

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Sede de Occidente

*El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de
propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los
beneficios de la cultura*

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Sustentantes

Milena Gabriela Granados Alfaro / A62608

Claudio César Rojas Castro / A64956

Director

Walter Antillón Montealegre

San Ramón, Alajuela

Noviembre, 2013



21 de noviembre del 2013
FD-AI-1361-13

Doctor
Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Milena Granados Alfaro**, carné **A64946** y **Claudio Cesar Rojas Castro** carne **A64946**, denominado: "**El Conflicto teórico – filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.**", fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA.**"

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Walter Antillón Montealegre
Presidente	Dra. Isabel Montero Mora
Secretaria (o)	Dr. Norman Solórzano Alfaro
Miembro	MSc. Andrés González Porras
Miembro	Licda. María Elena Villalobos Campos

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **11 de Diciembre del 2013**, a las **5:00 pm**, en la Sala de Conferencias, ubicada en la Biblioteca Arturo Agüero Chaves Sede de Occidente.

Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

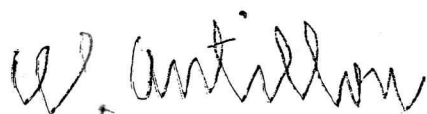
Naranjo, 3 de octubre de 2013.

Señor
Director del Área de Investigación,
Facultad de Derecho, UCR.
S. D.

Me es grato comunicarle, por la presente, mi aprobación como Director, al trabajo de Tesis de los egresados MILENA GRANADOS ALFARO, Carnet A-62608, y CLAUDIO CÉSAR ROJAS CASTRO, Carnet A-64956, que se titula: EL CONFLICTO TEÓRICO-FILOSÓFICO ENTRE LOS CONCEPTOS DE 'PROPIEDAD INTELECTUAL' Y DE 'DERECHO HUMANO DE ACCESO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA'.

Se trata de una indagación seria que representa de modo suficiente el material bibliográfico y normativo vigente al día de hoy en una materia tan importante y delicada, seguida de una reflexión teórico-filosofica que alcanza un grado de rigurosidad adecuado a un trabajo de esta índole. He seguido paso a paso la evolución del pensamiento de los autores en orden a dicha materia, y el progreso del documento desde su esbozo inicial hasta la presentación que ahora tengo en las manos, y estimo que cumple con los requisitos formales establecidos por la Universidad, y con el grado de excelencia necesario; de modo que le doy mi aprobación, para los efectos legales y reglamentarios consiguientes.

Atentamente,



Walter Antillon, Profesor

Señores:

Área de Investigación de la Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

Estimados señores:

La suscrita **Isabel Montero Mora**, en mi condición de lectora de la tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada: "*Conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura*", elaborada por los estudiantes **Milena Granados Alfaro**, carnet A62608, y **Claudio César Rojas Castro**, carnet A64956; doy mi aprobación a dicha investigación puesto que aborda temas actuales y de interés, además de cumplir satisfactoriamente con los requisitos sustanciales y formales exigidos para este tipo de trabajo.

Atentamente,



Dra. Isabel Montero Mora

Profesora

Alajuela, 21 de octubre de 2013

Señores

Dirección de investigación

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

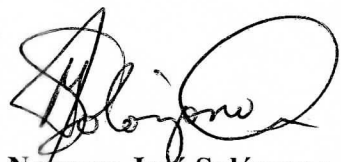
San Pedro de Montes de Oca

Estimados señores:

Para su información y los procedimientos correspondientes, manifiesto mi aval a la tesis de grado titulada *El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura*, sustentada por Claudio César Rojas Castro, carnet A64956 y Milena Gabriela Granados Alfaro, carnet A62608.

Las personas sustentantes han realizado su proceso investigación bibliográfica y de reflexión que respalda la elaboración y redacción de su memoria de tesis, de conformidad con los requerimientos de esta Facultad de Derecho, por lo que considero que puede ser puesta a discusión mediante su correspondiente defensa y réplica ante el Tribunal examinador.

Solidariamente,



Norman José Solórzano Alfaro

Profesor

Cátedra Filosofía del Derecho

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Sede de Occidente

*El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de
propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los
beneficios de la cultura*

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Sustentantes

Milena Gabriela Granados Alfaro / A62608

Claudio César Rojas Castro / A64956

Director

Walter Antillón Montealegre

San Ramón, Alajuela

Noviembre, 2013

© 2013, Milena Granados Alfaro, Claudio César Rojas Castro.

© 2014, Algunos derechos reservados.



Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visita <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Usted es libre para:

- Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- Adaptar — remezclar, transformar y crear a partir del material.
- Para cualquier propósito, incluso comercialmente.

El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

Términos: (algunos, para ver los términos completos de la licencia ingresar al link citado)



Atribución — Usted debe reconocer el crédito de una obra de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace.



Compartir Igual — Si usted mezcla, transforma o crea nuevo material a partir de esta obra, usted podrá distribuir su contribución siempre que utilice la misma licencia que la obra original.

No hay restricciones adicionales — Usted no puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Otros derechos — De ninguna manera son afectados por la licencia los siguientes derechos:

- los previstos como excepciones y limitaciones de los derechos de autor, como el uso legítimo;
- los derechos morales del autor.

Nota — Al reutilizar o distribuir la obra, debe indicar los términos de la licencia.

Dedicatoria

A mis padres, Carmen y Claudio. Por su apoyo determinante y sin condición.

César

*A Clara y Santos, mis padres, y a mi madrina, Edith, por brindarme su
concejo y apoyo incondicional.*

Milena

Agradecimientos

A don Walter, nuestro querido amigo y Maestro. Por guiarnos a través de esta aventura.

*A Tatiana. Por su amistad y por impulsarme a buscar y contar la verdad.
(César)*

*A Keylor y su familia, por apoyarme durante el proceso de elaboración de la investigación.
(Milena)*

A los entrañables compañeros y profesores, quienes fueron buena parte del valioso factor humano de que se nutrió nuestra vida y formación universitaria.

A los miembros del Tribunal Examinador: Norman Solórzano, Isabel Montero, Andrés Gózales y María Elena Villalobos. Por su ayuda y participación.

A la Universidad de Costa Rica, nuestra alma máter.

Tabla de contenidos

Dedicatoria	iii
Agradecimientos	iv
Ficha Bibliográfica	viii
Resumen	ix
Introducción	1
CAPÍTULO I: <i>El origen del conflicto entre el derecho de propiedad privada y los derechos humanos</i>	7
Sección I: <i>Reflexiones introductorias</i>	7
Sección II: <i>El derecho de propiedad en la Revolución Francesa</i>	9
Sección III: <i>Influencia de los contractualistas ilustrados en el derecho de propiedad privada</i>	17
A. <i>El derecho de propiedad privada en Thomas Hobbes</i>	19
B. <i>El derecho de propiedad privada en John Locke</i>	24
C. <i>El derecho de propiedad privada en Jean-Jacques Rousseau</i>	32
Sección VI: <i>El derecho de propiedad privada en el derecho romano, el molde usado por el liberalismo</i>	37
Sección V: <i>Génesis e influencia del Código Civil francés, el Código de los Propietarios</i>	41
CAPÍTULO II: <i>Críticos del derecho de propiedad privada: los Padres de la Iglesia Católica, Pierre-Joseph Proudhon y Karl Marx</i>	46
Sección I: <i>La propiedad privada según el cristianismo clásico</i>	47
A. <i>En las sagradas escrituras</i>	47
B. <i>En la doctrina de los Padres de la Iglesia Católica</i>	50
Sección II: <i>La propiedad privada para Pierre-Joseph Proudhon</i>	53
A. <i>Anarquismo y propiedad privada</i>	54
B. <i>“La propiedad es un robo”</i>	56
C. <i>Sobre los talentos</i>	59
Sección III: <i>La propiedad privada para Karl Marx</i>	63
A. <i>Comunismo, socialismo y propiedad privada</i>	64
B. <i>Visión marxista del derecho de propiedad</i>	68
C. <i>Relación entre medios de producción, trabajo y la propiedad privada</i>	69

CAPÍTULO III: Los derechos fundamentales	73
Sección I: Reflexiones introductorias.....	73
Sección II: Una perspectiva histórica de los derechos humanos.....	75
A. Los derechos humanos de primera generación.....	76
B. Los derechos humanos de segunda generación.....	78
C. Los derechos humanos de tercera generación.....	82
Sección III: Denominación y definición.....	86
Sección IV: Estructura jurídica.....	94
A. ¿Principios o normas?.....	95
B. Derechos fundamentales, derechos subjetivos y propiedad privada.....	98
Sección V: Cuatro características estructurales propuestas por Luigi Ferrajoli para distinguir entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales.....	100
A. Universales.....	101
B. Indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos.....	104
C. Los derechos fundamentales son [principios] normas y los patrimoniales son dispuestos por normas.....	107
D. Los derechos fundamentales constituyen relaciones jurídicas verticales, los patrimoniales horizontales.....	108
Sección VI: Un breve vistazo a nuevos paradigmas para entender los derechos humanos.....	109
CAPÍTULO IV: Cultura y derecho de acceso a los beneficios de la cultura.....	113
Sección I: Evolución del concepto de cultura.....	114
A. Etimología de la palabra cultura.....	115
B. Evolución en el tiempo del concepto de cultura.....	116
Sección II: Concepciones sobre la cultura.....	120
A. La cultura desde la concepción humanista estética.....	120
B. Concepciones sociológicas de la cultura.....	124
C. Concepciones psicoanalíticas de cultura.....	126
D. Concepciones antropológicas de cultura.....	126
E. Concepciones jurídico-normativas de la cultura, nacionales e Internacionales.....	130
Sección III: Los beneficios de la cultura.....	133
A. Desarrollo de la personalidad y dignidad humana.....	134
B. Desarrollo cultural y desarrollo de la sociedad.....	138
C. Bienes culturales.....	140
I. Bienes en sentido jurídico.....	140

2. <i>El arte</i>	141
3. <i>Las obras científicas</i>	143
Sección IV: <i>El derecho a la cultura y el derecho de acceso a los beneficios de la cultura</i>	145
A. <i>La cultura como derecho humano</i>	146
B. <i>El derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura</i>	152
CAPITULO V: <i>Transformación del concepto de derecho de propiedad</i>	156
Sección I: <i>La reformulación del concepto de derecho de propiedad</i>	156
A. <i>Aspectos introductorios</i>	157
1. <i>Análisis etimológico de las palabras “dominio” y “propiedad”</i>	158
B. <i>El derecho de propiedad clásico</i>	160
C. <i>El derecho real de propiedad</i>	160
D. <i>El dominio, los atributos del derecho de propiedad</i>	164
1. <i>Características del dominio</i>	167
E. <i>Crisis de la figura tradicional de dominio</i>	169
Sección II: <i>Ruptura del concepto unitario de derecho de propiedad</i>	171
A. <i>La función social del derecho del derecho de propiedad</i>	171
1. <i>La función social del derecho de propiedad en el derecho constitucional comparado</i>	176
B. <i>La teoría pluralista del derecho de propiedad y el paso de la propiedad a las propiedades</i>	181
CAPÍTULO VI: <i>Análisis general de la propiedad intelectual desde una perspectiva crítica</i>	185
Sección I: <i>Algunos aspectos teórico-filosóficos</i>	185
A. <i>Propiedad intelectual, conceptos básicos</i>	186
B. <i>La propiedad intelectual y/o autoral como derecho humano</i>	190
C. <i>Observación general N° 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	193
D. <i>Teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor</i>	198
1. <i>Teorías personalistas. Derechos de la personalidad y derechos personalísimo</i>	199
2. <i>Teorías dualistas y monistas</i>	203
Sección II: <i>La propiedad intelectual para la industria cultural</i>	204
A. <i>Los dueños de la propiedad intelectual</i>	205
B. <i>Mitos de la propiedad intelectual, las sinrazones de la razón para la apropiación del conocimiento humano</i>	210
Conclusiones	291
Bibliografía	222

Granados Alfaro Milena, Rojas Castro Claudio César. *El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Alajuela, Costa Rica, 2013. (x y 235)

Director: Dr. Walter Antillón Montealegre.

Propiedad privada – Propiedad intelectual – Derechos de Autor – Derechos Humanos – Cultura – Derecho de acceso a los beneficios de la cultura – Teoría del Derecho – Filosofía del Derecho – Bienes sociales – Función social del derecho de propiedad – Industria cultural.

Resumen

El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura es fácilmente constatable de forma empírica: en el precio elevado de los libros de carácter científico y también de muchos de los de contenido artístico, en los cánones exigidos para la reproducción o representación de obras musicales, y en general en las múltiples limitaciones en cuanto al uso y comunicación de las obras que impone la legislación sobre propiedad intelectual. Pero es aún más evidente gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ya que las facilidades y nuevas posibilidades de difusión y acceso a las obras artísticas, científicas y literarias (manifestaciones culturales en las que se centrará nuestro trabajo) que estas tecnologías introducen, provocan una reacción negativa en los empresarios de la industria cultural, lo que se traduce en un fortalecimiento excesivo de la legislación sobre propiedad intelectual, acompañado de una ferviente defensa fundamentada en su supuesta pertenencia a la categoría de los derechos humanos; un argumento que nos pareció necesario rebatir pues creemos que es falso y, además, afecta al derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

De ahí que nos planteáramos la siguiente la interrogante: *¿El derecho de propiedad intelectual es un derecho humano?* La misma, con base en nuestras primeras apreciaciones, se transformó en las dos hipótesis principales de la investigación: *1. La propiedad intelectual es erróneamente tipificada como derecho humano. 2. La propiedad intelectual limita el derecho de acceso a los beneficios de la cultura.* El objetivo general trazado consiste en: *“Estudiar el conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura”*; y los específicos son: *1) identificar los elementos, causas y efectos del conflicto. 2) analizar filosóficamente los elementos, causas y efectos del conflicto identificados. 3) ensayar una conceptualización sobre el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.*

En cuanto a la metodología empleada se utilizó principalmente el método *inductivo-deductivo*, ya que en el desarrollo de la investigación se utilizaron premisas específicas para llegar a conclusiones más generales, esto en cuanto a los razonamientos *inductivos*; y en cuanto al razonamiento *deductivo* cuando la conclusión ha sido obtenida a partir de premisas particulares. Adicionalmente se implementa una

perspectiva histórica con el fin de conocer con panorama amplio las causas originarias de ciertos hechos actuales.

Todo lo cual nos permitió llegar a la confirmación de ambas hipótesis, además de conducirnos a otras muchas conclusiones relacionadas ya que efectivamente la inclusión de la propiedad privada en la categoría de los derechos humanos es una operación errónea llevada a cabo entre los siglos XVIII y XIX, y mantenida hasta la actualidad, momento en el que también se incluya, de forma más específica, a la propiedad intelectual, facultando así a los titulares derivados para defender la preferencia de su derecho patrimonial (estructuralmente incompatible con los derechos humanos) frente a los derechos de todos los seres humanos; en lo que consideramos es un caso de inversión de los derechos humanos.

Se trata de un conflicto que podría solucionarse, al menos en los campos teórico y dogmático, expulsando definitivamente a la propiedad intelectual de la categoría de los derechos humanos y subordinándola a éstos, en especial (para el caso de esta investigación) al derecho de acceso a los beneficios de la cultura y al principio de función social de la propiedad. Para reducir el impacto negativo de la propiedad intelectual también es conveniente una profunda modificación de su régimen jurídico, con la finalidad de posibilitar el disfrute en forma libre y universalmente garantizado, de los múltiples bienes culturales que son objeto del derecho de propiedad intelectual. La implementación de licencias libres es una buena alternativa para ser aplicada a corto plazo.

Introducción

El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura es fácilmente constatable de forma empírica: en el precio elevado de los libros de carácter científico y también de muchos de los de contenido artístico (en especial cuando los derechos de autor no han vencido, pero en ocasiones aún cuando éstos ya han vencido), en los cánones exigidos para la reproducción o representación de obras musicales así como las múltiples limitaciones en cuanto al uso y comunicación de las obras que impone la legislación sobre propiedad intelectual., y en general por la amplísima difusión de obras “comerciales” de poco valor cultural pero mucha rentabilidad económica. Pero es aún más evidente gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ya que las facilidades y nuevas posibilidades de difusión y acceso a las obras artísticas, científicas y literarias (manifestaciones culturales en las que se centrará nuestro trabajo) que estas tecnologías introducen, provocan una reacción negativa en los empresarios de la industria cultural, lo que se traduce en un fortalecimiento excesivo de la legislación sobre propiedad intelectual, acompañado de una ferviente defensa fundamentada en su supuesta pertenencia a la categoría de los derechos humanos, un argumento que nos pareció necesario rebatir pues creemos que es falso y, además, afecta al derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

De ahí que en el momento inicial de la investigación, nos planteáramos la siguiente interrogante: *¿El derecho de propiedad intelectual, por haber sido considerado incorrectamente como derecho humano, se convierte en un limitante al derecho de acceso a los beneficios de la cultura?* Sin embargo más adelante, y habiéndose notado que la estructura del problema no era la más feliz, se optó por modificarla para hacerla más clara y concisa, pero manteniendo su sentido original: *¿El derecho de propiedad intelectual es un derecho humano?* La hipótesis corrió con la misma suerte, en un inicio se planteó así: *El derecho de propiedad intelectual es erróneamente tipificado como derecho humano, por lo que limita al derecho de acceso a los beneficios de la cultura.* Pero en un estadio más maduro de la investigación se hizo nuevamente evidente la necesidad de afinarla, optándose entonces por dividirla en dos: *1. La propiedad intelectual es erróneamente calificada como derecho humano. 2. La propiedad intelectual limita el derecho de acceso a los beneficios de la cultura.* Como puede apreciarse son solo cambios de estructura, no afectando el

contenido ni los fines establecidos desde el inicio, y sin embargo logran reflejar de mejor forma el camino trazado a lo largo del trabajo.

Por su parte el objetivo general que se planteó inicialmente consistió en: *Identificar, mediante el análisis bibliográfico, la reflexión filosófica y la implementación de una adecuada conceptualización y estratificación teórica del Derecho, las causas y efectos del conflicto;* siendo sustituido por uno más acorde con los fines de un objetivo general: *“Estudiar el conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura”*; y al cual corresponden los siguientes objetivos específicos: *1) identificar los elementos, causas y efectos del conflicto. 2) analizar filosóficamente los elementos, causas y efectos del conflicto identificados. 3) ensayar una conceptualización sobre el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.*

En cuanto a la metodología empleada, se utilizó principalmente el método *inductivo-deductivo*, ya que en el desarrollo de la investigación se utilizan premisas específicas para llegar a conclusiones más generales (esto en cuanto a los razonamientos *inductivos*), y el razonamiento *deductivo* cuando la conclusión ha sido obtenida a partir de premisas particulares. Adicionalmente se implementa una *perspectiva histórica* con el fin de conocer con amplio panorama las causas originarias de ciertos hechos actuales.

Esta tarea se ha realizado, particularmente, mediante una amplia labor de *estudio y confrontación de fuentes bibliográficas*, así como de la *normativa nacional e internacional* aplicable.

Así las cosas, es importante recalcar que se pretende abordar el conflicto entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura, principalmente desde los campos de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, como su título indica. Además de ellos también se acude a otras áreas del conocimiento humano para darle mayor rigor y sustento, tal es el caso de la historiografía, aplicada en el capítulo primero, la lingüística, cuando se exponen análisis etimológicos; y la antropología, y en menor medida, la sociología, en el apartado sobre la cultura. Todo ello amalgamado en función de la realidad social de nuestra época y con la pretensión de dar prioridad a los derechos humanos.

Ahora bien, el resultado de este trabajo de análisis y reflexión se ha sintetizado en seis capítulos. En el primer capítulo se retrocede a lo que se considera es el origen del conflicto entre propiedad privada y los derechos humanos, colocando como punto de partida la Revolución Francesa, ya que previo a su acontecimiento y a instancia de intelectuales ilustrados como THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE y JEAN ROUSSEAU se construyen las bases filosóficas para la transición del régimen monárquico a los Estados liberales y constitucionales de derecho, transición para la que el derecho de propiedad privada (inspirado en el Derecho Romano), como sustituto del modelo de propiedad feudal, desempeña un papel protagónico. Tanto fue así que mediante la promulgación de la Declaración de 1789, uno de los más importantes precedentes de lo que hoy conocemos como derechos humanos, se le concibe como un derecho natural, y posteriormente con el Código Civil francés, se le moldea como un derecho individual, con carácter absoluto, sin reparar en las consecuencias sociales que esto conllevaría.

El segundo capítulo está dedicado a conocer el pensamiento de algunos detractores del derecho de propiedad; empezando por las críticas provenientes del cristianismo clásico, para lo que se recurre a algunas referencias de la Biblia y a los criterios de importantes teólogos, reconocidos como los Padres de la Iglesia Católica. También se exponen muchos de los señalamientos hechos, esta vez con posterioridad a las revoluciones burguesas, por otros acreditados e influyentes pensadores de mediados del siglo XIX: PROUDHON y MARX, y las respectivas corrientes filosóficas que representan: el anarquismo y el comunismo y socialismo, respectivamente.

Un tercer capítulo es aprovechado para tratar el tema de los derechos fundamentales desde un contexto actual, pero también mostrando su transformación a lo largo de la historia; siempre en el intento de mantener una postura crítica y realista. Luego nos introducimos en el análisis teórico de los derechos fundamentales, donde se abarcarán temas centrales en lo que al conflicto se refiere. Se finaliza con una exposición de la propuesta de LUIGI FERRAJOLI para distinguir entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, la cual, dicho sea de paso, es uno de los principales sustentos de este trabajo.

