoría de derechos económicos y sociales que comenzaron a ser reconocidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, dada la influencia del constitucionalismo social; considerado un derecho humano de “segunda generación”⁴⁸. Aunque su regulación en el texto constitucional de 1976 fue ubicada fuera del capítulo dedicado a los derechos y deberes fundamentales, es criterio mayoritariamente aceptado el reconocimiento como derecho fundamental de los derechos registrados fuera de este.

Para Valdés Díaz la libertad de palabra y prensa contenida en el artículo 53 del capítulo VII “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales” también pudo servir de fundamento constitucional para la protección del derecho de autor⁴⁹. La libertad de palabra y prensa puede ser tomada como complemento idóneo a la libertad de creación para el amparo constitucional de alguna de las obras periodísticas⁵⁰. Entre las que parecen destacar, con fines de investigación, opinión o debate e informativos, el humor gráfico, fotoperiodismo, las literarias de diferentes géneros incorporadas a la prensa escrita, reportajes o artículos radiofónicos, televisivos o audiovisuales en general y, de más reciente aparición, el periodismo de video juegos.

⁴⁷ La Fuente Rodríguez sostuvo esta posición argumentando que las ganancias monetarias que genera el ejercicio del derecho de autor forman parte del conjunto de bienes personales de este, los que serán empleados para la satisfacción de las necesidades materiales o culturales del propio creador. LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013. p. 67.

⁴⁸ LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013. p. 1.

⁴⁹ Ver: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. El derecho de autor. Cuestiones generales. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016. p.13.

⁵⁰ El surgimiento de las publicaciones periódicas se ubica en el siglo XVII en Europa y se desarrolla posteriormente bajo la influencia de la filosofía ilustrada. Siendo un instrumento eficaz para la comunicación, ha sido empleado en la exposición y debate de asuntos de las más diversas índoles. Ver: MORALES SÁNCHEZ, Isabel. **Teoría del artículo periodístico en la España del siglo XIX**. Biblioteca Digital Miguel de Cervantes, 2012. Consultado en sitio digital <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsx6z9>. Acceso en mayo del 2018.

Las garantías materiales a la libertad de creación se formularon en los incisos d y f del propio artículo 39, que establecían la política del Estado a los fines de asegurar su cumplimiento a través del fomento y desarrollo de la educación artística y la consideración de dicha actividad como una forma de trabajo indispensable para el desarrollo de la sociedad, respectivamente, y en la tercera, quinta y última plecas del artículo 9 inciso a, en lo que se refería a la obligación del Estado de garantizar la libertad y la dignidad plena del hombre, la protección del trabajo creador y el avance cultural del país. Las garantías materiales a la libertad de prensa y de palabra fueron recogidas en el propio artículo 53⁵¹.

Ambos preceptos estaban referidos al trabajo creador como una forma de lograr el desarrollo de la sociedad en su conjunto y la realización individual del artista que ha creado, cuya protección debía extenderse al reconocimiento social de su aporte y a la explotación de lo creado como vía de obtener éste la satisfacción a sus necesidades materiales. La interpretación de uno y otro indica la preocupación del legislador cubano de 1976 por proteger el resultado final del proceso creativo y su utilización económica.

No debemos obviar, sin embargo, las discrepancias aportadas por la doctrina a la fundamentación constitucional del derecho de autor en la libertad de creación artística. Lo eficaz sería su regulación expresa en el texto de la Carta Magna. La necesidad de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano conllevó a un proceso de Reforma Constitucional que culminó con la aprobación el 24 de febrero del año 2019 de un nuevo texto constitucional. El artículo 62 de la Constitución del 2019 extiende su protección a todos "... los derechos derivados de la creación intelectual, conforme a la ley y los tratados internacionales", por lo que se encuentran amparados en este precepto los derechos de propiedad industrial y el derecho de autor, los cuales parten de la libertad de crear regulada entre los fundamentos de las políticas públicas del Estado cubano (artículo 32, inciso h). La necesaria garantía de acceder a los órganos de justicia a los fines de obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos se encuentra actualmente regulada en el artículo 92 de la vigente Carta Magna, complementada por la regulación del derecho al debido proceso, tanto administrativo como judicial, regulado en el artículo 94.