El cuarto capítulo está dedicado a un análisis sobre la cultura y los derechos humanos que pretenden asegurar un acceso libre a los beneficios de ésta. Se estudia

primero la cultura desde varias perspectivas científicas. Luego se intenta conceptualizar la cultura como derecho humano y se revisa su incorporación en numerosos tratados, convenios y declaraciones sobre derechos humanos. Y, finalmente, se aborda el derecho de acceso a los beneficios de la cultura destacando sus valiosos aportes para el individuo y la sociedad.

En el quinto capítulo se estudia el derecho de propiedad y su transformación, la cual es necesario conocer porque explica nuestra tesis de considerar a la propiedad intelectual (incluidos los derechos de autor) como derechos de propiedad sobre bienes inmateriales. Además sirve para incorporar otro elemento de suma importancia a la investigación: el principio de la función social del derecho de propiedad, relevante porque mediante él se subordina el derecho de propiedad al interés social y también a los derechos humanos.

Por último, en el sexto capítulo, que está nutrido de todos los anteriores, se cuestionan fuertemente los fundamentos del derecho de propiedad intelectual, a la vez que se muestra su cara menos visible, la de las empresas transnacionales dedicadas a la comercialización de los bienes objeto de propiedad intelectual (industria cultural), los verdaderos dueños de la propiedad intelectual y quienes más se favorecen de la legislación sobre propiedad intelectual. Lo que termina de mostrar los alcances del conflicto entre derechos provocado por la equivocada inclusión de la propiedad privada dentro de la categoría de los derechos humanos.

Sólo después de haber hecho este recorrido fue posible llegar, en un grado satisfactorio, a la confirmación de las dos hipótesis. Se constató que la inclusión del derecho de propiedad privada en la categoría de los derechos naturales fue posible, primero, por el elevado interés de la naciente clase burguesa capitalista y de la falta de precisión teórica y conceptual en el abordaje de un derecho tan polisémico como el de propiedad, todo esto pese a las abundantes y razonadas críticas en contra de estas decisiones. La distinción teórica mencionada se centra en la estructura individual y disponible del derecho real de propiedad, en contraposición a la universalidad, indisponibilidad e inclusividad de los derechos humanos, incluido el derecho de acceso a los beneficios de la cultura, un derecho, además, sumamente importante para el desarrollo integral de la persona humana. También se constató cómo el derecho de propiedad privada es aplicable a bienes inmateriales (propiedad intelectual), siendo ésta última uno de los muchos tipos de

propiedades especiales existentes; y cómo los argumentos empleados para sustentar la supuesta fundamentalidad de la propiedad privada sobre bienes materiales son aplicados también a la propiedad intelectual, amén de la inclusión de ambos (en caso de la propiedad intelectual es un poco más dudoso) en números instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos, como lo son por ejemplo los artículos 2 y 17 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DUDHC), los artículos 17 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 15 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CASDH), y 14 c. del Protocolo de San Salvador (PSS); y de forma más clara en las constituciones políticas, para el caso costarricense en los numerarles 45 y 47. Todo lo cual ayuda a confirmar la primera hipótesis: *la propiedad intelectual es erróneamente calificada como derecho humano.*

Por otra parte, hacia el final de la investigación, cuando se constata el uso acaparador de los bienes culturales que realiza la industria cultural con la venia del derecho de propiedad intelectual, hecho por y para proteger los intereses de aquélla, se confirma la segunda hipótesis: *la propiedad intelectual limita el derecho de acceso a los beneficios de la cultura.*

Se deja hasta aquí la introducción, esperando que este breve bosquejo de cómo surge, se desarrolla y concluye el presente trabajo, junto con su respectiva tabla de contenido, sea suficiente para que el lector pueda formarse una idea más o menos general de lo que podrá encontrar a continuación.

"Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo."

Karl Marx

"Quien trata de los derechos fundamentales no puede tratar sólo de los derechos fundamentales"

N. Luhmann

"Pero el asunto se aclara a partir del momento en que uno entienda que una correcta visión, una buena teoría del proceso jurisdiccional, es en el fondo, una teoría de todo el Derecho; y que una verdadera teoría del Derecho no es otra cosa que una teoría de la Sociedad y de la Historia; y que la mejor teoría de la Sociedad y de la Historia aspirará a ser necesariamente una teoría de la Humanidad; en otras palabras: "de te fabula narratur"¹"

Walter Antillón

Teoría del Proceso Jurisdiccional

"El derecho no es un objeto natural, del que quepa dar cuenta mediante un discurso meramente descriptivo y avalorativo. El derecho es un universo simbólico de creación humana, y en su construcción o «recreación» juegan un papel importante la teoría y la reflexión filosófica. El horizonte del jurista no es el de un simple espectador; formamos parte del universo que describimos y contribuimos a construir ese universo con nuestras propias teorías."

Luigi Ferrajoli

Principia Iuris

"El poder es simultáneamente el proveedor y el sepulcro de los derechos humanos, y más esto que aquello"

Jacques Mourgeon

¹ Parte un verso del poeta lírico y satírico romano Quinto Horacio Flaco, que dice: "Quid Rides? Mutato nomine de te fabula narratur" y se traduce: "¿Por qué ríes? Sólo cambia el nombre y la fabula habla de ti"

Capítulo I

El origen del conflicto entre el derecho de propiedad privada y los derechos humanos

*“This land is mine, this land is free
I'll do what I want but irresponsibly.”*

***Pearl Jam
Do the evolution***

El inicio de este recorrido se remonta a lo que podría llamarse como el origen del conflicto entre el derecho de propiedad privada y los derechos humanos, uno que a la vez sirve de precedente para entender mejor el conflicto entre propiedad intelectual –una de las muchas formas de propiedad privada– y el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura, objeto de esta investigación.

En este capítulo se pretende mostrar, a grandes rasgos, los pensamientos filosóficos que desencadenaron en la institucionalización de dicho conflicto debido a la incorporación de la propiedad privada en la Declaración de 1789, y, paralelamente, ilustrar el contexto socio-político en que esto sucede, así como sus más relevantes influencias para el Derecho y la sociedad actuales; pero también contraponiéndolos con los numerosos cuestionamientos de que fue objeto la idea liberal de incluir al derecho de propiedad (individual, absoluto e inviolable) dentro de la categoría de los derechos naturales.

Sección I

Reflexiones introductorias

La idea de un derecho de propiedad, pretendidamente innato, absoluto, sagrado e inviolable, tal y como se plasma en dos de los instrumentos jurídicos más influyentes para el Derecho occidental: la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano

de 1789², y el Código Civil Francés de 1804³; –altamente influenciada por el derecho natural y el derecho romano– constituye el primer gran paso en la institucionalización jurídica del conflicto entre derechos, objeto de esta investigación, pues es cuando se incorpora oficialmente a la propiedad privada dentro de la categoría de los derechos naturales. Este acontecimiento nos parece importante porque eventualmente extendió sus efectos a la propiedad intelectual, por tratarse de una forma de apropiación privada sobre bienes incorpóreos.

Y es que también durante el periodo revolucionario francés, y bajo la influencia de las mismas corrientes de pensamiento que exaltaron el derecho de propiedad hasta el punto de colocarlo como parte de los supuestos derechos naturales, se promulgó la primera ley sobre propiedad autoral o derechos autorales (el 19 de julio de 1793) la cual otorgaba a los autores un derecho de *explotación exclusiva* sobre sus obras artísticas o literarias.⁴ El derecho autoral emergente en el siglo XVIII consistía –al igual que en la actualidad– en un *poder jurídico sobre bienes inmateriales*, que otorga al autor o a quién éste cediera la titularidad patrimonial de la obra, un derecho de dominio, exclusivo y excluyente, con amplias facultades para su disposición y con efectos *erga omnes*; el cual por sus características cualitativas,⁵ equivale al de propiedad privada.

Para conocer más a fondo las condiciones y las razones por las cuales el derecho de propiedad alcanza tal preponderancia para el ordenamiento jurídico y para la sociedad, en especial la occidental, es que en el presente capítulo se estudiarán las condiciones histórico-filosóficas que finalmente resultaron en su configuración moderna. Para ello se acudirá a los hechos acontecidos en Francia entre los siglos XVIII y XIX, y a las ideas filosóficas impulsoras de los mismos, destacando las producidas por THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE y JEAN-JACQUES ROUSSEAU. Además se estudiarán los orígenes y la implementación del

² II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.

³ Principalmente en los artículos 544 y 545, aunque se creó casi en su totalidad con la propiedad privada como eje central, motivo por el que también se le bautizó como “el código de los propietarios”.

544. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes ó [sic] por los reglamentos.

545. Ninguno puede ser forzado á [sic] ceder su propiedad si no es que sea por causa de utilidad pública, y precediendo una justa indemnización.

⁴ v. JOSSERAND Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial BOSCH, t. I, vol. III, 1950, p. 145.

⁵ Véase *infra*, pp. 164-171.

Código Civil Francés de 1804, por ser uno de los instrumentos jurídicos más determinantes en la expansión del modelo de propiedad impuesto por las revoluciones europeas de esos siglos.⁶

Sección II

El derecho de propiedad en la Revolución Francesa

La Revolución Francesa no es un hecho histórico fácil de explicar o esquematizar. Se compone de una amplísima y compleja cantidad de acontecimientos con cuantiosas particularidades. Por ejemplo podemos destacar la heterogeneidad en las clases sociales, a veces en conflicto, a veces aliadas; la gran variedad de posiciones político-filosóficas que se acentúan aún más en temas específicos como el de la propiedad –en otros, tanto la naciente burguesía capitalista, (dedicada a la industria y al comercio a mayor escala) como las clases más populares, abrazaron el mismo fin, tal y como sucediera con el rechazo de los privilegios de la aristocracia–; también la ambivalencia en la composición e intereses de las clases sociales protagonistas, entre otros tanto. Por lo que es simplista pensar que la Revolución Francesa fue la lucha con la cual el pueblo francés se liberó de las injusticias de la monarquía, o al otro extremo, que se trató de una lucha puramente burguesa, pues también hubo sectores de la burguesía opuestos a la Revolución, y se produjo además la participación de otros estratos sociales no precisamente burgueses, de manera que la burguesía no fue la única opositora del régimen monárquico.

Estos son solo algunos de los muchos factores que hacen de la Revolución Francesa un conflicto profundamente complejo del que consecuentemente nos ocuparemos en forma muy general y haciendo énfasis en lo concerniente al derecho de propiedad y lo acontecido a su alrededor.⁷

Previo al desenlace de las revoluciones europeas, la monarquía era el sistema de gobierno imperante y ésta a su vez fue el resultado de la lucha emprendida años atrás contra

⁶ Al igual que la Declaración de 1789 sirve de modelo para gran cantidad de instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos, el Código Civil Francés hace lo mismo en lo referente a los ordenamientos jurídicos internos basados en el derecho continental europeo.

⁷ La base bibliográfica usada para realizar este apartado de la investigación referente a la Revolución Francesa ha sido: HAMPSON Norman, *Historia social de la Revolución Francesa*, Madrid, Editorial Alianza, 1974., y especialmente los ensayos contenidos en: SOBOUL Albert, *Comprender la Revolución francesa*, Barcelona, Editorial Crítica, 1983.

el sistema feudal, con el objetivo de extender el alcance de la autoridad real; hecho eficazmente consolidado, para el caso de Francia, durante el reinado de LUIS XIII.⁸

Sin embargo, luego de consolidarse en el poder, la monarquía no abolió por completo el sistema feudal. Mantuvo las instituciones más convenientes para conservar el máximo poder posible, y con esa misma finalidad implementó otras tantas. Una de sus instituciones más distintivas y también una de las que produjo más descontento fue la jerarquización oficial de las clases sociales, también conocida con el nombre de *régimen nobiliario*, la cual le permitía otorgar amplios privilegios a la aristocracia y al clero, en perjuicio de los demás súbditos. Así se refieren los hermanos MAZEAUD a este hecho:

“El rasgo más característico del antiguo derecho [monarquía] es la división de la sociedad en clases: nobleza, clero, tercer estado [burguesía]; hay que agregar los siervos, que no habían desaparecido del todo en el momento de la Revolución. La nobleza y el clero eran las clases privilegiadas; se dice, en el lenguaje jurídico, que constituían un “estado”, o sea, que la situación jurídica de los nobles y de los clérigos eran una situación particular: confería derechos especiales y privilegios.”⁹

Del mismo modo, el derecho de propiedad característico del sistema feudal se mantuvo como herramienta para mantener el poder monárquico. La propiedad durante el antiguo régimen también estaba jerarquizada y además sometida a múltiples limitaciones, tales como los usufructos sucesivos o indefinidos, los censos, los mayorazgos, la enfiteusis y la propiedad fiduciaria, entre otros, que impedían su libre disposición.

“La jerarquía de las personas estaba unida a la jerarquía de las tierras, puesto que el Rey otorgaba parte de sus tierras. La tierra, el inmueble, desempeñaba un papel político de primer plano; el vasallo estaba ligado a su señor por la tierra que poseía y que le había sido concedida por los servicios prestados y por prestar [...] El noble, concedía igualmente la tierra a un plebeyo, para procurarse no ya los servicios, que sólo le debía el vasallo noble, sino rentas en productos del suelo o en dinero; era ésta la tenencia plebeya.”¹⁰

⁸ v. BRENES CÓRDOBA Alberto, *Historia del derecho*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 102-104.

⁹ MAZEAUD Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial EJEA, Primera Parte, vol. I, 1969, p. 63.

¹⁰ *Ibid.*, p. 64.

A este sistema, en que el rey obtenía el pago de impuestos y los importantes servicios militares de los vasallos –necesarios porque el dominio de los territorios aún se aseguraba por la guerra–, cediendo el *dominio eminente* al noble, quien a su vez cedía el *dominio útil* al plebeyo, se le conocía como *feudo o tenencia doble*. Evidentemente ello representó una gran carga para la burguesía y para los siervos, quienes además de trabajar en terrenos que no les pertenecían, también debieron mantener el extravagante estilo de vida de la nobleza y del clero. Éste último, como parte de los privilegios otorgados por el monarca, cobraba al pueblo los diezmos eclesiásticos, entre otros.

Además de las desigualdades impuestas por el régimen nobiliario, la propiedad feudal y los numerosos impuestos, rentas, diezmos y demás cargas, otros muchos factores contribuyeron para desencadenar la Revolución de 1789, entre los que destaca por ejemplo la crisis económica empeorada por la mala administración de LUIS XVI, quien dedicó cantidades enormes de recursos apoyando a los norteamericanos en la guerra de independencia contra su enemigo común, Inglaterra –una crisis económica que recayó sobre el tercer estado y las clases populares, ya que los estamentos privilegiados estaban exentos de pagar impuestos–. Las ideas filosóficas del movimiento ilustrado, además de enarbolar principios como los de libertad e igualdad, planteaban la necesidad de limitar el poder del monarca y cuestionaban la legitimidad de su *derecho divino* a gobernar. El creciente auge del mercado mobiliario (industria y comercio), que desde hacía varios siglos atrás se encontraba en manos de la burguesía capitalista, lo que les permitió –pese a las numerosas cargas legales y económicas– procurarse el poder económico necesario para exigir participación política, la que fue casi siempre rechazada por la aristocracia francesa por temor a perder los privilegios de los que obtenía el sustento económico. Y por último, otro factor indispensable fue el valioso y activo aporte de las masas populares, quienes también se oponían fervientemente a los privilegios de la nobleza y el clero.

Como recién se mencionó, uno de los objetivos principales de la Revolución consistió en abolir los privilegios y cargas impuestos por el monarca, y con ellos, la propiedad de tipo feudal. Pero entre el periodo de tiempo transcurrido desde que la burguesía consigue eliminar el régimen monárquico gracias a la instauración de la

Asamblea Nacional en 1789¹¹ y hasta cuando se consolida por completo la Revolución, gracias al golpe de Estado con el que Napoleón toma el poder en 1799 (18 brumario), así como la consecuente promulgación del Código Civil Francés en 1804; la discusión sobre cómo debía concebirse el derecho de propiedad enfrentó a diversas clases sociales y sus distintas opiniones.

Así por ejemplo, había sectores de la burguesía como el correspondiente a los funcionarios y también a la alta burguesía financiera, que se encontraban estrechamente ligados a la administración del régimen monárquico y consecuentemente no veían conveniente su desaparición. Por otra parte existían otros sectores de la burguesía que sí deseaban la eliminación del régimen feudal y además, la liberación total de la propiedad y del mercado: ésta era la entonces naciente burguesía capitalista, misma que comandó las acciones revolucionarias por ser la más preparada intelectualmente y tener mayores intereses económicos.

Ahora bien, en cuanto a lo específicamente relacionado con el derecho de propiedad, para la burguesía más moderada era inaceptable que éste se concibiera como absoluto e ilimitado. Personajes de la talla de DANTON, MARAT y SAINT JUST apoyaban esta tesis. ROBESPIERRE, representante de la burguesía media jacobina también era uno de ellos. Podemos conocer su pasamiento y el de quienes representaba acudiendo a un muy citado discurso suyo, pronunciado el 24 de abril de 1793, del que rescatamos el siguiente fragmento:

“Preguntad a ese mercader de carne humana qué es la propiedad; os dirá, mostrándoos ese largo ataúd que él llama navío, donde ha encerrado y aherrojado hombres que parecen vivos: «He aquí mis propiedades; los he comprado a tanto por cabeza». ... A juicio de toda esa gente, la propiedad no se apoya en ningún principio de moral. ¿Por qué vuestra Declaración de derechos parece presentar el mismo error? Al definir la libertad, el primer bien del hombre, el más sagrado de los derechos de la naturaleza, habéis dicho con razón que sus límites son los derechos de los demás; pero ¿por qué no habéis aplicado este principio a la propiedad, que es una institución social, como si las leyes eternas de la naturaleza

¹¹ Y a partir de ella, en ese mismo año, la Asamblea Nacional Constituyente, misma que aprueba la famosa Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

fueran menos inviolables que las convenciones de los hombres? Habéis multiplicado los artículos para asegurar la mayor libertad posible, y no habéis dicho una sola palabra que determine su legitimidad.”¹²

Se trata de un ataque directo al derecho de propiedad privada entendido como absoluto e ilimitado, apelando a la potencial fuente de injusticia que esta conceptualización, ya para ese entonces plasmada en la Declaración de 1789, podía acarrear. También es muy destacable la calificación de “institución social” que le da ROBESPIERRE, un criterio donde ya se asomaba lo que más tarde sería la teoría de la función social de la propiedad. Sin duda existía plena conciencia de la equivocada dirección trazada para el derecho de propiedad.

Por su parte los estratos más populares, aunque apoyaban a la burguesía capitalista en su lucha contra la aristocracia, en otros temas perseguían intereses muy opuestos. El grupo compuesto por estas gentes era conocido como el de los *sans-culottes* y representaba los intereses del pequeño campesinado francés, los artesanos, tenderos y pequeños comerciantes en general. Para ellos, el fundamento de la propiedad estaba en el trabajo personal del poseedor. Se oponían a la libertad total de la producción del mercado. Reclamaban la fijación de máximos al capital y la reglamentación del comercio, pues querían impedir la concentración de la propiedad en unas pocas manos, especialmente de la propiedad sobre los bienes de producción. Temían que de no existir una adecuada regulación y por el hecho de no ser ellos propietarios, los que sí lo eran –y en cantidades acaparadoras– podrían reducirlos a maltratados trabajadores asalariados o proletarios, precisamente por la imposición de la propiedad privada capitalista, fundada más bien en el trabajo ajeno y asalariado.¹³

Los *sans-culottes* llegaron a tener mucha influencia en las decisiones políticas, sobre todo en los momentos en que la burguesía capitalista más los necesitaba, y por ende les otorgaba ciertas concesiones para asegurarse su apoyo. En una de sus peticiones a la Convención en 1793 los *sans-culottes* reclamaban:

¹² ROBESPIERRE, citado en: SOBOUL Albert, *Op. cit.*, p. 355.

¹³ v. *Ibíd.*, pp. 51-52.

“Que se fije el máximo a las fortunas; que un mismo individuo no pueda poseer sino un máximo; que nadie pueda tener en alquiler más tierra que la necesaria para una cantidad determinada de arados; que el mismo ciudadano no pueda tener más de un taller, de una tienda.”¹⁴

Sin bien con la Revolución se gestaron cuantiosos avances, como el sistema político republicano, las libertades individuales (que representan para muchos el punto de origen de los derechos humanos) y la incorporación del constitucionalismo, entre otras muchas conquistas, lo cierto es que también se sientan las bases para que el capitalismo sea el sustituto definitivo del antiguo régimen, y como es sabido, la propiedad privada consolidada en la Declaración de 1789 y en el Código de Napoleón¹⁵ sería uno de sus más importantes pilares.

Como contraposición al derecho de propiedad de tipo feudal, el nuevo régimen estaría exento de toda limitación, permitiendo una fácil circulación, como si se tratase de cualquier otra mercadería: “*Se propendió, entonces, a la libre circulación de la propiedad, tal como el derecho romano tardío lo había contemplado.*”¹⁶

Tanta importancia revestía la propiedad para la burguesía capitalista, dominante en ese momento, que la concibe como un derecho sagrado y natural a todo hombre, y por ende, absoluto e inviolable, estrechamente ligado (al menos desde su artificial e interesado punto de vista, ya que en la realidad no es así) a la libertad y la dignidad de la persona. Para ellos solo al propietario se le considera verdaderamente libre, además de reconocérsele un señorío ilimitado sobre sus bienes; así, cuanto más bienes y mayor libertad de disposición gozara el propietario, más digno sería. Es precisamente con esta perspectiva que se da el surgimiento del conflicto entre el derecho de propiedad privada y los derechos humanos.

“En esta forma, el derecho de propiedad pasa a ser considerado como una proyección de la personalidad misma del individuo y a ser valorado y protegido en

¹⁴ SOBOUL Albert, *Op. cit.*, p. 53.

¹⁵ En otras latitudes la implementación de la propiedad privada capitalista fue políticamente menos complicada; como el caso de EEUU e Inglaterra, naciones que dicho sea de paso, con sus respectivas luchas revolucionarias sirvieron de ejemplo a la burguesía francesa, lo que es notorio con la gran acogida que tuvo en Francia el pensamiento del filósofo JOHN LOCKE, uno de los inspiradores de la Revolución burguesa de Inglaterra; y con la participación activa de LAFAYETTE, uno de los redactores de la Declaración de 1789 y quien años atrás había luchado contra Inglaterra del lado de las filas norteamericanas.

¹⁶ OCHOA CARVAL Raúl H., *Propiedad y dignidad. El derecho de propiedad: ni derecho natural, ni derecho fundamental*, Bogotá, Editorial Temis, 2009, p. 13.

el plano jurídico, con un especial vigor. Únicamente el propietario privado puede bastarse a sí mismo y resistir a la invasión de su individualidad por otros individuos o por el Estado. Esto explica que la propiedad individual obtiene un puesto central de primer orden en la organización social y en el sistema jurídico, y entra a perfilarse como un medio para alcanzar el poder.”¹⁷

Es importante acotar que dentro de este mismo contexto se llevaron a cabo las discusiones referentes a los derechos autorales y su naturaleza jurídica. Y es que durante el antiguo régimen el derecho del autor consistía en un privilegio temporal otorgado por el rey, previa autorización de la iglesia, quien tenía la potestad de revisar la obra literaria para constatar que su contenido no fuese contrario a la moral y a la doctrina católica. Si así lo era, la obra obtenía el permiso eclesiástico denominado “*nihil obstat*”,¹⁸ y posteriormente era tasada por la autoridad real para fijar un precio.

Como se ha podido apreciar, la *fundamentalidad* del derecho de propiedad privada sobre bienes materiales había sido exaltada por la alta burguesía, apelando principalmente a su categorización de derecho natural. Pero también, como recién se constató, hubo quienes se opusieron a ello, negando el que la propiedad privada fuera un derecho natural, intrínsecamente relacionado con la libertad y personalidad del individuo; a la vez que advertían sobre las graves consecuencias de entenderla como un derecho ilimitado e inviolable. Pues en la discusión, específicamente sobre la propiedad autoral, se continuó con la misma línea: unos creían que la propiedad sobre las obras del intelecto humano era la más *sagrada* de las propiedades, otros, los menos, se oponía a ella, argumentando que se trataba de un obstáculo a la libertad. Los opositores a la tesis que defendía la propiedad intelectual como un derecho natural tuvieron como uno de los representantes más destacados al filósofo y matemático NICOLAS DE CONDORCET, quien en uno de sus discursos advirtió:

“Los privilegios tienen en esta materia, como en toda otra, los inconvenientes de disminuir la actividad, de concentrarla en un reducido número de manos, de cargarla de un impuesto considerable, de provocar que las manufacturas del país resulten inferiores a las manufacturas extranjeras. No son, pues, necesarios ni

¹⁷ NOVOA MONREAL Eduardo, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979, p. 15.

¹⁸ Abreviatura de “*nihil obstat quominus imprimatur*” en castellano: “no existe impedimento para que sea impresa.”

útiles y hemos visto que eran injustos. [...] No puede haber ninguna relación entre la propiedad de una obra y la de un campo que puede ser cultivado por un hombre, o de un mueble que sólo puede servir a un hombre, cuya propiedad exclusiva, en consecuencia, se encuentra fundada en la naturaleza de la cosa... la propiedad literaria no es un derecho, es un privilegio y como todos los privilegios, es un obstáculo impuesto a la libertad, una restricción evidente a los derechos de los demás ciudadanos...”¹⁹

Mientras que con el criterio contrario, los defensores de la propiedad autoral la colocaban en el pedestal más alto, al referirse a ella como el derecho más *sagrado* de todos, por ser el fruto directo del pensamiento y trabajo del autor, en razón de lo cual se les debía otorgar un derecho de *exclusividad*, válido inclusive con posterioridad a su muerte. Así lo solicitaba JEAN LE CHAPELIER, en 1791:

“El más sagrado, la más personal de todas las propiedades es el trabajo fruto del pensamiento de un escritor (...) en consecuencia, es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten los frutos de su trabajo; es esencial que durante su vida y por algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio sin su consentimiento.”²⁰

Ya para el 19 de julio de 1793, siguiendo los legisladores franceses la tesis *iusnaturalista* de la propiedad privada autoral como la más sagrada de todas, se promulgó la ley de 19-24, que le otorgaba a los autores un derecho de explotación exclusiva, de por vida y hasta diez años después de morir. Con el tiempo este modelo de explotación se expandió por todo el mundo, aumentando paulatinamente la cantidad de años con posterioridad a la muerte del autor en que se aplica.

Es claro que la propiedad, tanto en la etapa previa a la Revolución como la posterior, constituyó un importante medio para la obtención de poder. Por más que se le intentase vestir con ropajes como el de la libertad y la dignidad, era evidente que esos ropajes le quedaban muy holgados; muchos lo hicieron saber así, pero al final imperó la tesis contraria.

¹⁹CONDORCET, citado en: «Propiedad Intelectual», *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultado el 6 de febrero de 2013.

²⁰CHAPELIER, citado en: *Ibid.*

En suma, es muy notorio que la historia del derecho de propiedad bien se puede identificar con la historia del poder. Primero la monarquía utilizando la modalidad del *feudo o doble tenencia*, se aseguraba la disponibilidad de las numerosas fuerzas armadas requeridas para defender su reino y el dinero para mantenerlas. Los nobles y el clero la usaron para explotar a las clases más bajas, a base de más impuestos y limitaciones. Luego la burguesía sustituyó la propiedad feudal por la propiedad privada capitalista y la usó, enarbolando su supuesto carácter de derecho natural, para asegurar en su beneficio la inviolabilidad y máxima liberalización posible de la misma, en detrimento de los no propietarios.

“Debéis garantizar, por fin, la propiedad del rico” decía BOISSY D’ ANGLAS, a finales de 1793, en el discurso preliminar al proyecto de Constitución, cuando la alta burguesía ya empezaba a tomar mayor fuerza y a endurecer sus políticas, *“Un país gobernado por los propietarios está en orden social, mientras que aquel donde gobiernan los no propietarios está en estado de naturaleza.”*²¹

Y el resultado final fue un orden legal, político y social creado a la mayor conveniencia de la clase propietaria, donde cuanto más propiedades posea un individuo más exitoso y mejor ciudadano se le considera, más apto para ocupar cargos públicos, e incluso durante mucho tiempo se establecieron en Francia y en muchos otros Estados sistemas electorales censitarios, que reconocen el sufragio solo a los propietarios de bienes inmuebles. Por otra parte quienes no tenían propiedades eran ciudadanos de segunda categoría ya que, irónicamente, los propietarios que lucharon y despotricaron en contra de los privilegios de la aristocracia, terminaron arrogándose gran cantidad de privilegios legales. Los derechos humanos de la Declaración de 1789 continuaron siendo los derechos de los propietarios, haciendo formalmente *menos humanos* a los no propietarios.

Sección III

Influencia de los contractualistas ilustrados en el derecho de propiedad privada

El recién citado BOISSY D’ ANGLAS alegaba que un gobierno de los no propietarios está en *estado de naturaleza*, y con eso hacía referencia a la doctrina del *contractualismo*.

²¹ MONITEUR, citado en: SOBOUL Albert, *Op, cit.*, p. 354.

El contractualismo, en época de la ilustración, consistía en una teoría política basada en un hipotético *contrato social* por el cual las partes contratantes –los individuos habitantes de una determinada circunscripción territorial (Estado)– acuerdan tácita o expresamente, someterse a la autoridad de una persona o de un grupo de personas, quienes con el poder y la autoridad delegados, estarían en la obligación de proteger a los ciudadanos, tutelar sus derechos naturales e impartir justicia. El estadio anterior al contrato social se denomina comúnmente como *estado de naturaleza*, mientras que al resultante del contrato social, *sociedad civil*. Se consideraba que las gentes *salvajes* vivían en estado de naturaleza mientras los hombres modernos y civilizados en Estados republicanos regidos por la ley. Así algunos ilustrados identificaban al derecho de propiedad privada como una condición para la sociedad civil y una señal de superioridad; por eso BOISSY D' ANGLAS decía que un gobierno de los no propietarios estaba en estado de naturaleza y por tanto no era conveniente.

La teoría contractualista funcionó como una alternativa y a la vez como negación del poder absoluto del monarca, quien por el contrario justificaba su autoridad con el argumento de que ésta constituía una atribución divina. Esta corriente de pensamiento estuvo influenciada en la mayoría de los casos por el racionalismo iniciado por DESCARTES; el empirismo como metodología y el deísmo²² en lo espiritual. Rápidamente se convirtió en una de las teorías más acreditadas, para justificar al Estado moderno.²³

Para el desarrollo del siguiente apartado se eligieron tres de los representantes más destacados de dicha teoría política: THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE Y JEAN J. ROUSSEAU. En ellos, aunque vista de formas distintas, la propiedad es uno de los factores centrales para justificar y construir el modelo de Estado ideal. Los tres, en mayor o menor medida, son partidarios del derecho natural, y sus teorías fueron fundamentales para la Revolución

²² El Diccionario de Filosofía Akal nos da la siguiente definición: “DÉISMO, doctrina que sostiene que la auténtica religión es la religión natural. Algunos autoproclamados deístas cristianos aceptan la revelación, aunque sostienen que su contenido es esencialmente el mismo que el de la religión natural. La mayoría de los deístas desestiman la religión revelada considerándola una ficción. [...]La salvación no puede, por tanto, depender de una especial revelación. La verdadera religión es una expresión de la naturaleza humana universal cuya esencia es la razón y que es la misma en toda época y lugar. Las tradiciones religiosas tales como el cristianismo y el islam tienen su origen en la incredulidad, la tiranía política y las intrigas de las castas sacerdotales, que corrompen la razón y cubren la religión natural de impurezas. El deísmo es un fenómeno característico de los siglos XVII y XVIII y gozó de especial importancia en Inglaterra [...]Al final del siglo XVIII el término acaba significando la creencia en un «Dios ausente» que crea el mundo, ordena sus leyes, y entonces lo abandona a sus propios mecanismos.” AUDI Robert, ed., *Diccionario de Filosofía Akal*, Madrid, Editorial Akal, 2004, p. 237.

²³ En la actualidad existe una variante hija del contractualismo ilustrado denominada *neocontractualismo* y de la cual JOHN RAWLS es una de los principales teóricos.

Francesa y también para la elaboración del derecho de propiedad moderno, motivo por el cual nos centraremos en el papel que en sus respectivos trabajos desempeñó el derecho de propiedad para la conformación de los Estados.

A. El derecho de propiedad privada en Thomas Hobbes

HOBBS fue un filósofo inglés que vivió de 1588 a 1679. Ampliamente reconocido por sus ideas sobre el absolutismo político. Su obra más importante es *Leviatán*, cuyo título hace referencia al monstruo bíblico del mismo nombre, poseedor de un poder descomunal en alusión al soberano con poder absoluto que él ideó para mantener la paz y la seguridad de su Estado ideal.

THOMAS HOBBS es racionalista y materialista; concibe la política como una ciencia. Trata de descomponer la sociedad en sus elementos más básicos y recomponerlos luego en un todo lógico y sistemático. Para HOBBS las acciones humanas y sus relaciones deben ser reconocidas con la misma exactitud que en el pensar geométrico se conocen las partes de las figuras geométricas. A diferencia de JOHN LOCKE, HOBBS rechaza casi por completo el recurso a lo sobrenatural.²⁴ La iglesia también debe estar sometida al soberano, y no acepta la tesis por la que el poder del monarca se desprende de un mandato divino. Su ateísmo político conllevó a que en su tiempo fuese despreciado por muchos.

En la teoría contractualista hobbesiana el miedo a una muerte violenta y el derecho de propiedad juegan un papel fundamental, ambos son elementos motivadores para el desarrollo de sus ideas y justifican el hipotético contrato social por el que se constituye el gobierno civil. “*Homo homini lupus*” (El hombre es un lobo para el hombre), reza una de sus máximas más reconocidas; aforismo utilizado para referirse a la forma pasional y egoísta en que los individuos se comportan en el estado de naturaleza, pero también cuando se unen para formar el estado civil. Lo que hace que actúe diferente en éste último es el poder disuasorio que el soberano ejerce sobre él. Mientras que ROUSSEAU y LOCKE— como seguidamente se verá— proponen un escenario con individuos naturalmente buenos, HOBBS, previamente a ellos, había optado por describir detalladamente la fisonomía de un ser humano con maldad natural que siempre desea obtener más poder para imponerse a los demás.

²⁴ v. GIMÉNEZ Felipe, «Lecciones sobre Thomas Hobbes», en *Filosofía y educación*, <http://www.filosofia.net>, consultado el 3 de febrero de 2013.

Según el pensamiento hobbesiano, antes de constituir un gobierno civil, las personas vivían en una casi perfecta igualdad de condiciones, tanto físicas como intelectuales, lo que lejos de ser una característica positiva, más bien constituía un presupuesto de inseguridad.

“La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno no pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él. En efecto, por lo que respecta a la fuerza corporal, el más débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, ya sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otro que se halle en el mismo peligro que él se encuentra. En cuanto a las facultades mentales yo encuentro aún una igualdad más grande, entre los hombres, que en lo referente a la fuerza. Porque la prudencia no es sino experiencia; cosa que todos los hombres alcanzan por igual, en tiempos iguales, y en aquellas cosas a las cuales se consagran por igual.”²⁵

Así la igualdad en que se encuentran todas las personas en el estado de naturaleza tiene en HOBBS consecuencias muy negativas. Al ser éstas egoístas y ambiciosas por naturaleza y solo interesarles la autopreservación, cualquier individuo es capaz de imponer su voluntad frente a otros, sea mediante la fuerza o la astucia, pudiendo por ejemplo apoderarse de los bienes ajenos o atentar contra la vida de su congénere, en aras de su autopreservación o bien de la simple necesidad de imponerse a los otros. Todos son enemigos en potencia de todos y, ya que tampoco existe una autoridad capaz de decidir qué es justo o injusto; o lo que es mío (*meum*) y lo que es tuyo (*tuum*), el resultado es en un estado de guerra de todos contra todos.

“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. [...] Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni

²⁵ HOBBS Thomas, *Leviatán*, cap.13, p. 58., <http://es.scribd.com/doc/119487813/Leviatan-Thomas-Hobbes>, consultado el 1 de febrero de 2013.

dominio, ni distinción entre [lo] tuyo y [lo] mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo.”²⁶

Ante la ausencia de una autoridad que asegure la conservación de la vida y de la propiedad –la cual se plantea como una de las mayores causas de discordia–, prevalece la incertidumbre y el miedo a una muerte violenta. En el estado de naturaleza la diferencia entre *meum* y *tuum* se encuentra definida por la fuerza (*dominium*).²⁷ Los bienes escasos son de quien los tome y permanecen en poder de quienes sean capaces de retenerlos. Pero en estas condiciones se da otro importante factor justificante de la sociedad civil: el aseguramiento de la vida y la libertad de las personas, ya que en el estado de naturaleza no solo los bienes pueden ser objeto de apropiación, también la misma persona puede ser, mediante la fuerza o la astucia superior de otro, sometida a la esclavitud.

“La *self-preservation* no deja otra alternativa a la víctima que pactar su servidumbre, evaluar las posibilidades de asesinar a su dueño, o huir de él, siempre que el conquistador lo permita. Por ello es que en Hobbes la propiedad se encuentra directamente vinculada a la preservación de la vida. Propietario es aquel que tiene el derecho (la fuerza y el *dominium*) de conservar la vida y los bienes. Lo que no significa que la vida para Hobbes sea una propiedad, como lo será más tarde para Locke.”²⁸

Aunque no confunda directamente la propiedad con la vida o la libertad, como sí lo hace LOCKE, es evidente que HOBBS las relaciona estrechamente, tanto que de su tesis se puede perfectamente inducir que, sin la adecuada protección de la propiedad privada no es posible garantizar la vida o la libertad, porque tampoco se ve la posibilidad de que alguna persona sea completamente libre si no cuenta con el *dominium* para conservar los bienes necesarios para no verse obligado a vivir como esclavo. Un razonamiento que bien podría haber influenciado el futuro trabajo de LOCKE.

²⁶ HOBBS Thomas, *Op. cit.*, cap.13, p. 60.

²⁷ v. LAGARRIGUE Maximiliano, Propiedad y autoridad en la teoría política de Thomas Hobbes, *Revista electrónica Papeles de trabajo*, N°. 8, nov. 2011, p. 5., <http://www.idaes.edu.ar>, consultado el 1 de febrero de 2013.

²⁸ *Ibíd.*

Ante un panorama como este, donde no hay seguridad de nada y todos representan un potencial peligro, el único derecho natural es la libertad de cada persona de usar su poder como desee para asegurar su propia conservación:

“...lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.”²⁹

De todo lo anterior se desprende que en el hipotético estado de naturaleza hobbesiano no existe la propiedad privada, por tanto, tampoco es un derecho natural, anterior al pacto fundacional del Estado. Sin embargo dada que la ausencia de seguridad sobre *meum* y *tuum*, una de las causas principales del miedo a la violenta contingencia de la vida, el contrato social deberá tener como propósito solucionar dicha situación desventajosa. Dice HOBBS: “*Un derecho de todos los hombres a todas las cosas no es, en efecto, mejor que si ningún hombre tuviese derecho a nada.*”³⁰ Es evidente que la propiedad privada aunque no sea un derecho natural, sí es un factor determinante, casi medular, para la constitución del Estado.

Consecuentemente el siguiente paso en su tesis es la constitución (justificada gracias al contrato social) de la sociedad civil, mediante la delegación de todo el poder de los ciudadanos contratantes al soberano, para que sea éste el encargado de administrar el uso de la propiedad e impartir justicia, utilizando la razón en lugar de la fuerza.

“La justicia y la propiedad comienzan con la constitución del Estado. [...]Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de

²⁹ HOBBS Thomas, *Op. cit.*, cap. 15, p. 61.

³⁰ HOBBS, citado en: LAGARRIGUE Maximiliano, *Op. cit.*, p. 2.

erigirse el Estado. [...]Por tanto, donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad.”³¹

En el pensamiento de HOBBS la única manera de ponerle final al permanente estado de guerra es mediante la concentración del máximo poder disponible, donde por cierto, el miedo sigue jugando un papel central, pero ahora en favor del Estado absoluto.

“El poder ha de ser absoluto y nunca puede ser compartido. Quien detenta el poder así ha de ser lo suficientemente fuerte como para dominar a la bestia que es el hombre. Ha de ser un Leviatán [...] el contrato es la base del Estado, y su única justificación, si el Estado no garantiza seguridad (única razón por la que se ha establecido) pierde su razón de ser. Por eso ha de imponer obediencia a todos sus miembros.”³²

Tan grande es el poder del soberano que incluso puede disponer de las propiedades de sus súbditos como mejor le parezca: la propiedad privada de los súbditos solo es oponible a otros súbditos. Ningún ciudadano puede gozar de un derecho de propiedad absoluto sobre ningún bien, ello conllevaría a debilitar el poder de *Leviatán*.

“La propiedad de un súbdito no excluye el dominio del soberano sino, solamente, el de otro súbdito.”³³

En nuestra opinión y a manera de conclusión, el estado de naturaleza ideado por HOBBS es un constructo especulativo que describe muy certeramente la naturaleza de los seres humanos. Pero además sirve para fundamentar la conveniencia de una tesis política, en la cual el derecho de propiedad –y no así el de acceso a la propiedad– desempeña un papel estructuralmente esencial como presupuesto para la seguridad, la vida y la libertad. Por tanto en HOBBS, el soberano, sea una monarquía (gobierno de una persona), una democracia (gobierno popular) o una aristocracia (gobierno de unos cuantos), surge como un pacto entre los propietarios para garantizar mediante la ley el dominio sobre sus bienes, amenazados por los no propietarios o bien por otros propietarios.

³¹ HOBBS Thomas, *Op. cit.*, cap. 15, p. 67.

³² GIMÉNEZ Felipe, *Op. cit.*

³³ HOBBS Thomas, *Op. cit.*, cap. 24, p. 115.