Las garantías formuladas en leyes ordinarias van dirigidas a tutelar, precisamente, el derecho de autor y la propiedad industrial. En cuanto al primero, el cual nos ocupa, tenemos que la Ley N. 14 de 1977⁵² cuenta con un numeroso cuerpo de resoluciones e instrucciones dispersas dictadas por el Ministerio de Cultura y circulares que la complementan y contribuyen a la realización eficaz del derecho de los autores. Entre las más relevantes podemos citar el Decreto-Ley N. 106 de 1988 "De la condición laboral y la comercialización de las obras de creadores de artes plásticas y aplicadas", conformándose las vías para su protección y apoyo, así como las normas básicas para la comercialización de las obras, la Resolución N. 13 del 20 de febrero del 2003, dictada por el Ministro de Cultura "Reglamento del Registro facultativo de obras protegidas y de actos y contratos referidos al Derecho de autor" que, en su artículo 19, faculta a los

⁵¹ Para Ferrajoli constituyen garantías de estos derechos, los deberes correspondientes dictados también por normas jurídicas, "ya sean estas las de obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos" a las que llama garantías primarias o "las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras", que denomina garantías secundarias". Ver: FERRAJOLI, LUIGI. **Derechos y garantías**. La Ley del más débil. Madrid: Trotta S.A., 2004. p. 59.

⁵² Como resultado del actual proceso de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano, se trabaja en la modernización de la normativa existente en materia autoral; previéndose que para el año 2021 esté listo para su aprobación un proyecto de ley en esta materia.

autores a presentar recurso de inconformidad contra la decisión de negación de inscripción de obras, del Director del Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA) ante la vía administrativa y jurisdiccional y en la Resolución N. 162 del 15 de noviembre del 2012, que faculta a los autores a reclamar por los incumplimientos y violaciones que se deriven de la aplicación de la legislación vigente en materia autoral, por la vía administrativa ante el Director General del CENDA mediante procedimiento administrativo y, paralelamente, por la vía jurisdiccional, mediante el procedimiento civil ordinario regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, con el inconveniente de que puedan ser adoptadas decisiones contradictorias. Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Provincial Popular competente es posible establecer Recurso de Casación ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular. El Código Penal Cubano ofrece la posibilidad de acceder a la justicia penal solo en el supuesto de que la violación infligida sea la de falsificación de obra de arte en perjuicio de su creador o del patrimonio cultural⁵³.

Las garantías a libertad de crear, concebida esta como el derecho de todo ciudadano en el momento en que se encuentra en pleno proceso de creación, frente a los poderes del Estado, encontraron alguna cobertura en los artículos 26 y 63 del texto constitucional cubano de 1976. El 26 como vía de defensa para la libre difusión, aspecto este de la libertad de creación, y el 63 en cuanto a la acción de reclamar para la obtención de una reparación, indemnización o restitución del bien o derecho vulnerado ante el daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado⁵⁴.

El texto constitucional vigente también reconoce la acción de reclamar para obtener reparación frente al daño producido por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados en los artículos 98 y 99. El primero de estos preceptos dedicados al establecimiento del derecho y el segundo a la regulación de la garantía jurisdiccional.

Consideraciones finales

El carácter especial del derecho de autor al proteger bienes inmateriales estrechamente vinculados a la persona de su creador y el doble cometido de su contenido, condicionan la existencia de diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica de dichos bienes que, desde una perspectiva patrimonialista, personalista o del derecho de autor como un derecho *sui generis*, separándose esta última en dos teorías, la monista y la dualista del derecho, han determinado su disímil regulación.

Sin desdeñar los aportes que cada una de las anteriores concepciones legaron a la comprensión de la naturaleza jurídica del derecho de autor, este debe ser considerado como un único derecho subjetivo, de naturaleza *sui generis*, integrado por todo el conjunto de facultades oponibles *erga omnes* y exclusivas

⁵³ Ley N° 62 de 29 de diciembre de 1987, Código Penal de la República de Cuba, modificada por la Ley N° 87 de 16 de febrero de 1999, artículos 246.1 “Se sanciona con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas el que, en perjuicio de su creador o del patrimonio cultural, falsifique una obra de arte o la trafique.