B. El derecho de propiedad privada en John Locke

JOHN LOCKE (1632-1704) es considerado uno de los padres del liberalismo. Forma parte de los pensadores del movimiento ilustrado, inspiradores intelectuales de las revoluciones burguesas de Inglaterra y Francia. En el *Primer ensayo sobre el gobierno civil* intenta demostrar la falsedad del argumento, que aún en esa época sustentaba la legitimidad del poder de los reyes. Este argumento consistía básicamente en que la autoridad del rey provenía del “*dominio personal y la jurisdicción paternal de Adán*”, quien lo heredaba por una supuesta relación de consanguinidad. Sus ideas también formaron parte del proceso de independencia de las colonias estadounidenses y de la redacción de los *Bill of Rights*. Pero además es uno de los teóricos más acreditados en lo referente al fundamento del derecho de propiedad privada, y uno de los principales responsables de que actualmente se le considere como derecho fundamental.³⁴

Las referencias a Dios y las citas de La Biblia son numerosas en su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, claro indicador de una postura *iusnaturalista*, donde los derechos naturales se deducen de la voluntad divina del creador mediante el uso de la razón, es decir, la verdad revelada.

“Tanto si nos ceñimos a la razón natural, que nos explica que las personas, una vez nacidas, tienen el derecho de proteger su vida, y como consecuencia, el de comer y beber y el de utilizar las cosas que la Naturaleza le ofrece para sobrevivir, que si nos fijamos en la *Revelación* exclusivamente nos ofrece un relato de cómo Dios otorgó el mundo a Adán y a Noé y sus hijos, y queda completamente claro que Dios, como dice el rey David (Salmo CXV, 16), «entregó la tierra a los hijos de los hombres», se la dio a todo en género humano en común.”³⁵

En la teoría contractualista especulativa desarrollada por LOCKE, los seres humanos, con anterioridad a la conformación del gobierno civil, vivían en *estado de Naturaleza* regidos por la ley natural (la razón). En el *estado de Naturaleza*, convivían en completa libertad “...*para organizar sus acciones y para disponer de sus propiedades o de sus personas según crean...*” y en la más perfecta igualdad, “...*nadie tiene más que*

³⁴ v. FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 7 ed., 2010, p. 43.

³⁵ LOCKE John, *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Editorial ALBA, 2003. § 24.

otro... ”³⁶ Los derechos otorgados por la ley natural son: la vida, la salud, la libertad y las propiedades.³⁷ Consecuentemente estos derechos “inherentes” a los seres humanos son anteriores al Estado no siendo éste necesario para su constitución ya que más bien los derechos naturales actúan como fundamento del Estado, siendo equivalentes a lo que, desde una perspectiva *iusnaturalista*, son los actuales derechos humanos. La razón para sacrificar el *estado de naturaleza*, optando por el gobierno civil, está en que éste último, gracias a la autoridad delegada en él por los ciudadanos, funcione como justo garante de los derechos naturales mencionados.

“Vana sería la ley natural, como todas las leyes relativas a los hombres de este mundo, si no existiese nadie con poder para obligarla a ejecutarse en dicho estado natural.”³⁸

Una vez definidos cuáles son los derechos naturales de los seres humanos y asentada en ellos, la justificación del contrato social por el que se funda el Estado, nos interesa saber en qué consistía exactamente la propiedad para LOCKE, interrogante que, como veremos, posee varias respuestas, porque para el filósofo inglés la palabra propiedad abarcaba más de un significado: bienes, vida, libertad (propiedad de sí mismo). Una conclusión que cuestionaremos a lo largo del presente trabajo.

Primero LOCKE describe cómo se originó el derecho de propiedad en el hipotético estado de naturaleza. Al igual que SANTO TOMÁS DE AQUINO, aplicó la teoría del valor del trabajo para justificar la apropiación; y ambos concluyeron que el *uso común de los bienes*³⁹ era el tipo de propiedad establecido originalmente por Dios, ya que según el Génesis, Dios, después de crear la Tierra y cuanto la habita, la entregó *al género humano* para que la usase en su provecho.

“A pesar de que todos los frutos que naturalmente produce esa tierra, como todos los animales que en ella se sustentan, pertenecen al género humano en común porque han sido creados por la mano espontánea de la Naturaleza, nadie tiene originalmente un poder particular sobre ninguno de ellos con exclusión del resto

³⁶ LOCKE John, *Op. cit.*, § 4.

³⁷ *v. Ibid.*, § 6.

³⁸ *Ibid.*, § 7.

³⁹ *v. FERRARO José, El capitalismo en la doctrina social de la Iglesia. ¿Bien común o propiedad privada?*, México, Editorial Ítaca, 2006, p. 51.

de los hombres, ya que encuentran de esa manera en su estado natural, pero al entregarlos para que los hombres se sirvan de ellos, necesariamente tendrá que existir algún medio para que cualquier hombre se los apropie o se beneficie de ellos.”⁴⁰

Sin embargo, como se aprecia al final de la anterior cita, LOCKE realiza una interpretación personal de dicha revelación que, hasta ese punto, coincide con lo planteado previamente por SANTO TOMAS DE AQUINO para justificar la apropiación excluyente de los bienes, transformando así el uso común originario en propiedad privada.

De esa manera, el método para conseguir la apropiación de la tierra y cualquiera de sus frutos es, en un primer momento, el trabajo. Cuando el hombre aplica algún trabajo sobre los bienes –sea físico o intelectual– le es lícito apropiarse de ellos.

“Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos.”⁴¹

La propiedad privada es tan fundamental para LOCKE porque, la asocia –entre otros valores– con la personalidad, en tanto que si el ser humano es propietario de sí mismo, también lo debe ser del producto de su propio trabajo.

“... resulta evidente que aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de ésta, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad.”⁴²

Esta cita tiene con mucho valor para nuestra investigación, ya que hace referencia a un punto particularmente relevante en lo referente a la propiedad intelectual, pues los argumentos planteados en este sentido por LOCKE son completamente aplicables al fundamento de ésta. Y es que la postura lockeana opta por el “creacionismo” para permitir la aparición excluyente, argumento también característico en la propiedad sobre las

⁴⁰ LOCKE John, *Op. cit.*, § 25.

⁴¹ *Ibid.*, § 27.

⁴² *Ibid.*, § 44.

creaciones artísticas y científicas, cuando los autores toman ideas, experiencias, situaciones, etc., diversas y les aplican su trabajo intelectual para obtener una obra “nueva” u “original” que con base en dicho trabajo y en la supuesta inserción de la personalidad del autor en la obra, se les torna lícito apropiarse de ella. Así se refiere NEIRA al “creacionismo” propio de la obra de LOCKE.

“El trabajo y su cristalización en la propiedad son fruto de la creación y se deducen de una suerte de optimismo ontológico que desconoce la entropía y la escasez y que, sin embargo, no es contrario, para Locke, con el egoísmo. Por ser creación, no depende más que del creador.”⁴³

Hasta aquí el pensamiento de LOCKE puede parecer muy consecuente y hasta equitativo. En resumen, quien trabaja la tierra o recolecta sus frutos, se los puede apropiar ya que al ser el dueño de sí mismo, también lo es del resultado de su trabajo. Pero no siempre es así, la argumentación se hace a partir de un estado hipotético de naturaleza en el que siempre hay bienes de sobra y, lo más importante, desde el punto de vista de un propietario, es decir, de quien ya ha adquirido su derecho de propiedad. ¿Qué pasa con quien no posee nada, sea porque fuera del hipotético estado de naturaleza no hay bienes disponibles o porque no tiene los materiales para trabajarlos o la salud física para apropiarse de ellos? Nadie vive sólo de las frutas cosechadas de los árboles o del trueque de ellas. La respuesta, que pareciera escapársele de su idílico estado de naturaleza, cambia por completo todo lo dicho sobre la tan enaltecida relación persona-trabajo-propiedad y también libertad. Escribe LOCKE:

“Por ese motivo, la hierba que mi caballo ha pacido, el heno que mi criado cortó, el mineral que he extraído del terreno que yo poseo, en común con otros, se transforman en propiedad mía sin la dirección ni conformidad de nadie.”⁴⁴

Pareciera que la justificación ideada por LOCKE para la apropiación excluyente de bienes y para relacionar la propiedad privada con el trabajo y la personalidad, es al criado o trabajador asalariado lo que el argumento del *dominio personal y la jurisdicción paternal de Adán* para justificar la autoridad del monarca era a la burguesía de esa misma época: un

⁴³ NEIRA Hernán, «Límites de la propiedad en John Locke», España, *Cuadernos salamantinos de filosofía del derecho*, N° 29, 2002, pp. 69-82, <http://www.neira.cl/>, consultado el 2 de julio de 2012.

⁴⁴ LOCKE John, *Op. cit.*, § 27.

argumento escogido y esgrimido a conveniencia. Más adelante concretiza su posición, quedando claro que en la realidad no todas las *personas* que apliquen su fuerza de trabajo sobre bienes pueden apropiárselos, implicando además que no todos gozarían de los muchos supuestos beneficios atribuidos a la propiedad:

“Dueño y criado son vocablos tan antiguos como Historia, pero que se atribuyen a personas en muy distintas situaciones. Un hombre libre puede transformarse en criado de otro vendiéndole sus servicios durante un tiempo a cambio de salarios que ha de percibir.”⁴⁵

Queda en evidencia el sentido utilitario del pensamiento liberal desarrollado por LOCKE, quien claramente relativiza sus propios argumentos para privilegiar el derecho del propietario y relegar el del trabajador asalariado, quien debe conformarse únicamente con vender su fuerza de trabajo.⁴⁶

Continuando con el estudio del *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, tenemos que, en el estado de naturaleza, los límites a la apropiación de bienes materiales son establecidos en función de la capacidad de consumo de las personas, y de la descomposición natural de los bienes. No es lícito entonces recolectar una cantidad de bellotas que exceda la capacidad de consumo de quien las recolecta, provocando con esto que se desperdicie lo recolectado.

“Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder, será lo que le esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que excede lo utilizable, será de otros. Dios no creó ninguna cosa para que el hombre la dejara echarse a perder o para destruirla.”⁴⁷

⁴⁵ LOCKE John, *Op. cit.*, § 85.

⁴⁶ SIMON LINGUET (1736-1794), varias décadas con posterioridad a LOCKE, pudo observar mejor cómo las relaciones económicas del liberalismo económico perpetúan las formas de esclavitud, precisamente mediante la explotación del trabajo asalariado: “Es la imposibilidad de encontrar otro medio de vida lo que obliga a nuestros jornaleros a cultivar unas tierras cuyos frutos no comerán, a nuestros albañiles a construir unos edificios en los que no vivirán. Es la necesidad la que los lleva a esos mercados en los que esperan la llegada de un amo que tenga la bondad de comprarlos. *Es la necesidad la que los obliga a arrodillarse a los pies del rico para rogarle que les permita enriquecerlo...*” LINGUET, citado en: CHOMSKY Noam, *El gobierno en el futuro*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2005, p. 18.

⁴⁷ LOCKE John, *Op. cit.*, § 31.

Por otra parte el límite para la adquisición de propiedad inmueble está en la cantidad de terreno que se pueda trabajar. Cultivar la tierra aumenta exponencialmente su valor, además de que al hacerlo se cumple con una función social.

“Mas, como la cuestión principal acerca de la propiedad no se refiere hoy día a los frutos de la tierra ni a las bestias que en ella habitan, sino a la tierra misma al ser ésta la que contiene y lleva consigo todo lo demás, diré que la propiedad de la tierra se adquiere también, como es obvio, del mismo modo que en el caso anterior. Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya. Es como si, con el resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales. (...) Dios, y su propia razón, ordenaron al hombre que éste sometiera la tierra, esto es, que la mejorara para beneficio de su vida, agregándole algo que fuese suyo, es decir, su trabajo.”⁴⁸

Luego LOCKE, ubicándose no ya en el estado de naturaleza, sino en una etapa post-contractual, es decir, bajo el de gobierno civil, se ve obligado a incorporar a su teorización el uso del dinero, un elemento –al igual que el del trabajo asalariado– inexistente en el estado de naturaleza originario, y totalmente contradictorio con la base de su planteamiento justificante del derecho de propiedad privada, porque también rompe por completo la relación persona-trabajo-propiedad-libertad que le atribuía. El mismo LOCKE dice:

“Ya que hay tierras en el mundo para sustentar al doble de los habitantes que viven hoy en él, si la invención del dinero, el acuerdo tácito de los hombres para atribuirle un valor, no hubiera afianzado (de mutuo acuerdo) las grandes posesiones y el derecho a ellas...”⁴⁹

Sin más, LOCKE debe renunciar a la perfecta igualdad del estado de naturaleza. El acuerdo entre los hombres es superior a la ley natural que plantea una posesión común de los bienes y por si fuera poco, permite la acumulación ilimitada de bienes, anteriormente criticada por el mismo autor. Evidentemente le es más importante la libertad que la igualdad.

⁴⁸ LOCKE John, *Op. cit.*, § 31.

⁴⁹ *Ibid.*, § 36.

“Al principio, la mayor parte de los seres humanos estuvieron conformes con lo que la Naturaleza espontáneamente les ofrecía para saciar sus necesidades; no obstante, después, en algunas regiones, el aumento de la población y de los recursos, por el empleo del dinero, hicieron que faltara la tierra y adquiriese cierto valor; en ese momento las distintas comunidades determinaron los límites de sus respectivas zonas y formalizaron mediante leyes, dentro de ellas mismas, las propiedades de los hombres y las de la sociedad a que correspondían. De esa forma fue como el trabajo y mutuo acuerdo instituyeron definitivamente la propiedad que la laboriosidad y el trabajo habían comenzado.”⁵⁰

Es en este punto donde su planteamiento da un giro respecto de lo que se venía desarrollando. De tal modo que hay quienes clasifican la teoría de LOCKE en dos estadios;⁵¹ uno antes del dinero y otro después de la aparición del dinero. Y es que con la aparición de este medio de cambio se pierde la aparente democratización en que se encontraba la propiedad, en el sentido de que “cualquiera” (en realidad no cualquiera como ya se vio), aplicando su fuerza de trabajo, era capaz de apropiarse de lo necesario. Pero con la incorporación del dinero, como resultado del pacto entre ciudadanos, el trabajo deja de ser el requisito fundamental para constituir la propiedad; y además se hace lícito la libre comercialización de la tierra, lo que unido a la inevitable escasez que esto conllevaría en determinados lugares, da como resultado la desproporcional distribución de la propiedad.⁵²

Respecto a este tema GOLDWIN hace el siguiente comentario:

“La introducción del uso del dinero completa el cambio radical de las condiciones económicas originales. Las tierras sin dueño se vuelven escasas porque las posesiones cercanas se amplían. El aumento de la producción hace posible favorecer un aumento de la población, es decir, una oferta de trabajo más abundante. La condición anterior, en la cual la posesión se haya limitada a «una posesión muy moderada» deja paso a posesiones más grandes. La igualdad de penuria reinante es reemplazada por una desigualdad económica: así como los distintos grados de laboriosidad podían dar a los hombres la oportunidad de seguir

⁵⁰ LOCKE John, *Op. cit.*, § 45.

⁵¹ v. OCHOA CARVAJAL Humberto, *Op. cit.*, p. 58.

⁵² v. DUCHROW Ulrich y HINKELAMMERT Franz, *La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad*, San José, Editorial DEI, 2003, p. 85.

adquiriendo y aumentar sus posesiones. Como podemos ver, LOCKE ha hecho más de lo que prometió; no solo ha mostrado cual es origen de la propiedad privada, sino que ha justificado la desigualdad de posesiones.”⁵³

Lo que hace LOCKE con la incorporación del trabajo asalariado y del dinero como medio de cambio es justificar (¿quizá inconscientemente?) la división de la sociedad en dos grupos, los propietarios por un lado y los trabajadores no propietarios por el otro, aceptando la desigualdad en el disfrute de un derecho, anteriormente considerado por él mismo como natural.

La sociedad civil ideada por LOCKE se caracteriza, contrario al estado de naturaleza, por el sometimiento a la ley de los hombres, la cual no tiene otro fin que proteger los derechos naturales de las personas, y siendo que la propiedad privada es un derecho natural que no todos tienen (no es universal), tenemos como resultado una sociedad civil que protege mayormente al propietario, así el derecho del propietario siempre se encontrará por encima del estado, quien por tanto estará obligado a reconocerlo y protegerlo sin más.

El principal error de LOCKE, a nivel estrictamente teórico-jurídico, y en lo concerniente al derecho de propiedad, está en el uso indiscriminado que hace de su significado:

“...o que tienen la intención de juntarse para la protección mutua de sus vidas, libertades y bienes, a todo lo cual englobo dentro del nombre genérico de propiedades.”⁵⁴

Libertad, propiedad y vida, constituyen el objeto de situaciones jurídicas distintas, una diferencia obviada por LOCKE y por todos aquellos que se apoyaron en sus tesis para exaltar la fundamentalidad de la propiedad privada. Más concretamente, tenemos que derechos tan diferentes como *el derecho de acceso a la propiedad*, *la libertad de apropiación o derecho a la propiedad*, *derecho de propiedad privada* y *derecho a la vida*, son para él facetas de un mismo derecho subjetivo, cuando claramente constituyen derechos distintos, con particularidades muy propias y aplicables en supuestos de hecho diferentes. Además, otra imprecisión conceptual sufrida en la construcción lokeana se evidencia en el

⁵³ GOLDWIN, citado en: OCHOA CARVAJAL Humberto, *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ LOCKE John, *Op. cit.*, § 125.

hecho de que todos los argumentos justificantes de la propiedad privada que parten del estado de naturaleza tienen como base la *propiedad personal*, constituida por los bienes más elementales para la subsistencia humana, los cuales sin embargo son abruptamente sustituidos al momento de constituirse la sociedad civil por la *propiedad privada*, absoluta, individual y perpetua, sin límites para la acumulación, gracias a la inclusión del trabajo asalariado y del dinero.

En defensa de la lluvia de críticas dirigidas en contra de LOCKE, dice el también inglés BERTRAND RUSSELL:

“De lo que se ha dicho hasta ahora del criterio de Locke sobre la propiedad, podía aparecer como el campeón de los grandes capitalistas contra sus superiores e inferiores sociales, pero esto no sería sino la verdad a medias. Hallamos en él, frente a frente e irreconciliables, doctrinas que prefiguran las del capitalismo desarrollado y doctrinas que perfilan un punto de vista más cercano al socialismo. Es fácil dar una falsa representación de él con citas unilaterales, tanto en esta cuestión como en muchas otras.”⁵⁵

Lo cierto es que las doctrinas que perfilan un punto de vista aparentemente socialista, aparte de servir como un mero instrumento retórico-justificante, no tienen importancia real para LOCKE, en tanto son fácilmente sustituidas –aunque manteniendo siempre carácter de derecho natural– por un ventajoso “*convenio tácito o expreso de los hombres*” en que prevalece la propiedad privada.⁵⁶

C. El derecho de propiedad privada en Jean-Jacques Rousseau

ROUSSEAU (1712-1778) nació en Ginebra. Fue otro influyente pensador del periodo de la ilustración. Sus biógrafos aseguran que tuvo una infancia de precoz excitación imaginativa: a la escasa edad de siete años leyó sus primeras novelas, guiado por su padre. Se entusiasmó con Plutarco. En la adultez su vida fue errante y azarosa. Sentía una

⁵⁵ RUSSELL Bertrand, *Historia de la filosofía occidental*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 2 ed., Vol. II, 1972, p. 255.

⁵⁶ Para un más completo y pormenorizado entendimiento del derecho de propiedad en el pensamiento de JOHN LOCKE y sus implicaciones para el modelo político-económico capitalista es indispensable consultar HINKELAMMERT Franz, La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke, *Revista Pasos*, San José, N°. 85, 1999, p. 29, <http://www.dei-cr.org/>, consultado el 15 de enero de 2013; y en cuanto a ese mismo tema, pero esta vez con un enfoque más amplio del problema que representa el modelo capitalista y su venerado derecho de propiedad privada para la armonía social, acudir a: DUCHROW Ulrich y HINKELAMMERT Franz, La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad, *Op. cit.*

profunda fascinación por la naturaleza, su imperativo era precisamente *la vuelta a la naturaleza*. Era una persona multifacética, se desempeñó en distintos ámbitos del saber humano siendo filósofo, músico, botánico, naturalista y escritor; de éste último oficio dan fe sus novelas *Julia, o la Nueva Eloísa* (1761) y *Emilio, o de la educación* (1762). Debido a la importancia literaria de estas obras, también se le consideró como uno de los precursores del romanticismo. Previamente, en 1750, la academia de Dijon le había premiado por el *Discurso sobre las ciencias y las artes*, en donde negaba que éstas hubiesen contribuido al perfeccionamiento de las costumbres humanas, sino lo contrario. *El contrato social* (1762) es la obra más reconocida de Rousseau por ser fundamental para la doctrina liberal clásica. En ella expone, entre otros temas relevantes, el concepto de *voluntad general*, marcando el principio de la democracia moderna y del sufragio universal. No participó activamente en la Revolución Francesa pero su pensamiento sí influyó en el curso de dichos acontecimientos.⁵⁷

ROUSSEAU abordó el tema del derecho de propiedad mayormente en el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* (1755). Al igual que LOCKE, usó la argumentación empírica como método para idear sus propuestas. Apenas iniciando la segunda parte de la citada obra, ROUSSEAU sentencia:

“El primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir: *Esto es mío* y halló gentes bastantes simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos; cuantas miserias y horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso: «¡Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie!».”⁵⁸

Comparte con LOCKE y HOBBS, una teoría contractualista influenciada por el *iusnaturalismo*, representado en la existencia de derechos naturales anteriores a la constitución del estado; pero para el ginebrino, al igual que para HOBBS, la propiedad no

⁵⁷ v. MARÍAS Julián, *Historia de la filosofía*, Madrid, Editorial Revista de Occidente, 30 ed., 1978, pp. 257-258., ROUSSEAU Jean J., *El contrato social*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003, pp. 23-31.

⁵⁸ ROUSSEAU Jean J., *El origen de la desigualdad entre los hombres*, Argentina, Editorial Libertador, 2010, p. 65.

es un derecho natural, además ROUSSEAU la señala como la causante de la desigualdad y el sufrimiento entre los hombres.

En el más primigenio estado de naturaleza, reconstruido hipotéticamente por ROUSSEAU, no existía la propiedad de ningún tipo. El ser humano era un *salvaje* (un buen salvaje), comparable a cualquier bestia silvestre, con apenas un leve uso de la razón, “*El primer sentimiento del hombre fue el de su existencia; su primer cuidado el de su conservación. Los productos de la tierra le proveían de todo lo necesario, el instinto le llevó a usarlos.*”⁵⁹ Le bastaba con saciar sus instintos de conservación. Consecuentemente no existía ni necesidad, ni deseo de poseer o apropiarse de algún bien material, le era suficiente con tomar de la naturaleza lo más imperioso. Luego las dificultades propias del medio en que vivía hicieron resaltar habilidades diferentes en cada individuo, que le daban ventajas –o desventajas– naturales. Con el paso del tiempo las dificultades de la naturaleza le hicieron, poco a poco, aumentar sus luces y sus relaciones sociales.

“Bien pronto los hombres, dejaron de dormir bajo el primer árbol o de guarecerse en cavernas, hallaron una especie de hachas de piedra, duras y cortantes, que sirvieron para cortar la madera, cavar la tierra y construir chozas con las ramas de los árboles, que en seguida aprendieron a endurecer con barro y arcilla. Fue la época de una primera revolución, que originó el establecimiento y la diferenciación de las familias e introdujo una especie de propiedad, de la cual quizá nacieron ya entonces no pocas discordias y luchas”⁶⁰

Esta “especie de propiedad” consistía en una propiedad de hecho sobre bienes personales –aún no es posible hablar de un derecho de propiedad privada desde el punto de vista jurídico–; posesiones sencillas y muy básicas, proveedoras de ciertas comodidades, que según ROUSSEAU fueron “*el primer yugo que se impusieron sin pensar*”⁶¹ los hombres. Las pequeñas comodidades y las herramientas de trabajo llevan a los individuos a asentarse en un solo sitio, y la primigenia asociación conformada entre ellos da lugar a la acentuación de sus diferencias: “*Aquel que mejor cantaba o bailaba, o el más hermoso, el*

⁵⁹ ROUSSEAU Jean J., El origen de la desigualdad entre los hombres, *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 68-69.

⁶¹ *Ibid.*, p. 70.

más fuerte, el más diestro o el más elocuente, fue el más considerado; y éste fue el primer paso hacia la desigualdad y hacia el vicio al mismo tiempo.”⁶²

Los pocos bienes que necesitaba el ser humano eran los imprescindibles para sobrevivir en las condiciones propias del estado de naturaleza. Si bien esta especie de propiedad representaba un cierto grado de desigualdad, mientras estuviese dentro de los parámetros de necesidad personal era aceptable. Pero posteriormente, al notar los individuos la conveniencia de acumular posesiones, pese a no serles necesarias, se da el primer gran paso para la instauración de la propiedad privada en un sentido moderno, y esta sí es la culpable de la desigualdad entre los hombres; además de la implementación del trabajo esclavo, que podría interpretarse también como trabajo asalariado en condiciones abusivas.

“Mientras los hombres se contentaron con sus rústicas cabañas; mientras se limitaron a coser sus vestidos de pieles con espinas vegetales o de pescado, [...] tallar con piedras canoas de pescadores, o rudimentarios instrumentos de música; en una palabras mientras sólo se aplicaron a trabajos que uno sólo podía hacer y a las artes que no requerían el concurso de varias manos, vivieron libres, sanos, buenos y felices [...] Pero desde el instante en que un hombre tuvo necesidad de la ayuda de otro; desde que advirtió que era útil a uno solo poseer provisiones para dos, la igualdad desapareció, se introdujo la propiedad, el trabajo fue necesario y los bosques inmensos se trocaron en rientes campiñas que fue necesario regar con el sudor de los hombres y en las cuales viose bien pronto germinar y crecer con las cosechas la esclavitud y la miseria.”⁶³

Así es como, según ROUSSEAU, surge la propiedad privada, y consecuentemente las leyes de los hombres necesarias para asegurarla y protegerla de los otros hombres. A su vez, en el razonamiento del ginebrino, la propiedad, además de ser la mayor causante de desigualdad, también da origen a la dominación, la servidumbre, la violencia y las rapiñas.⁶⁴

⁶² ROUSSEAU Jean J., *El origen de la desigualdad entre los hombres*, *Op. cit.*, p. 71.

⁶³ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁴ *v. Ibid.*, p. 78.

Es de particular interés en el pensamiento de ROUSSEAU, el análisis por el cual desacredita la relación entre vida, libertad y derecho de propiedad, tan exaltada anteriormente por LOCKE. “*Todos corrieron al encuentro de sus cadenas, creyendo asegurar su libertad*”,⁶⁵ sentenciaba ROUSSEAU, mientras LOCKE decía no hacer distinciones entre vidas, libertades y bienes, por ser todas formas de propiedad.⁶⁶

A lo que ROUSSEAU respondió con una reflexión muy adelantada a su época y donde separa las libertades del derecho subjetivo de propiedad:

“En segundo lugar, siendo el derecho de propiedad de institución humana, cada uno puede disponer a su antojo de aquello que posee; pero no sucede lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza, como la vida y la libertad, de los cuales le está permitido a cada uno gozar, mas de los que, al menos es dudoso, nadie tiene derecho de despojarse.”⁶⁷

ROUSSEAU pudo notar claramente lo que LOCKE, los redactores de los *Bill of Rights* norteamericanos, los de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y los de la gran cantidad de tratados, convenios y constituciones siguientes, no notaron o no quisieron notar. El derecho de propiedad es enajenable, disponible y por tanto, completamente distinto a las libertades y a otros derechos naturales, como el caso de la vida que no lo son.

El papel corruptor que ROUSSEAU le atribuía a la propiedad privada, la gran admiración que sentía por la naturaleza, el hipotético e idealista estado de naturaleza construido por él, y las características “primitivas” atribuidas a los seres humanos que lo habitaban (personas apenas distintas de los animales en cuanto a hábitos de supervivencia) le causaron muchos detractores. VOLTAIRE, otro pensador de la ilustración francesa, luego de leer el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* que le enviara el mismo ROUSSEAU, contestó con una misiva llena de sarcasmo:

“He recibido su nuevo libro contra la especie humana, y le doy las gracias por él. Nunca se ha empleado tanta inteligencia en el designio de hacernos a todos

⁶⁵ ROUSSEAU Jean J., *El origen de la desigualdad entre los hombres*, *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ Véase *supra* n. 54., p. 31.

⁶⁷ ROUSSEAU Jean J., *El origen de la desigualdad entre los hombres*, *Op. cit.*, p. 87.

estúpidos. Leyendo su libro se ve que deberíamos andar a cuatro patas. Pero como he perdido el hábito hace más de sesenta años, me veo desgraciadamente en la imposibilidad de reanudarlo. Tampoco puedo embarcarme en busca de los salvajes del Canadá, porque las enfermedades, a que estoy condenado, me hacen necesario un médico europeo; porque la guerra continúa en esas regiones; y porque el ejemplo de nuestras acciones ha hecho a los salvajes casi tan malos como nosotros.”⁶⁸

Es de esperar que algunas de las tesis del ginebrino, que bien podrían ubicarse dentro de la corriente filosófica del irracionalismo – al cual también se adscriben pensadores con SCHOPENHAUER o NIETZSCHE– sean tan polémicas para muchos de los intelectuales del periodo de la ilustración, heredero del racionalismo cartesiano. Pero lo es aún más si se toma en cuenta que VOLTAIRE, en vida, acumuló una inmensa fortuna, pues era uno de los mayores rentistas de Francia, con tanto afán por poseer riquezas que incluso llegó a cometer defraudaciones.⁶⁹

Lo cierto es que mucho del trabajo de ROUSSEAU sirvió como materia prima para la elaboración de los nacientes Estados liberales; pero también ha sido fuente de inspiración para corrientes tan opuestas como el socialismo. Por ejemplo, lo que el ginebrino llamó un “*anti-contrato social*” para designar al contrato surgido a partir de alianzas parciales que terminaron fundamentando el reconocimiento de la propiedad privada, el uso de los metales y el comercio ventajoso, fue transcrito literalmente por MARX en *El capital* (I, 8a sec., cap. 30).⁷⁰

Sección VI

El derecho de propiedad privada en el derecho romano, el molde usado por el liberalismo

La cultura romana es ampliamente reconocida por haber perfeccionado un sistema jurídico exitoso, con instituciones originales y prácticas, y una noción de justicia bien definida proveniente de la filosofía griega, representada en el principio: “*suum cuique tribuere*” (dar a cada uno lo suyo).

⁶⁸ VOLTAIRE, citado en: RUSSELL Bertrand, *Op. cit.*, p. 312.

⁶⁹ v. «Voltaire y el dinero», *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultado el 5 de febrero de 2013.

⁷⁰ v. RUBIO CERRACEDO José, El “discurso de la desigualdad” de Rousseau, como “historia de la filosofía”, *Thémata Revista de filosofía*, N° 40, 2008 pp. 250, 253, <http://www.publius.us.es>, consultado el 4 de julio de 2012.

Se entiende por Derecho Romano a:

“El complejo de ideas, experiencias y ordenamientos jurídicos que se sucedieron a lo largo de la historia de Roma, abarcando desde los orígenes de la ciudad estado hasta la disgregación de la parte occidental del Imperio o, hasta la muerte de Justiniano (565 d.C.)”⁷¹

El Derecho Romano se difundió en la Europa moderna gracias, primero, a la conservación del *Corpus Iuris Civilis*⁷², compilado en el siglo VI d.C. por mandato del emperador Justiniano, y luego al grado de perfección alcanzada por los jurisconsultos romanos; hecho bien apreciado en un primer momento, por los glosadores de la escuela de Bolonia, quienes se encargaron de estudiar a profundidad y ponerle en uso, y posteriormente por la escuela de la exégesis francesa y la pandectística⁷³ alemana.

El derecho de propiedad privada en su concepción clásica, es decir, absoluto, perpetuo e ilimitado, es hijo del derecho romano quiritario, de donde fue tomando por la burguesía francesa para colocarlo como “*pedra angular del edificio social.*”⁷⁴

Los romanos no distinguían entre derecho de propiedad y la cosa objeto del derecho de propiedad, por eso comúnmente se referían a la propiedad con expresiones como *res in bonis meis est* (la cosa me pertenece) o *res mea est* (la cosa es mía), añadiendo *ex iure Quiritium* en el derecho clásico, para significar el verdadero dominio civil. En la época clásica tampoco se hablaba de la transferencia de la propiedad, sino de una *trasmatio rei* (transferencia de la cosa).

Al principio la denominación *mancipium* o *mancipatio*, se usó para referirse al poder soberano del *paterfamilias*, al que estaban sometidos personas, animales y cosas; pero a partir del siglo I a.C. (inicio de la época clásica romana) se sustituyó por el término *dominium*, proveniente de la palabra *dominus* (señor), dueño de la *domus* (casa o ámbito

⁷¹ DI PIETRO Alfredo y LAPIEZA ELLI Ángel E., *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 2 ed., 1977, p. 7.

⁷² El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano está compuesto por cuatro obras: 1. *El digesto o las pandectas*, una compilación de fragmentos de jurisprudencia extraídos de las obras de los principales jurisconsulto romanos, 2. *Las instituciones*, en su mayoría una compilación de las instituciones de Gayo, con algunas innovaciones hechas por Justiniano, quien las encargó para ser usadas en la enseñanza del derecho, 3. *El Código*, una recopilación de leyes y constituciones imperiales, y 4. *Las novelas*, escritas con posterioridad a la compilación recién enunciada y compuesta por las constituciones hechas por Justiniano en su época.

⁷³ La cual recibe dicho nombre (pandectística) precisamente por dedicarse al estudio de las Pandectas.

⁷⁴ OURLIAC Paul y DE MALAFOSSE J., *Derecho Romano y francés histórico*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. II, 1963, p. 402.

donde se vive). Con la misma denominación también se designaban otras situaciones como el *usufructus* y *dominun obligationis*. Fue hasta la época posclásica o imperial – comprendida desde el siglo III d.C. y hasta la ascensión de Justiniano al imperio– cuando se empezó a usar el vocablo *proprietas*, derivado de *proprios* (propio), para caracterizar la propiedad individual, y diferenciar la *nuda* (desnuda) propiedad del *usufructus*.⁷⁵

De manera que fue en la época clásica cuando el derecho de propiedad privada (*dominim*), de contenido patrimonial, alcanzó el carácter más pleno y absoluto. El propietario era un soberano respecto a su propiedad, titular de un señorío jurídico por el cual recibía amplias facultades para disfrutarla, en forma absoluta, sin más limitaciones que las excepcionalmente impuestas por ley en favor del interés público o privado. De ahí que se le defina como “*el señorío más general sobre la cosa, ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia*”⁷⁶

El *dominium* o propiedad privada romana, que adquiere el carácter individual una vez disuelta la unidad familiar propia del periodo precedente, contaba con tres características básicas: absoluta, perpetua y exclusiva; las tres ampliamente desarrolladas por JUAN IGLESIAS, y que nos muestran con claridad las similitudes con el derecho de propiedad clásico:⁷⁷

“1º. El fundo romano tiene confines santos, como los muros de la ciudad. Los confines son señalados con el ceremonial solemne y sagrado de la *limitatio* [...]

2º. La propiedad es ilimitada en el sentido de absoluta y exclusiva. Está sometida al propietario bajo todos los aspectos, y no admite influencia alguna proveniente del exterior [...] Las servidumbres de paso y de acueducto solo pueden constituirse contando con la voluntad del propietario gravado. [...]

3º. La propiedad romana tiene virtud absorbente: todo lo que está en el fundo o se incorpora al fundo –tesoros, plantas, semillas, edificios, aluviones, etc. – pertenece al propietario mismo. [...]

⁷⁵ v. DI PIETRO Alfredo y LAPIEZA ELLI Ángel E., *Op. cit.*, pp. 199-200., BOFANTE Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 5 ed., 1979, pp. 252-253.

⁷⁶ BOFANTE Pedro, *Op. cit.*, p. 250.

⁷⁷ Véase *infra* pp. 164-169.

4°. El fundo romano es inmune, es decir libre de cualquier impuesto o carga fiscal. El *tributum* es personal: se satisface según los bienes, pero no recae sobre la propiedad.

5°. La propiedad romana es perpetua. No puede constituir un derecho de propiedad *ad tempus*, en términos de establecer, v. gr., que pasada cierta fecha, retorne *ipso iure* al enajenante, según el concepto de la enajenación real.”⁷⁸

Dichos privilegios eran aplicables solo a los fundos situados *in solo itálico* (fundo itálico), no siendo así *in solo provinciali* (fundo provincial), éste último pertenecía al *ager públicus*.

Al confundir el derecho con la cosa, los romanos solo admitían la propiedad sobre bienes corporales. Bajo esa perspectiva se hace la clasificación entre derechos reales, que se refiere a los derechos ejercidos sobre una cosa, mueble o inmueble, propia o ajena; y derechos personales, oponibles a personas. En este contexto “*la propiedad es un señorío eminente sobre la cosa*” y consecuentemente el derecho real por excelencia, por lo que se dice que todos los demás brotan o nacen de ella.⁷⁹

Fue durante el periodo recién descrito (clásico) cuando el derecho de propiedad romano gozó de más fuerza, pero posteriormente vino a menos. En los periodos siguientes al clásico el derecho de propiedad perdió plenitud, al incorporarle gran cantidad de limitaciones. “*Con Diocleciano (292 d.C.) el fundo itálico es sometido a tributación equiparándolo con el fundo provincial. [...] Desaparecidas la mancipatio y la in iure cessio, pierde razón de ser la distinción entre dominium ex iure Quiritium y posesión provincial. [...] Las limitaciones de la propiedad, ya numerosas en época romano helénica, se acentúan aún más en la legislación justiniana.*”⁸⁰

Fue gracias al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (que se conservó y transmitió la mayor parte de la cultura jurídica romana conocida en la actualidad) que muchos de años después, los pensadores ilustrados del siglo XVII y XVIII y la burguesía francesa conocieron el derecho de propiedad de la Roma clásica, notando que era una institución

⁷⁸ IGLESIAS Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ediciones ARIEL, 6 ed., 1972, p. 248.

⁷⁹ BOFANTE Pedro, *Op. cit.*, p. 250.

⁸⁰ IGLESIAS Juan, *Op. Cit.*, p. 251.

jurídica con características ideales para servir de base a la propiedad privada que sustituiría a la feudal, ya que les brindaba toda la soberanía y libertad requerida por ellos. Esto, unido a la influencia de los derechos naturales, ayudó a propiciar el derecho de propiedad privada plasmado en la Declaración de 1789 y en el Código Civil Francés. De éste último nos ocuparemos en seguida.

Sección V

Génesis e influencia del Código Civil Francés, el Código de los propietarios

En relación con la implementación del Código Civil de 1804 se puede dividir el derecho francés en dos periodos: el *Derecho antiguo*, comprendido por todo el derecho anterior al 14 de julio de 1789, y el *Derecho intermedio*, o sea, el derecho producido a partir de la Revolución y hasta la promulgación del Código Civil.⁸¹

En la primera etapa, durante el antiguo régimen, el ordenamiento jurídico aplicable en el territorio francés era muy diverso, coexistiendo cuatro tipos diferentes de Derecho: la costumbre, el derecho romano, las ordenanzas reales y el derecho canónico. La costumbre estaba circunscrita a una extensión territorial determinada y podía variar en cada una de ellas. Dejó de aplicarse hasta el siglo XII. Durante la segunda mitad del siglo XI se empezaron a aplicar las leyes escritas, gracias a la recepción del derecho romano hecha por los glosadores. Pero la costumbre no dejó de utilizarse del todo y en ocasiones se aplicaba en lugar de la legislación romana. También durante el siglo XII el poder legislativo real entró en actividad mediante las ordenanzas, que a partir del siglo XIV llegaron a conformar un importante grupo de leyes tanto de derecho público como privado, algunas veces incorporando la misma costumbre al derecho escrito. El derecho canónico también experimentó un creciente desarrollo durante el antiguo régimen; se nutrió del renacimiento romano y llegó a constituir un vasto sistema jurídico, completo y metódico.⁸²

Pese a tanta variedad de ordenamientos jurídicos, y de la aplicación igualmente variada según se tratase de un determinada provincia o territorio, dice CARBONNIER que ese hecho

⁸¹ v. CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. I, Vol. II, 1960, p. 57.

⁸² v. BONNECASE Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, México, Editorial pedagógica, 1995, p. 29.

“...no resultaba tan intolerable como ha podido pensarse al contemplar retrospectivamente el panorama del siglo XIX [...] aunque suponía un obstáculo sobre todo para los negocios.”⁸³

La población se encontraba habituada a los cambios de jurisdicción. Sin embargo la burguesía dedicada al comercio no. Para ella era más conveniente la unidad, tanto jurídica como política, porque favorecía al mercado mobiliario e inmobiliario.

El movimiento de codificación jurídica que dio origen al Código Civil Francés y al de muchos otros países, primero europeos y luego del resto del mundo, tiene al *Corpus Iuris Civilis* romano como uno de los antecedentes más importantes. Este movimiento codificador nace durante la alta Edad Media, resultando en la legislación de ALFONSO EL SABIO, de donde provienen las *Siete Partidas*.

En Francia, durante el reinado de LUIS XV se intentó, sin éxito, implementar una codificación civil. Las condiciones necesarias para concretar la iniciativa unificadora no se dieron sino hasta el periodo post-Revolución, cuando el ambiente intelectual y político era mucho más favorable gracias a la influencia del racionalismo cartesiano (que prefería a la razón por sobre la tradición) y de la burguesía capitalista que dirigía las Asambleas revolucionarias. En dicho contexto es cuando, el 9 de agosto de 1793 se presenta el primero de cinco proyectos de Código Civil previos a la promulgación del definitivo Código Civil de los Franceses de 1804.⁸⁴

Los principales redactores del Código de 1804 fueron un grupo de cuatro de juristas nombrados por Napoleón: TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÈAMENEU Y MALEVILLE. El resultado fue más que un simple Código especializado en materia civil, pues en ese entonces creían que dominaba el Derecho en su totalidad. “*Fue votado en una verdadera atmósfera mística: que la escuela de la exégesis se encargó de perpetuar...*”⁸⁵

El Código permitió consolidar el proyecto unificador burgués. Tiene como bases ideológicas el laicismo –fue el primero en formular la separación entre la Iglesia y el

⁸³ CARBONNIER Jean, *Op. cit.*, p. 58.

⁸⁴ v. BONNECASE Julien, *Op. cit.*, pp. 31-32.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 37.