2. Si como consecuencia de los hechos previstos en el apartado anterior se causa un grave perjuicio, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años.”

⁵⁴ Ver: LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013. p. 62-78.

del creador de la obra intelectual, que pueden ser tanto de índole personal como patrimonial. Si bien entre una y otras existen diferencias y contraposiciones en cuanto a sus rasgos característicos (inalienabilidad y perdurabilidad de las facultades morales en contraposición a la transmisibilidad y temporalidad de las facultades patrimoniales), al ser ejercitadas se entremezclan y al colisionar facultades de ambos tipos prevalecen las de carácter moral, pues constituyen la esencia misma del derecho de autor. Algunas legislaciones, como ya se apuntó, las regulan indistintamente.

La propia diversidad de criterios sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, unido a la indistinta evolución o desarrollo que han alcanzado en la legislación de cada país, condicionan la diversidad de fórmulas para la fundamentación constitucional en aquellos ordenamientos cuyas constituciones no lo resguardan expresamente.

Para algunos tratadistas y criterios jurisprudenciales el derecho debe ser escindido en facultades morales y patrimoniales, tutelando las primeras a través de los preceptos reguladores de los derechos inherentes a la personalidad y las segundas a través de la defensa proporcionada a la propiedad ordinaria. Una segunda opinión propone la protección del derecho de autor a través del precepto amparador de la libertad de creación y producción prevista en algunos textos constitucionales. Un tercer criterio lo sustentan aquellos que consideran que bajo la égida de la libertad de creación sólo deben ser protegidos los derechos morales o personales ya que los patrimoniales o económicos se han de preservar a través de los preceptos consagrados a la propiedad ordinaria.

En Cuba la protección del derecho de autor se encuentra regulada en el texto de la Constitución cubana, así como la libertad de creación artística. Ambos derechos deben ir acompañados de todas las garantías para su ejercicio pleno. A las leyes ordinarias corresponde dejar bien establecidas todas las facultades morales y patrimoniales propias de los creadores y la posibilidad de acudir a los tribunales con acciones civiles y penales como mecanismo de protección ante la violación de estos derechos.

Referencias

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Avances y retrocesos del Derecho de Autor y derechos conexos en América Latina**. Jurisprudencia y solución alternativa de diferencias. En soporte digital. S/E.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor. In: ROGEL VIDE, Carlos (Coord.). **Los límites del derecho de autor**. Madrid: Reus y Aisge, 2012.
- CÁNDANO PÉREZ, Mabel. **Protección constitucional de los derechos intelectuales**. Especial referencia a Cuba. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2016.
- FERRAJOLI, LUIGI. **Derechos y garantías**. La Ley del más débil. Madrid: Trotta, S.A., 2004.
- LA FUENTE RODRÍGUEZ, Elena. **La libertad de creación artística como derecho fundamental en Cuba**. Disertación (Maestría) – Universidad de La Habana (Programa de Posgrado en Derecho. La Habana, 2013.
- LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Valera, t. 1. 1998.

MORALES SÁNCHEZ, Isabel. **Teoría del artículo periodístico en la España del siglo XIX**. Biblioteca Digital Miguel de Cervantes, 2012. Consultado en sitio digital <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsx6z9>. Acceso en mayo del 2018.

ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. **Obra plástica y derechos de autor**. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Reus y Aisge. 2000.

PLAZA PENADÉS, Javier. Comentario al artículo 14. In: RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.). **Comentarios a la ley refundida de propiedad intelectual**. Navarra: Thomson-Civitas, 2007.

ROSELLÓ MANZANO, Rafael. **Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores**. Madrid: Reus, 2011.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. El derecho de autor. Cuestiones generales. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; VARELA MAYOR, Arletys. Contenido del derecho de autor. In: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coord.). **Derecho de autor y derechos conexos**. La Habana: Félix Varela, 2016.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. **Temas de derecho constitucional cubano**. La Habana: Félix Varela, 2004.