Derecho—, el individualismo, la igualdad⁸⁶ y la libertad, en una clara reafirmación de la Declaración de 1789. En lo referente a la propiedad privada, el Código fue una verdadera victoria para la, en ese entonces naciente, burguesía capitalista; no en vano se le llamó el código de los propietarios. La gran mayoría de su articulado se creó para asegurar el instituto de la propiedad. De los tres libros en los que se subdivide, solo el primero referente a las personas, no está relacionado con la propiedad. El segundo trata “de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad”, y el tercero, el más voluminoso, “de los diferentes modos de adquirir el dominio”. 1767 artículos de un total de 2282 están enteramente dedicados al derecho de propiedad.

Bajo los influjos de los pensadores contractualistas ya estudiados —en especial JOHN LOCKE—, partidarios de la doctrina del derecho natural, y tomando como modelo el derecho de propiedad romano en el momento de mayor robustez, los rectores del Código Civil, al igual que los de la Declaración de 1789, optaron por un derecho de propiedad, además de sagrado (por identificarlo con otros derechos como la libertad, la seguridad y la vida); absoluto, individual, perpetuo y de libre disposición. Así consta en los artículos 544 y 545:

“**544.** La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes ó [sic] por los reglamentos.

545. Ninguno puede ser forzado á [sic] ceder su propiedad si no es que sea por y causa de utilidad pública, y precediendo una justa indemnización.”

Posterior a la entrada en vigencia del Código Civil, una cantidad considerable de reconocidos juristas se encargaron de apoyar y exaltar sistemáticamente el modelo de propiedad contenido en él, situación que muy seguramente favoreció su difusión por el mundo. OURLIAC y DE MALAFASSE hacen un amplio recuento de las opiniones emitidas por algunos de estos juristas, quienes defendieron dicho modelo y condenaron los contrarios. En estos comentarios es muy notoria la influencia filosófica de los pensadores analizados anteriormente, en especial LOCKE y HOBBS.

⁸⁶ Una igualdad relativa, ya que partía de la existencia de un sujeto varón, propietario, alfabetizado, blanco, adulto y ciudadano.

“La propiedad, dice DEMELOMBRE, atribuye al dueño sobre la cosa un poder soberano, un completo despotismo (*Cours*, t. IX, § 542, p. 462). [...] “La libertad y la seguridad son los anejos inseparables de la propiedad” según MIRABEAU. [...] PORTALIS, contra ROUSSEAU y los fisiócratas, justifica la propiedad “por la misma constitución de nuestro ser”; algunos comentaristas (cfr. *Répertoire Dallz*, t. XXXVIII, v.º *propriété*, núm. 3; DEMELOMBRE, p. 450) invocan incluso la voluntad divina. LAURENT condena a la vez al comunismo, que proviene “de los bajos fondos de la democracia francesa” y el ideal evangélico “afectado del mismo vicio que las especulaciones de los filósofos griegos” (*Principies*, t. VI, 2.ª ed., 1876, pp. 121-123).

El propietario participa del derecho divino que ampara el orden establecido. Se exalta su poder: la historia de la propiedad y de su progreso se presenta como la historia misma de la civilización. Volviendo al campo jurídico. THIERES dirá: “Ha sido mediante la propiedad como Dios ha civilizado el mundo y llevado al hombre desde el desierto hasta la ciudad, de la crueldad a la dulzura, de la ignorancia al saber, de la barbarie a la civilización.”⁸⁷ (De la *propriété*, página 31.) [...] La propiedad temporal sigue siendo una anomalía. Comentando el artículo 544 del C.c. francés, TOULLIER (*Droit civil*, t. III, núm. 86) reconoce al propietario de un fundo el derecho de exclusión que le permite impedir que los otros utilicen la cosa que es suya. La autonomía del individuo nos lleva a la autonomía de la propiedad; el derecho, la filosofía, la economía del propietario.”⁸⁸

Pero tampoco se puede negar la excelente técnica que se usó para crear este instrumento jurídico. Era una novedosa herramienta, muy útil para asegurar la sustitución de los ordenamientos jurídicos del antiguo régimen. Marcó un antes y un después en la historia del Derecho, por lo que, como es ya ampliamente conocido, sirvió de modelo de otros tantos países que optaron por implementar el sistema europeo continental.

⁸⁷ La metáfora es clara y elocuente “el desierto, la crueldad, la ignorancia y la barbarie” representan al estado de naturaleza sin el derecho de propiedad debidamente protegido; “a la ciudad...”, es decir ¡al burgués! –que etimológicamente significa hombre de ciudad–; “...la dulzura, el saber y la civilización...”, como representación de la razón y el gobierno civil, garante de la propiedad privada.

⁸⁸ OURLIAC Paul y DE MALAFOSSE J., *Op. cit.*, pp. 402-403.

Es muy probable que la vehemencia, el fanatismo, el misticismo y la parcialidad con que fue defendido el derecho de propiedad privada por los ilustres juristas recién mencionados sorprenda a muchas personas en la actualidad; sin embargo los argumentos enarbolados en defensa del modelo de propiedad implementado en la Declaración de 1789 y en el Código Civil Francés –cimientos sobre los que se yergue el derecho fundamental de propiedad privada– se encuentran aún muy vigentes, y extendiéndose también a la propiedad sobre bienes inmateriales la cual se considera aún más justa que la propiedad sobre bienes materiales. Los defensores del derecho de propiedad intelectual, dentro del que se ubican los derechos de autor, continuamente se rasgan las vestiduras como lo hiciera dos siglos atrás la burguesía capitalista europea, en defensa, consciente o inconscientemente, de los intereses de oligopolios empresariales, y en detrimento de la gran mayoría de personas y sus derechos fundamentales, incluido el de acceso a la cultura. Y yendo aún más lejos: aceptando con la cabeza baja y hombros encogidos la invulnerabilidad de obscenas cantidades de dinero acumuladas en las manos de una sola persona mientras miles mueren de hambre, o el derecho de las compañías farmacéuticas de exigir precios antojadizos por medicamentos que muchas veces representan la diferencia entre una vida de sufrimientos y la salud, entre vivir o morir. Ante este panorama surge la pregunta ¿Debe seguir considerándose al derecho de propiedad privada como derecho humano o bien, como un derecho que sin serlo es capaz de superar a los que sí son derechos humanos? La respuesta es: moralmente no. Y la moderna teoría de los derechos fundamentales nos dice que teóricamente tampoco.⁸⁹ Uno de los grandes “errores” consistió –y todavía lo hace– en no distinguir entre el *derecho real de propiedad*, un derecho patrimonial que implica una situación jurídica singular, excluyente, productora de desigualdad; y la *libertad de adquirir propiedad*: universal, indisponible e incluyente –siempre que se acompañe del *derecho-garantía de acceso a la propiedad*–, y por tanto, un verdadero derecho humano que constituye la base de la igualdad jurídica. En el capítulo tercero se profundizará en el análisis de los derechos fundamentales, pero antes, en el siguiente capítulo se hará un repaso por las ideas de algunos de los más relevantes intelectuales que han cuestionado el derecho de propiedad privada, esto con el fin de confrontar su pensamiento con el de los juristas y filósofos recién estudiados.

⁸⁹ Véase *infra* pp. 100-109.

Capítulo II

Críticos del derecho de la propiedad privada: los Padres de la Iglesia Católica, Pierre-Joseph Proudhon y Karl Marx

No me parece menos cierto, amigo Moro –puesto que quiero decirlo lo que guarda mi espíritu– que donde quiera que exista la propiedad privada, donde todo se mida por el dinero, no se podrá alcanzar que en el Estado reine la justicia y la prosperidad, a menos de considerar justo un Estado en el que lo mejor pertenece a los peores, y próspero un país en el que un grupo de individuos se reparten todos los bienes, gozando de las mayores comodidades, mientras la mayoría viven en una gran miseria.

Tomás Moro

Utopía

Si bien nuestro principal interés está en cuestionar la inclusión del derecho de propiedad privada dentro de la categoría de los derechos humanos, no podemos ignorar que gran parte de este error (teórico-jurídico) también se debe a la interesada exaltación del derecho de propiedad privada que unos cuantos hicieron y aún siguen haciendo.

Como contraposición a esta tendencia, a lo largo del siguiente capítulo, se rescatarán las opiniones de algunos destacados críticos del derecho de propiedad, muchos de ellos (el caso de PROUDHON y MARX) incluso advirtieron sobre la individualidad y por tanto, falta de universalidad de este derecho. Todos los estudiados a continuación advirtieron unánimemente sobre la desigualdad y los graves prejuicios sociales provocados por colocar a la propiedad privada como elemento central de la sociedad o bien del Estado.

Sección I

La propiedad privada según el cristianismo clásico

Es casi indiscutible que el cristianismo es una doctrina religiosa muy influyente en la sociedad occidental. Hoy día su autoridad se ha reducido principalmente a los aspectos morales y religiosos, sin embargo, en la época pre-revolucionaria y mayormente en la edad media, su influencia en la filosofía y la política fue considerable. De ahí que pensadores de la ilustración, como el caso de LOCKE y ROUSSEAU, pudieron nutrirse de esa tradición para fundamentar sus teorías sobre la propiedad, pero utilizando corrientes de pensamiento distintas, dentro del mismo cristianismo. LOCKE partió de un modelo muy similar al de SANTO TOMÁS DE AQUINO aunque al final se separó abismalmente, mientras ROUSSEAU sostuvo tesis afines a los postulados de los llamados padres de la iglesia, quienes tenían una perspectiva muy negativa sobre la propiedad privada.

Y es que en el seno de la religión católica los criterios sobre la legitimidad de la propiedad privada y la acumulación de riquezas han enfrentado a varios bandos con opiniones diferentes. Podemos mencionar a manera de ejemplo la intensa discusión entre los franciscanos y el papado, precisamente en relación a la política que debía seguir la iglesia-institución en cuanto a la propiedad y las riquezas, recogida en la trama de la novela histórica de Umberto Eco *El nombre de la rosa*. En la actualidad tanto la religión católica como las protestantes (evangélicas) son blanco de fuertes críticas por la opulencia con que viven sus dirigentes, pudiéndosele agregar también la exaltación de la pobreza y del sufrimiento por parte de la primera, y la prédica recurrente de salvación mediante el diezmo en la segunda.

A. En las sagradas escrituras

Enfocándonos en la doctrina católica, iniciaremos con un esbozo de algunas citas bíblicas relacionadas con el tema de la apropiación de bienes, para finalizar con algunas de las opiniones de las figuras intelectuales más autorizadas en la historia del catolicismo.

Las sagradas escrituras o bien La Biblia (escrita aproximadamente entre los años 900 a. C. y el 100 d. C.), es el libro más sagrado de los cristianos y de donde provienen las revelaciones que le hace Dios a los hombres. En ella podemos observar claramente criterios ambivalentes en relación a la propiedad. Por ejemplo los siguientes versículos

condenatorios de las riquezas “*No amontonéis tesoros para vosotros en la tierra... no podéis servir a Dios y a las riquezas*” (MATEO VI, 19-24), “*En verdad os digo que difícilmente un rico entrará en el reino de los cielos. Y aún os digo más, es más fácil que pase un camello por el ojo de una aguja a que entre un rico en el reino de los cielos*” (MATEO XIX, 23 Y 24 y MARCOS X, 24 Y 25), “*Porque los que pretenden enriquecerse, caen en tentación y en el lazo del demonio y en muchos deseos inútiles y perniciosos, que hunden a los hombres en el abismo de la muerte y de la perdición*” (SAN PABLO, epístola primera a Timoteo, VI, 9), y más específicamente en cuanto al derecho de propiedad, en HECHOS DE LOS APÓSTOLES IV, 32-37 y V, 1-11, donde se dice que los fieles del tiempo de los apóstoles no consideraban “*como suyo lo que poseían, sino que tenían las cosas en común... así es que no habían entre ellos personas necesitadas, pues todos los que tenían posesiones o casas, las vendían, traían el precio de ellas, y lo ponían a los pies de los apóstoles, el cual después distribuían según las necesidades de cada uno*”.

Pero por otro lado también se encuentran numerosas referencias que hacen suponer, en alguna medida, la aceptación de la propiedad privada y hasta la acumulación de capital, empezando por el séptimo mandamiento “*No robarás*” y el décimo “*No codiciarás los bienes ajenos*”, y otras en donde se asegura que el pueblo de Dios admitía la propiedad privada y el derecho de heredar (NÚMEROS XXVII, 1-11; TOBÍAS VI, 10-14 y RUTH IV, 3-6). Pero la cita bíblica que nos llama más la atención es la conocida *parábola de los talentos*,⁹⁰(MATEO XXV, 14-30). Nótese que el mismo evangelista, Mateo, se pronunció en varias ocasiones en contra de la acumulación de riquezas, sin embargo esta parábola consiste en una historia donde el siervo de un hombre rico que se fue un tiempo al

⁹⁰“En aquel tiempo, dijo Jesús a sus discípulos esta parábola: Un hombre que se iba al extranjero llamó a sus siervos y les encomendó su hacienda: a uno dio cinco talentos, a otro dos y a otro uno, a cada cual según su capacidad; y se ausentó. enseguida, el que había recibido cinco talentos se puso a negociar con ellos y ganó otros cinco. Igualmente el que había recibido dos ganó otros dos. En cambio el que había recibido uno se fue, cavó un hoyo en tierra y escondió el dinero de su señor. Al cabo de mucho tiempo, vuelve el señor de aquellos siervos y ajusta cuentas con ellos. Llegándose el que había recibido cinco talentos, presentó otros cinco, diciendo: Señor, cinco talentos me entregaste; aquí tienes otros cinco que he ganado. Su señor le dijo: ¡Bien, siervo bueno y fiel!; en lo poco has sido fiel, al frente de lo mucho te pondré; entra en el gozo de tu señor. Llegándose también el de los dos talentos dijo: Señor, dos talentos me entregaste; aquí tienes otros dos que he ganado. Su señor le dijo: ¡Bien, siervo bueno y fiel!; en lo poco has sido fiel, al frente de lo mucho te pondré; entra en el gozo de tu señor. Llegándose también el que había recibido un talento dijo: Señor, sé que eres un hombre duro, que cosechas donde no sembraste y recoges donde no esparciste. Por eso me dio miedo, y fui y escondí en tierra tu talento. Mira, aquí tienes lo que es tuyo. Mas su señor le respondió: Siervo malo y perezoso, sabías que yo cosecho donde no sembré y recojo donde no esparcí; debías, pues, haber entregado mi dinero a los banqueros, y así, al volver yo, habría cobrado lo mío con los intereses. Quitadle, por tanto, su talento y dádsele al que tiene los diez talentos. Porque a todo el que tiene, se le dará y le sobraré; pero al que no tiene, aun lo que tiene se le quitará. Y a ese siervo inútil, echadle a las tinieblas de fuera. Allí será el llanto y el rechinar de dientes.”

extranjero termina siendo calificado como “malo y perezoso”, y condenado “a las tinieblas”, “al llanto y al rechinar de dientes” por no haber, al menos, depositado en un banco el talento (el talento no es otra cosa que una unidad de medida monetaria usada en la antigüedad) que le confió su señor y, consecuentemente, no haber podido éste cobrar intereses (usura) sobre dicho talento, además le quita el talento y se lo da como premio al siervo que sí fue capaz de acumular más capital.

Una mención aparte merecen los primeros versículos del Génesis (I, 26-31), ya que ellos sirven de sustento tanto para quienes creen que el derecho de propiedad está legitimado por La Biblia como para quienes aseguran lo contrario:

“Entonces dijo Dios “Hagamos a los seres humanos a nuestra imagen, según nuestra semejanza, para que dominen sobre los peces del mar, las aves del cielo, los ganados, las bestias salvajes y los reptiles de la tierra”. Y creó Dios a los seres humanos, a su imagen; a imagen de Dios los creó; varón y mujer los creó. Y los bendijo Dios diciéndoles: “crezcan y multiplíquense; llenen la tierra y sométanla; dominen sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se mueven por la tierra”. Y añadió: “Les entrego todas las plantas que existen sobre la tierra y tiene semilla para ser sembradas; y todos los árboles que producen fruto con su semilla les servirán de alimento; y a todos los animales del campo, a las aves del cielo y a todos los seres vivos que se mueven por la tierra les doy como alimento toda clase de hierba verde”. Y así fue. Vio entonces Dios todo la que había hecho, y todo era muy bueno.”

Para los primeros doctores de la iglesia la propiedad privada es inaceptable porque según el extracto citado, Dios creó la tierra y posteriormente se la entregó al hombre y a la mujer, es decir, a “las” personas en general, y no a tal o cual persona. Consecuentemente al ser Dios el creador de la tierra, también es el único y verdadero propietario, quien decide darla a las persona para que la aprovechen en común. El uso común de los bienes se perfila entonces como un derecho natural y cualquier ley de los hombres que lo contradiga, como la propiedad privada, es desde el punto de vista de esa doctrina, inaceptable. En otro sentido, quienes piensan que La Biblia admite la propiedad e incluso que se trata de un derecho natural, lo hacen interpretando que, si bien Dios creó la tierra y la dio en común a los hombres, la única forma para dominar sobre esos bienes y evitar conflictos por su uso es

mediante la propiedad privada, y que además ésta, puede estar sustentada en el trabajo propio que las personas apliquen en ellos, como veremos sucede en SANTO TOMÁS DE AQUINO.

B. En la doctrina de los Padres de la Iglesia Católica

Los más acreditados estudiosos e intérpretes de La Biblia, los llamados padres o doctores de la iglesia, son un grupo de clérigos y teólogos cuyos aportes a la doctrina eclesiástica fueron determinantes para la construcción del cristianismo y por este motivo sus opiniones gozan de gran autoridad, principalmente para la religión católica. Sus ideas en cuanto a la propiedad son sin embargo ignoradas o desestimadas por el catolicismo liberal más moderno ya que se pronunciaron rotundamente su contra.

Así por ejemplo SAN BASILIO (330-389), uno de los cuatro padres de la iglesia griega – junto con SAN ANASTASIO DE ALEJANDRÍA, SAN GREGORIO NACIANCENO y SAN JUAN CRISÓSTOMO– dice respecto al derecho de propiedad:

“¿Acaso no eres un expoliador tú que consideras tuyo lo que has recibido únicamente para dispensarlo a los demás? Ese pan que te reservas es el pan de quien tiene hambre; ese vestido que encierras bajo llave es el vestido de quien está desnudo; esos zapatos que dejas enmohecerse son los zapatos de quien va descalzo; ese dinero que amontonas es el dinero del pobre... ¿Es que no sois unos ladrones, vosotros que os apropiáis de lo que habéis recibido únicamente para distribuirlo? Llamáis ladrón al que quita a otro sus vestiduras, pero quien no las da al que está falto de ellas ¿merece otro nombre?”⁹¹

SAN JUAN CRISÓSTOMO, quien fue Obispo de Constantinopla y otro padre griego de la iglesia católica, opinaba que:

“El mundo debe ser como casa en donde todos los servidores reciben igual porción” y más concretamente sostiene que “el régimen de comunidad de bienes se presta mucho mejor al ideal de la vida cristiana” [y luego agrega] “Dios nos ha dado el sol, los astros, los cielos, los elementos, los ríos, de los que gozamos en común; nada de esto es de propiedad particular. Sobre ellos no cabe ni título ni

⁹¹ BASILIO, citado en: NOVOA MONREAL Eduardo, *Op. cit.*, p. 74.

documento. He aquí la imagen y la ley de la naturaleza. Si Dios ha hecho comunes estas cosas, ha sido ciertamente para enseñarnos a poseer en común todo lo demás. Los conflictos y las guerras estallan porque algunos tratan de apropiarse lo que pertenece a todos...”⁹²

SAN AMBROSIO (340-397), Obispo de Milán, también forma parte de los treinta y tres Doctores de la Iglesia y además es uno de los cuatro padres de la iglesia latina –al lado de SAN JERÓNIMO, SAN AGUSTÍN y SAN GREGORIO–. Escribió las siguientes líneas donde expresa claramente que el derecho de propiedad no es un derecho natural, como sí lo es el uso común de los bienes:

“La naturaleza ha producido todas las cosas en común para todos. Dios ordenó que todo se engendrara de suerte que el sustento fuere común para todos, y la tierra una especie de posesión común para todos. La naturaleza pues, engendró un derecho común, el uso creó el derecho positivo.”⁹³

Por su parte SAN JERÓNIMO asegura que:

“el rico o es injusto o es heredero de un injusto.”⁹⁴

El conocido SAN AGUSTÍN (354-430), creador de una abundante y ampliamente estudiada cantidad de obras teológicas, también se pronuncia en contra del derecho de propiedad:

“¿En virtud de qué posee alguien lo que posee? ¿No es en virtud del derecho humano? Porque por derecho divino la tierra y su plenitud es del Señor... Por derecho humano dice el hombre: esta finca es mía, esta casa es mía, este esclavo es mío... suprimido ese derecho nadie puede decir, aquella granja es mía, aquel siervo es mío, aquella casa es mía.”⁹⁵

⁹² CRISÓSTOMO, citado en: NOVOA MONREAL Eduardo, *Op. cit.*, p.74.

⁹³ AMBROSIO, citado en: MARLASCA Antonio, El supuesto derecho natural a la propiedad, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XVII(46), 1979, p. 124, <http://www.google.co.cr>, consultado el 10 de julio de 2012.

⁹⁴ JERÓNIMO, citado en, NOVOA MONTERREAL Eduardo, *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁵ AGUSTÍN, citado en: *Ibid.*

Por último, para finalizar nuestro recorrido por el pensamiento de algunos de los más importantes y recocidos pensadores católicos de la historia,⁹⁶ rescatamos las palabras del erudito SAN ISIDORO DE SEVILLA (555-636):

“La posesión común de todas las cosas es... de derecho natural.”⁹⁷

Podemos concluir que para los autores citados, todos ellos padres y doctores de la iglesia católica y consecuentemente representantes autorizados de la doctrina cristiana, el derecho de propiedad no es un derecho natural sino por el contrario un derecho artificial creado por las personas o bien por los monarcas de la época. El uso común de los bienes sí es un derecho natural, en tanto así se deduce de los postulados de las sagradas escrituras. Además, la propiedad privada es vista como una ley civil contraria a la ley natural y por tanto no aceptable para ellos. Condenaron la acumulación de bienes más allá de lo necesario por ser una práctica contraria a los más elementales principios cristianos.

Pero con posterioridad, otro doctor de la iglesia católica, SANTO TOMÁS DE AQUINO (1224 ó 1225 a 1274), introdujo una nueva interpretación de las sagradas escrituras, con la que incorporó hasta cierto punto el derecho de propiedad privada dentro de la teología cristiana.

El aquinante interpretó que el derecho de propiedad privada era una forma de administrar los bienes comunes asignados por Dios, asegurando que cada quien tuviese lo necesario para vivir, y evitando las riñas en cuanto al uso de los bienes.⁹⁸ La diferencia más notoria con relación al pensamiento de los primeros padres de la iglesia está en que SANTO TOMÁS no cree que la propiedad privada esté en contra de la ley natural (la comunidad de bienes); de esa forma incorpora dicha institución dentro de la doctrina cristiana. Si bien en esta concepción tomista el derecho de propiedad no es un derecho absoluto ni tampoco justifica la acumulación más allá de la medida necesaria para procurarse los bienes requeridos para una vida digna –caso contrario se contrapondría a la ley natural–, en adelante y dada la relación existente entre propiedad y poder, las interpretaciones cada vez más favorables al derecho de propiedad privada capitalista fueron, o bien incorporándose al discurso oficial

⁹⁶ Según MONREAL, otros teólogos que se pronunciaron en contra del derecho de propiedad privada son: SAN CLEMENTE ROMANO (Siglo I), SAN JUSTINO (100/114-162-168) el primero de los apologistas, SAN GREGORIO NACIANCENO (330-390) y los apologistas TERTULIANO (160-240) y LACTANCIO (?-325)

⁹⁷ ISIDORO, citado en: MARLASCA Antonio, *Op. cit.*, p. 124.

⁹⁸ v. FERRARO José, *Op. cit.*, pp. 23-32.

de la Iglesia o simplemente toleradas y no combatidas, como parte de pactos tácitos realizados por la iglesia-institución con la monarquía y luego con el poder estatal.

Sección II

La propiedad privada para Pierre-Joseph Proudhon

¿Quién es PIERRE JOSEPH PROUDHON (1809-1865)? En palabras de GURVITCH: *“Proudhon es, simultáneamente, filósofo, sociólogo y doctrinario sociopolítico. Podría caerse en la tentación de afirmar que esos tres aspectos inseparables de su pensamiento, encuentran su unidad en su “filosofía social”. No obstante tal afirmación no haría justicia a la profunda originalidad de su postura: Proudhon está inspirado por una visión de la diversidad infinita del mundo en movimiento: mundo social, mundo moral, mundo jurídico, mundo real en una palabra.”*⁹⁹ Continúa el autor refiriéndose a la filosofía social de PROUDHON, y explica que el mismo se encuentra en una lucha constante entre el pragmatismo, el racionalismo y el empirismo. Busca equilibrios más o menos estables, y es ahí donde reside su esfuerzo intelectual.

Agregamos además que es conocido como el padre del anarquismo. *“Internacionalmente, el influjo de Proudhon ha sido capital en el desarrollo de las doctrinas anarquistas y semi-anarquistas, especialmente en los tipos de anarquismo menos militante. En realidad merece llamarse padre del movimiento anarquista, aunque como hemos visto la teoría del anarquismo había sido desarrollada, antes de que surgiese el nombre, por bastantes escritores anteriores, sobre todo por WILLIAM GODWIN.”*¹⁰⁰ En este sentido promueve un proceso abierto y, al rechazar la anarquía absoluta, se vuelve un crítico de todas las formas de utopismo y absolutismo, pues ve la utopía como un producto del absolutismo y por lo tanto peligrosa. La teoría anarquista debería ser abierta y flexible;¹⁰¹ sin embargo veremos que existen varias líneas del pensamiento anarquista, algunas más radicales que otras. El desconocimiento de estas variantes ha conllevado a la vinculación errónea y estereotipada del anarquismo como una ideología violenta.

⁹⁹GURVITCH Georges, *Proudhon. Su vida, su obra y su filosofía*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1974, p. 16.

¹⁰⁰COLE G.D.H, *Historia del pensamiento socialista. Los precursores 1789-1850*, México D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 4 ed., Vol. I, 1975, pp. 218-219.

¹⁰¹ v. GAMBONE Larry, *Proudhon y el Anarquismo. El pensamiento libertario de Proudhon y el movimiento anarquista*, Red Lion Press, 1996, p. 3, <http://disenso.files.wordpress.com>, consultado el 5 de abril del 2013.

A. Anarquismo y propiedad privada

Según COLE, en su obra sobre la historia del pensamiento socialista, donde también trata el tema del anarquismo: *“El anarquismo en cuanto doctrina filosófica, se inicia como oposición de todas las formas de sociedad que se basan en la autoridad coactiva. El anarquismo, como un ideal, significa una sociedad libre, de la cual han desaparecido los elementos coactivos. Pero la hostilidad contra la existencia de cualquier clase de autoridad coactiva es compatible con opiniones positivas muy diferentes.”*¹⁰²

Hemos de comenzar por decir que el denominado “anarquismo” es visto como una ideología en la que no se reconoce la autoridad, pues se la considera perjudicial y nociva. Al respecto PROUDHON dice:

“¿Es justa la autoridad del hombre sobre el hombre? Todo el mundo contesta: no, la autoridad del hombre no es más que la autoridad de la ley, la cual debe ser expresión de justicia y de verdad. La voluntad privada no influye para nada en la autoridad, debiendo limitarse aquélla, de una parte, a descubrir lo verdadero y lo justo, para acomodar la ley a estos principios, y, de otra, a procurar el cumplimiento de esta ley.”¹⁰³

Los anarquistas no solo se oponen a la autoridad del Estado como autoridad política sino que también a cualquier tipo de autoridad que ellos crean trate de limitar sus libertades. Al respecto COLE dice que también se oponen: *“a otras clases de autoridad que reprimen la libertad y la espontaneidad humana. Son contrarios tanto a la autoridad económica como a la política; y también son contrarios a la autoridad religiosa, representada por las Iglesias, y a cualquier clase de autoridad moral que ejerza coacción sobre los hombres, inclusive de una manera no formal, por ejemplo, mediante el influjo opresor de los tabús y costumbres.”*¹⁰⁴

La mayoría de estas corrientes filosóficas¹⁰⁵ coinciden en que la propiedad privada tal y como es concebida por el liberalismo clásico debe de ser abolida, sin embargo la manera de llevar a cabo su eliminación para transformarse en una propiedad colectiva es el

¹⁰²COLE G.D.H, *Op. cit.*, p. 315.

¹⁰³PROUDHON Pierre, *¿Qué es la propiedad?*, Buenos Aires, Editorial Utopía libertaria, 2005, p. 37, <http://www.nodo50.org>, consultado el 3 de febrero del 2013.

¹⁰⁴COLE G.D.H, *Op. cit.*, p. 330.

¹⁰⁵Nos referimos a los Marxistas, Socialistas y a los Anarco-socialistas.

punto en el cual no coinciden, pues los marxistas, como se verá más adelante, creen que esta propiedad debe ser manejada por el Estado, para el bienestar de todos; mientras que los anarquistas creen que es la colectividad, administrada por un conjunto de individuos iguales entre sí, la que debe encargarse de ella, sin autoridad que medie pues ésta más bien se constituye en una imposición sobre las personas, no una emanación natural de la voluntad popular para cooperar.¹⁰⁶

La clase trabajadora, en la mayoría de sociedades del mundo, ha impulsado cambios importantes y significativos, lo que contribuyó a un despertar del pensamiento humano para tomar conciencia de lo que sucede; pero en la opinión de MERCIER VEGA, aunque las relaciones entre las distintas clases así como las diversas dependencias del individuo, las estructuras y facultades del Estado han variado considerablemente,¹⁰⁷ *“el anarquista puede considerar que esos cambios no modifican esencialmente lo que siempre ha denunciado, es decir, la presión económica, política y social que pesa sobre los trabajadores, la sanción legal de los privilegios, el estado de frustración en el cual se encuentra aquel que es objeto en vez de ser miembro con sus plenos derechos en la sociedad. Esta reafirmación de solidez en cuanto a principios no impide que las condiciones mismas de la lucha social estén modificadas, y que haya variado la manera de sentir, sufrir o rechazar la opresión.”*¹⁰⁸ De esa forma se justifica que la ideología siga vigente, pues los anarquistas aún no encuentran la plenitud y la libertad que tanto ansían los anarquistas.

Para ir cerrando con el tema de la ideología anarquista en PROUDHON, y su visión con respecto a la propiedad privada, es necesario resaltar y desarrollar una idea medular en su pensamiento, representada en la popular frase dicha en respuesta a la interrogante que plantea como título de uno de sus principales libros “¿Qué es la propiedad?”, PROUDHON concluye: *“la propiedad es un robo”*, reflejo de la dinámica económica por la cual el propietario, aprovechándose de su posición privilegiada toma para sí mismo el producto del trabajo de otros, lo que llega a generar en las personas sentimientos como miedo, envidia e incluso agresividad, males que pueden ser explicados en el ámbito social como el resultado de esa injusta apropiación de los bienes.

¹⁰⁶ v. COLE G.D.H, *Op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁷ A pesar de que lo dicho por éste autor fue redactado en el año de 1970, varias décadas después consideramos se encuentra vigente y aplica su pensamiento para las condiciones actuales en las que nos encontramos.

¹⁰⁸ MERCIER VEGA Luis, *Anarquismo, ayer y hoy*, Caracas, Editorial Monte Ávila, 1970, p. 79.

B. “La propiedad es un robo”

¿Por qué PROUDHON afirma que la propiedad es un robo? Explicaremos más detalladamente las razones y las premisas por las que ha llegado a tal aseveración. Dichas razones explican por qué para él no es un derecho, sino más bien un abuso. También se puntualizará sobre la falta de justificaciones coherentes para mantener a la propiedad privada ligada al trabajo, entre otras premisas de este relevante intelectual.

GIDE y RIST creen que PROUDHON ataca a la propiedad por el hecho de ser adquirida mediante otras formas que no son producto del trabajo, sino más bien de la acumulación del capital, cuando dicen: “¿qué es lo que él echa en cara a la propiedad? Sencillamente esto: el derecho que confiere al propietario de percibir una renta sin trabajo. No es sobre la propiedad en sí misma, sino sobre el derecho de aubana de los propietarios.”¹⁰⁹ La palabra “aubana”, que es necesario explicar, era el derecho que tenía el señor feudal o el soberano de un país a la herencia de un extranjero muerto en su territorio sin que éste se hubiese naturalizado, lo que PROUDHON llama adquirir sin tener derecho.

El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ANÍBAL D. AURIA hace un análisis de lo que PROUDHON considera que es la propiedad, dejando ver que este anarquista autoproclamado “se apega a la clásica definición latina de propiedad como *jus utendi et abutendi*, para subrayar que su diferencia específica es precisamente ese derecho de abusar del bien poseído. Y ahí radicaré la contradicción fundamental de la institución: por definición, un “abuso” siempre será lo opuesto a un “derecho”, y la propiedad será el (falso) derecho de robar a otros su producto. Si a la propiedad se la limitara de modo que no sea abusiva, el derecho restante ya no sería propiedad sino el legítimo derecho de usar de los bienes que uno mismo contribuye a producir. De aquí que la propiedad (abuso) sea antinómica de la sociedad.”¹¹⁰ Con este análisis es fácil entender uno de los principales argumentos que PROUDHON elabora para mostrar por qué concluye que la propiedad es un robo; sin embargo, es importante que también conozcamos otras de sus razones.

¹⁰⁹ GIDE Carlos y RIST Carlos, «Proudhon y el Socialismo de 1848», *antorcha.net*, <http://www.antorcha.net>, consultado el 3 de marzo del 2013.

¹¹⁰ D’AURIA Aníbal, El Anarquismo ante la propiedad, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Crítica Jurídica*. México D.F. N° 26, 2007, p. 116.

Se debe en este momento hacer una explicación de lo que PROUDHON entiende por propiedad y por posesión, ya que son términos muy utilizados en su vocabulario y es fundamental entender el uso que les da, pues en ellos basa su crítica a la propiedad.

La propiedad es una facultad que tienen algunas personas para utilizar los bienes en su provecho de tal forma que produzcan ganancias sin esfuerzo, de las cuales se obtienen intereses económicos y, de esta manera, se llega a formar un capital; el cual no está basado en el esfuerzo del trabajo propio sino en el trabajo ajeno. Es un derecho absoluto, y pretende demostrar que existe no solamente un uso, sino que también un abuso, pues al ser susceptible de crecimiento por acumulación de capital esta forma de propiedad es desigual.

PROUDHON rechaza que el derecho de propiedad privada sea un derecho natural, argumentando que si eso fuese así realmente, todas las personas deberían ser propietarios por igual, nadie más que otro. Un razonamiento enteramente compatible con las características propias de los derechos fundamentales que en el próximo capítulo utilizaremos para demostrar la imposibilidad de, bajo una correcta teoría, ubicar al derecho de propiedad dentro de la categoría de los derechos fundamentales.

Por su parte, la posesión para PROUDHON es la facultad que tiene una persona para administrar sus bienes, sean o no bienes de producción, y de los cuales es responsable configurándose una especie de usufructo, es decir, el uso y disfrute que le corresponde como pago del trabajo realizado. Este tipo de posesión implicaría la imposibilidad de transformar dichos bienes en capital susceptible de generar intereses, y mucho menos de convertirse en un derecho absoluto como pasa con la propiedad privada.

PROUDHON considera que el derecho de propiedad debe ser una institución basada en la igualdad, en los términos propuestos en su obra denominada *¿Qué es la propiedad?*, donde cuestiona el modelo predominante, mostrando que el derecho de propiedad creado por el liberalismo es una institución en la cual no hay igualdad real o material y que a lo largo de los años ha sufrido una fuerte presión ética.

“Todos los hombres, en efecto, creen y sienten que la igualdad de condiciones es idéntica a la igualdad de derechos: que propiedad y robo son términos sinónimos; que toda preeminencia social otorgada, o mejor dicho, usurpada so pretexto de

superioridad de talento y de servicio, es inequidad y latrocinio: todos los hombres, afirmo yo, poseen estas verdades en la intimidad de su alma; se trata simplemente de hacer que las adviertan.”¹¹¹

Según él, cualquier “preeminencia social acordada”, con el pretexto de la superioridad de talento o por servicio no es igualdad, de modo que la propiedad se torna incompatible porque es la negación de la igualdad. PROUDHON se preguntaba: ¿por qué, si la propiedad privada se definía como un derecho natural por ocupación o trabajo, aún se siguen preocupando por su origen? Con esto se refiere a que en ese momento se seguían cuestionando los fundamentos de la propiedad privada. Así lo deja ver en este párrafo:

“Si la propiedad es un derecho natural, absoluto, imprescriptible e inalienable, ¿por qué en todos los tiempos ha preocupado tanto su origen? Este es todavía uno de los caracteres que la distinguen. ¡El origen de un derecho natural! ¿Y quién ha investigado jamás el origen de los derechos de libertad, de seguridad y de igualdad? Existen por la misma razón que nosotros mismos, nacen, viven y mueren con nosotros. Otra cosa sucede, ciertamente, con la propiedad.”¹¹²

Al respecto el autor D’AURIA explica: *“Proudhon ataca la idea de que la propiedad sea un derecho natural, esto es, inherente a las personas. Y muestra cómo es categorialmente distinta de los otros derechos enunciados en las famosas declaraciones revolucionarias (la libertad, la seguridad y la igualdad). En efecto, la propiedad es potencial (no se puede ejercer sino se es previamente dueño de algo). Además la existencia del impuesto proporcional la desmiente en la práctica. Por otra parte, requiere ser fundamentada, lo que no suele ocurrir con la libertad y la igualdad.”*¹¹³ He ahí otra de las explicaciones por las cuales PROUDHON reprueba el derecho de propiedad privada, y que además coincide con una de las muchas características diferenciadoras entre los derechos humanos y el derecho de propiedad.

Los principios de justicia, libertad e igualdad, decía PROUDHON, con frecuencia implican una especie de reciprocidad; de esta forma abogaba por una sociedad en la cual

¹¹¹ PROUDHON Pierre, *Op. cit.*, p. 21.

¹¹² *Ibid.*, p. 51.

¹¹³ D’AURIA Aníbal, *Op. cit.*, p. 116.

todos los hombres pudiesen gozar de una libertad igual a la de los otros. Dichos principios son necesarios de establecer como los verdaderos fundamentos del sistema social, pero es imposible, por su misma naturaleza, que sean impuestos por alguna autoridad al hombre.¹¹⁴

GURVITCH, que realiza una crítica doctrinaria mediante el análisis de las diferentes justificaciones que se han dado a la propiedad privada sobre medios de producción, sobre todo en aquellas justificaciones que se basan en la ocupación o en el trabajo mismo, afirma: “*Que el trabajo no tiene por sí mismo sobre las cosas de la naturaleza ningún poder de apropiación; que si a pesar de todo se reconoce tal poder al trabajo, nos veríamos obligados a afirmar la igualdad de las propiedades sean cuales sean, la clase de trabajo, la rareza del producto y la desigualdad de las fuerzas colectivas; que en el orden de la justicia, el trabajo destruye la propiedad.*”¹¹⁵

La propuesta social proudhoniana ante tales situaciones es el mutualismo, ya que éste garantizaría el justo intercambio de bienes y servicios.

“Este sistema escapa al comunismo y al capitalismo, constituyendo, según la lógica de Proudhon, el equilibrio social entre el principio comunista (familia-jerarquía) y el individualista (sociedad-igualdad). De este modo, la economía anarquista sería un sistema de reciprocidades crediticias, cooperativista, de asociaciones libres y ocasionales según metas concretas, entre familias que conservan bajo su libre disposición los bienes que poseen y producen.”¹¹⁶

Ahora que conocemos las razones por las que PROUDHON cuestiona el derecho de propiedad privada, continuaremos con el análisis de su obra *¿Qué es la propiedad?*, pero en lo que respecta a la función del trabajo, la creación y la remuneración del mismo, puntos clave para el desarrollo de esta investigación.

C. Sobre los talentos

¿Por qué hablar del tema de los “talentos”? Primero debemos explicar que la relación entre este tema y la propiedad intelectual es muy relevante para la investigación pues claramente observamos que los criterios de PROUDHON son tan aplicables al contexto

¹¹⁴ v. COLE G.D.H. *Op. cit.*, p. 203.

¹¹⁵ GURVITCH Georges, *Proudhon. Su vida, su obra y su filosofía*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1987, p. 48.

¹¹⁶ D’AURIA Aníbal, *Op. cit.*, p. 119.

pasado como al actual, es decir, es fácil comprender a través de su pensamiento, la ideología que lo impulsaba a buscar para la sociedad el mayor de los beneficios antes que el enriquecimiento personal y ambicioso; por ejemplo cuando dice: “*A un mismo tiempo existen en él un trabajador libre y un capital social acumulado. Como trabajador es apto para el uso de un instrumento, para la dirección de una máquina, que es su propia capacidad. Como capital no se pertenece, no debe explotarse en su beneficio, sino en el de los demás hombres.*”¹¹⁷ Aunque claro está, no hace referencia a la propiedad intelectual como tal, sin embargo explica cuestiones sobre la propiedad que creen tener los artistas, los científicos y demás creadores o en la ejecución de las obras o actividades que les atañe, siendo que las mismas son producto de la sociedad, de toda su influencia, de todo el conocimiento transmitido: “*Comparable a la materia que una mano artista modela, el hombre tiene la facultad de llegar a ser, y la sociedad le hace ser.*”¹¹⁸

El autor del cual nos ocupamos en esta sección expresa interesantes observaciones con respecto al tema de los talentos, los cuales tienen que ver estrechamente con la inteligencia y las capacidades del ser humano para realizar algún trabajo:

“Pero ahora añadido que tampoco puede elevarse por encima de esa misma igualdad, porque su talento es una propiedad colectiva que no ha pagado y de la que siempre será deudor. Así como la creación de todo instrumento de producción es el resultado de un esfuerzo colectivo, el talento y la ciencia de un hombre son producto de la inteligencia universal y de una ciencia general lentamente acumulada por multitud de sabios, mediante el concurso de un sinnúmero de industrias inferiores. Aun cuando el médico haya pagado sus profesores, sus libros, sus títulos y satisfecho todos sus gastos, no por eso puede decirse que ha pagado su talento, como el capitalista tampoco ha pagado su finca y su palacio con el salario de sus obreros.”¹¹⁹

Coincidimos en que cada talento es producto de la herencia social, y que la llamada “inteligencia universal” puede ser acumulada y poseída, pero nunca apropiada exclusiva y abusivamente por una sola persona. Se es poseedor de un talento, ya que éste es parte de la

¹¹⁷ PROUDHON Pierre, *Op. cit.*, p. 122.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 121.

¹¹⁹ *Ibid.*

propiedad colectiva, y este talento es desarrollado por el individuo gracias al conocimiento que emana de la sociedad.

El tema de la remuneración del trabajo producto del talento ejecutado, según PROUDHON, debería ser correspondiente a la complejidad del asunto y tener los méritos por el sacrificio realizado; el cual además debe de ser evidente. Es un punto de vista seductor, sin embargo no podemos dejarnos llevar por estas palabras que suenan tan justas, pues podrían ser mal interpretadas.

Diferimos ciertamente de tal juicio cuando dicho autor prosigue puntualizando sobre las “remuneraciones de los talentos”, las cuales según él deberían disminuirse en caso de no demostrar el evidente sacrificio en la ejecución, antes que aumentarlas por lo común y sin razón y expone: *“El artista, el sabio, el poeta reciben su justa recompensa sólo con que la sociedad les permita entregarse exclusivamente a la ciencia y al arte. De modo que en realidad no trabajan para ellos, sino para la sociedad que les ha instruido y les dispensa de otro trabajo. La sociedad puede, en rigor, pasarse sin prosa, ni versos, ni música, ni pintura; pero no puede estar un solo día sin comida ni alojamiento.”*¹²⁰

La anterior afirmación no es compartida en su totalidad debido a que consideramos que la remuneración del artista, el científico, el escritor, el músico debe ser concretada, pero no con lo que le corresponda en méritos, pues estaríamos entrando en un tema polémico al recurrir a valoraciones subjetivas para definir el monto de la remuneración.

Tal y como lo deja ver el autor, el agricultor, por realizar una labor en la cual pone su talento a disposición de la sociedad, mediante la producción de los cultivos que lleva a la mesa, debe de ser mejor remunerado. Pero se vuelve entonces una cuestión de prioridades, quizás de fuerza o tal vez de gustos, pues ¿qué pasa con el agricultor que cosechó papas?, ¿es menos su esfuerzo que el agricultor que cultiva arroz, o es más difícil sembrar yuca que sembrar frijoles; o sabe mejor el maíz de Carlos que el de Juan? igualmente son agricultores y por ende productos son necesarios para mantener una alimentación balanceada, nadie contradice eso. Pero entonces ¿cómo se les remunerará, con qué criterios?

¹²⁰ PROUDHON Pierre, *Op. cit.*, p. 121.

¿Por qué negar o restar importancia a los poetas, los músicos, los artistas y los científicos, entre otros, para la vida del ser humano? Al igual que un agricultor también son importantes porque producen sustento, pero para el espíritu. ¿Acaso no es igual de importante el alimento del espíritu? De no ser así seríamos seres que se dedican a cultivar para comer, para poder sobrevivir pues es lo más importante, y dejaríamos de lado al trabajo creativo esa característica tan humana que nos diferencia de los animales con sus instintos y necesidades fisiológicas. Las personas dedicadas al arte y la ciencia son un complemento necesario e indispensable en el desarrollo de la sociedad, y es evidente el aporte dado hasta ahora en el crecimiento de la misma. Continúa el autor, justificando la labor del agricultor -la cual también es engrandecida e igualmente valorada por nosotros:-
*“Mas para cultivar su alma es preciso que comience por mantener su cuerpo. La necesidad le ha impuesto este último deber, cuyo cumplimiento no puede dejar desatendido. Si es honroso educar e instruir a los hombres, también lo es alimentarles.”*¹²¹

Explica PROUDHON, retomando el asunto de la remuneración de los talentos en los artistas en general y científicos, que la sociedad es fiel en el principio de la división de trabajos, es decir, que todas las personas deben trabajar y, de acuerdo a sus capacidades y talentos se le encomienda a cada una la labor que mejor puede realizar. Si es el caso que la persona tiene talento para la música, pues deberá la misma sociedad darle un tipo de “indemnización” (según las palabras de PROUDHON) pues se le hace abandonar el trabajo común, lo que significa una compensación por la falta de producción en otras áreas que incluso podrían verse como más importantes.

Ahora bien, en caso de que el artista o el científico llegara a pedir mayor remuneración por la ejecución de su talento, PROUDHON indica que es la sociedad la que rehusaría de sus servicios, haciendo que la persona se quede sin trabajo y obligándola de esta forma a dedicarse a realizar labores que no son de su agrado y para las cuales incluso no tiene aptitud alguna, de esta forma: *“el hombre de talento conocería su imperfección y viviría de un modo miserable.”*¹²²

¹²¹ PROUDHON Pierre, *Op. cit.*, p. 122.

¹²² *Ibid.*

Si bien es cierto que PROUDHON no habla específicamente de la propiedad intelectual, sí son notorias algunas referencias indirectas a ella. En el siguiente párrafo podemos observar su pensamiento al respecto cuando dice:

“Que así como el viajero no se apropia el camino que pisa, el labrador no se apropia el campo que siembra. Que, sin embargo, si un trabajador, por el hecho de su industria, puede apropiarse la materia que explota, todo productor se convierte, por el mismo título, en propietario. Que todo capital, sea material o intelectual, es una obra colectiva, por lo cual constituye una propiedad también colectiva.”¹²³

En efecto, si una obra ha sido producto de un talento, y el mismo a su vez es producto de la herencia social, entonces la obra es de la sociedad, y en este caso no puede pretender el creador arrogarse el derecho de propiedad sobre la misma pues no le pertenece.

Todo el tema de los talentos y la remuneración de los mismos se refleja en la propiedad intelectual por la cual, actualmente, se discute el pago de las obras, de las ejecuciones de músicos, y del trabajo de artistas y científicos. PROUDHON, de una manera un tanto tosca, deja entrever la necesidad del servir a la sociedad, que plantea que todo lo que realice el individuo sea en pro de la misma. Pero actualmente todo queda en manos privadas, en manos del supuesto creador y consecuentemente de los titulares derivados que son quienes se dedican a la comercialización de las obras. Aquí el valor de la obra en sí y su disponibilidad para la sociedad son tanto o más importantes que el pago o retribución económica que se le dé al autor de la obra.

Sección III

La propiedad privada para Karl Marx

¿Quién es KARL MARX? En palabras de ENGELS, su amigo y compañero de causa, MARX es *"el hombre que dio por vez primera una base científica al socialismo, y por tanto a todo el movimiento obrero de nuestros días..."*¹²⁴

KARL MARX (1818-1883), de origen prusiano, se desempeñó como filósofo, periodista, historiador, sociólogo, economista y político. Ha sido uno de los principales

¹²³ PROUDHON Pierre, *Op. cit.*, p. 124.

¹²⁴ MARX Karl, ENGELS Friedrich, *El capital visto por su autor*, México D.F, Editorial Grijalbo, 1970, p. 9.

críticos de la propiedad privada, por eso es importante conocer su pensamiento, que se basa en el materialismo dialéctico hegeliano. MONDOLFO, menciona que con MARX: “... *el hombre abstracto de la teoría del progreso se precisa en la sociedad concreta dividida en clases, las cuales personifican y tornan viva en sí la antítesis del pasado y futuro, de condiciones logradas y de exigencias transformadoras.*”¹²⁵

Para MARX superar la propiedad privada conlleva a la completa liberación, la emancipación plena de todos los sentidos y de las cualidades humanas. Esta visión hace que el ser humano tome conciencia de su ser como individuo y como parte de la sociedad, de esta forma deja de ser egoísta y sus necesidades se identifican con las de todos.

Así hemos de comenzar por hablar de algunas de las ideas que giran en torno a la figura de KARL MARX, pero especialmente a las relacionadas con el derecho de propiedad privada, ya que él es uno de sus principales críticos.

Para lograr entender el pensamiento marxista con respecto a la propiedad privada, primero debemos conocer quiénes fueron sus influencias, cuáles son sus principales escritos, y finalmente en qué consiste la crítica que realiza. Es por esta razón que se analizarán las influencias de HEGEL y de ENGELS, y también estudiaremos algunos conceptos extraídos de las más reconocidas obras de MARX, como lo son el capital, los medios de producción, el trabajo y la propiedad privada, entre otros.

El análisis de dicho pensador nos permitirá tener una visión amplia con la cual sustentar la investigación en cuanto a propiedad intelectual se refiere, entendiendo esta última como uno de los muchos tipos de propiedad privada y también como un medio de producción.

A. Comunismo, socialismo y propiedad privada

Debemos advertir que la definición de comunismo está permeada de una multitud de variaciones pues se puede usar como base para otras ideologías que tienen como fundamento los mismos principios comunistas.

¹²⁵MONDOLFO Rodolfo, *Marx y Marxismo. Estudios Históricos-Críticos*, México D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2 ed., 1975, p. 104.

La palabra comunismo en un primer momento evoca la noción de comunidad, y en efecto así es. El comunismo, a grandes rasgos, se puede definir como un modelo social en el cual no existen desigualdades, es decir, no existen las clases sociales, pues todos disfrutan de las mismas cosas. La propiedad es comunal, no se permite la apropiación individual. MARX, en el Manuscrito número 3, hace referencia a esto cuando menciona: *“El comunismo, finalmente, es la expresión positiva de la propiedad privada superada; es, en primer lugar, la propiedad privada general.”*¹²⁶ Sin embargo también advierte que cierto comunismo, como el totalitario, puede llegar a ser grosero y no tan útil para evitar las desigualdades.

Con respecto al derecho de propiedad en el comunismo, éste debe ser socializado, sirviendo de base para la sociedad comunista. El sistema comunista se distingue porque como uno de sus principales ideales está el poner fin a la explotación del hombre por el hombre, acabando con la división de la sociedad en clases y socializando la propiedad de los medios de producción.¹²⁷

En cuanto al sistema comunista y su administración, dicen BUJARIN Y PREOBRAZHENSKI:

“En una sociedad comunista no habrá clases. Pero ello implica que en la sociedad comunista tampoco habrá Estado. Hemos visto anteriormente que el Estado es una organización de clase de los gobernantes [...] En el orden social comunista no hay terratenientes, ni capitalistas, ni trabajadores asalariados, simplemente hay gente – camaradas–. Si no hay clases, no existe la lucha de clases ni organizaciones de clase. Consecuentemente el Estado ha dejado de existir. Como no hay lucha de clases, el Estado se hace innecesario. No hay nadie que haya de ser reprimido y tampoco hay nadie que reprima.”¹²⁸

Ahora bien, en cuanto al socialismo y la posición que tiene éste con respecto al derecho de propiedad privada, es necesario introducir diferentes puntos de vista sobre lo

¹²⁶ MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», Manuscrito #3, 1844, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo del 2013.

¹²⁷ v. BUJARIN Nikolái y PREOBRAZHENSKI Eugenio, *ABC del Comunismo*, Barcelona, Editorial Fontamara, 1977, pp. 74-75.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 77.

que es el socialismo, pues parece haber una estrecha relación entre éste y el comunismo, así que determinaremos cuál es la relación y la diferenciación que hay entre tales ideologías.

Muchas personas creen que el socialismo proviene de la ideología marxista y que fue MARX quien propuso dicho modelo, sin embargo, se habla de varios autores que ya habían tocado el tema y expresado en sus trabajos la ideología socialista, mediante la cual dejaban ver su descontento por cómo estaba constituida y dividida la sociedad en la que vivían, así como la ilusión de que desaparecieran las desigualdades en ella. Dicha etapa es denominada como el socialismo utópico.

ENGELS explica que el socialismo utópico es, en primer término, fruto de la inteligencia de los antagonismos de clase que imperan en la sociedad moderna, donde están en conflicto los poseedores y los desposeídos (llámeseles capitalistas y obreros asalariados), debido a la anarquía que reina en la producción. Hubo un pequeño despertar en los siglos XVI y XVII en donde aparecen las primeras descripciones utópicas de un régimen ideal de la sociedad. De esta forma, la reivindicación de la igualdad en la sociedad ya no solamente era con respecto a los derechos políticos sino que también hacia las condiciones de vida de cada persona (derechos sociales), ahora importaba más destruir las diferencias de clases que el simple hecho de eliminar los privilegios, “*tal fue la primera forma de manifestarse de la nueva doctrina*”¹²⁹ Sin embargo esta etapa es vista por ENGELS como un socialismo mediocre que se queda en el desahogo de las críticas e imágenes sociales del porvenir, pero nada más.

La concepción del mundo en la cual se presta más atención al movimiento a las transiciones, la concatenación y los cambios es, aunque “primitiva” (dirá ENGELS), una concepción esencialmente exacta, pues todo se encuentra sujeto a un proceso de transformación, es y no es al mismo tiempo porque siempre fluye, es decir, está cambiando. Aunque esta visión ayuda a conocer en parte los fenómenos, no abarca del todo, y es por esa razón que se hace necesario desgajar los elementos que conforman el todo y tomarlos uno por uno para analizar su carácter, causas y efectos;¹³⁰ así se sitúa el análisis en el terreno de la realidad, se abandona el socialismo utópico y se puede convertir el socialismo en una ciencia.

¹²⁹ v. ENGELS Friedrich, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Moscú, Editorial Progreso, 1892, p. 33.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 46.

Ahora bien, la etapa posterior al socialismo utópico es la del socialismo científico, en la cual MARX y ENGELS se encargan de realizar investigaciones profundas sobre el régimen capitalista y sus alternativas. Al respecto MARTHA HARNECKER nos dice:

“Marx, junto a Engels, fue el primer pensador que no se limitó a “desear” una sociedad nueva y justa, donde desapareciera la explotación del hombre por el hombre. Realizó un estudio a fondo de régimen capitalista, de sus leyes de funcionamiento y de la lucha de clases que éste produce. Por ello fue capaz de mostrar cuáles eran los mecanismos y cuál era la clase social que iba a poder destruir el sistema capitalista e implantar el nuevo sistema social con el que muchos habían soñado sin ser capaces de indicar cómo llegar a realizarlo.”¹³¹

En breves palabras entendemos al socialismo como un modelo social en el cual el grupo prevalece por sobre los intereses individuales o de clase. Entonces podríamos decir que los intereses de un “todo” o la comunidad, son lo más importante.

Para el socialismo, el origen de las desigualdades surge con la propiedad privada, pues es la que origina la división de las clases sociales. En este sentido, el derecho de propiedad privada viene a ser un impedimento para el bienestar de la mayor parte de la sociedad, pues en el modelo liberal no todas las personas pueden ser propietarias, sino más bien unos cuantos; quienes además tienen la posibilidad ilimitada de enriquecerse cada vez más, sin la obligación de compartir sus ganancias con los demás. Los no propietarios, que son mayoría, fungen como proletarios colocados en una posición de inferioridad. Es por esta razón que el socialismo cree que la propiedad privada tiene que convertirse en propiedad estatal, lo cual quiere decir que los medios de producción deben encontrarse bajo el dominio del Estado. Esta característica representa una importante diferencia respecto al comunismo, que opta por la eliminación del Estado. Todos serían trabajadores del Estado, el cual además les sirve, y funciona para y por ellos; de esta forma se eliminan las desigualdades.

Para BORÍSOV, ZHAMIN Y MAKÁROVA, en su Diccionario de Economía Política, la propiedad socialista es la:

¹³¹HARNECKER Martha, *Socialismo y Comunismo*, Cuaderno Nº 7, España, Editorial Akal, 1979, p. 6, <http://www.rebelion.org>, consultado el 5 de marzo del 2013.

“...propiedad social sobre los instrumentos y medios de producción, base económica del socialismo. Surge como resultado de la revolución socialista por medio de la socialización de la propiedad privada capitalista y por la transformación, en consonancia con los principios socialistas, de la pequeña propiedad privada de trabajo (ver Nacionalización Socialista). La propiedad social se consolida y se multiplica en el proceso de la reproducción socialista ampliada. El dominio de la propiedad socialista pone fin a la explotación del hombre por el hombre, lo libera de todas las formas de opresión y de todos los tipos de dependencia social, ofrece amplias posibilidades para el desarrollo planificado y sin obstáculos de la producción social, para el incremento incesante de la productividad del trabajo social, para elevar el bienestar del pueblo y para el libre desenvolvimiento de la personalidad de cada trabajador.”¹³²

B. Visión marxista del derecho de propiedad

A MARX se le atribuyen importantes aportes a las ciencias sociales, entre ellos citaremos dos de los que consideramos más relevantes. Uno es el concepto de la historia universal, que originó toda una revolución en el campo de la Historia. Dice ENGELS al respecto:

“Hasta aquí, toda la concepción de la historia descansaba en el supuesto de que las últimas causas de todas las transformaciones históricas habían de buscarse en los cambios que se operan en las ideas de los hombres, y de que de todos los cambios, los más importantes, lo que regían toda la historia, eran los políticos.”¹³³

Es así como MARX llegó a demostrar que la historia de la humanidad es una historia de constantes luchas de clases. Las luchas políticas en su variedad y complejidad se desarrollan en torno al poder social y político que tienen las clases sociales en la lucha constante por obtener el poder unas, y las otras por no perderlo. A esta nueva perspectiva de la historia se le llama materialismo histórico.

El segundo aporte importante de MARX es haber puesto en claro la relación existente entre capital y trabajo. Desde que el trabajo es concebido como la fuente de toda

¹³²BORÍSOV Zhamin y MAKÁROVA (ed.), «Diccionario de Economía Política», *eumed.net*, 1965, <http://www.eumed.net>, consultado el 23 de marzo del 2013.

¹³³MARX Karl y ENGELS Friedrich, *Op. cit.*, pp. 17-18.

riqueza y de todo valor, muchos se han preguntado por qué el obrero, que trabajaba, no percibía toda la riqueza creada por el valor de su trabajo y tenía que ceder una parte al capitalista. Y es MARX quien, según ENGELS, responde a dicha interrogante:

“... hasta que por fin apareció Marx con la solución. Esta solución es la siguiente: El actual modo de producción capitalista tiene como premisa la existencia de dos clases sociales: de una parte, los capitalistas, que se hallan en posesión de los medios de producción y de sustento y de otra parte, los proletarios, que, excluidos de esta posesión, sólo tienen una mercancía que vender: su fuerza de trabajo [...] el valor de una mercancía se determina por la cantidad de trabajo.”¹³⁴

De esta forma vemos como se da el enriquecimiento de los capitalistas, que consiste en la apropiación del trabajo ajeno. Es precisamente una de las muchas críticas que le achacan a la obra de LOCKE, pues él fue uno de los principales justificadores de esta dinámica económica capitalista.

La cuestión del derecho de propiedad privada es un problema fundamental no solo para MARX, sino que se trata de una problemática de la historia humana y del funcionamiento propio de la sociedad. Podríamos decir que es la causa y el efecto de la dominación en la sociedad capitalista en la que vivimos.

La propiedad privada, entendida como el derecho absoluto, exclusivo y excluyente sobre un bien material o inmaterial, que se puede oponer a todos (*erga omnes*), con amplias facultades para usar, percibir frutos, disponer, e incluso destruir la cosa en un claro ejercicio abusivo del derecho, se encuentra reservada para una pequeña, pero muy pequeña parte de la sociedad, lo que le permite imponer su voluntad y sus intereses. Desde esta perspectiva se trata de un verdadero privilegio.

C. Relación entre medios de producción, trabajo y propiedad privada

En uno de sus trabajos, MARX hace una reflexión que puede resumir en parte su pensamiento:

“En la producción social de su vida los hombres establecen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción

¹³⁴ MARX Karl y ENGELS Friedrich, *Op. cit.*, p. 21.

que corresponden a una fase determinada de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una fase determinada de desarrollo las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción.”¹³⁵

Es en el segundo manuscrito donde introduce el tema de la propiedad privada con el título: *Antítesis del capital y el trabajo. Propiedad Privada y Capital*. Inicia hablando del trabajo, que para MARX está muy relacionado con la propiedad privada en tanto:

“En el trabajador se da, pues, subjetivamente, el hecho de que el capital es el hombre que se ha perdido totalmente a sí mismo, de la misma forma que en el capital se da, objetivamente, el hecho de que el trabajador es el hombre que se ha perdido totalmente a sí mismo. El trabajador tiene, sin embargo, la desgracia de ser un capital viviente y, por tanto, menesteroso, que en el momento en que no trabaja pierde sus intereses y con ello su existencia. [...] El salario tiene, por tanto, el mismo sentido que el mantenimiento, la conservación de cualquier otro instrumento productivo. El mismo sentido que el consumo de capital en general, que éste requiere para reproducirse con intereses, como el aceite que las ruedas necesitan para mantenerse en movimiento” [Continúa explicando] La relación de la propiedad privada contiene latente en sí la relación de la propiedad privada como trabajo, así como la relación de la misma como capital y la conexión de estas dos expresiones entre sí.”¹³⁶

El ser humano es visto como una herramienta más para la producción de capital y a su vez se convierte en el mismo capital; el cual se puede apropiar, y aunque le paguen, compara MARX, el salario es lo mismo que el mantenimiento que se le debe dar a cualquier

¹³⁵ MARX Karl, «Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política», 1859, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo del 2013.

¹³⁶ MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», manuscrito #2, 1844, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo de 2013.

“máquina”. Ahora bien, la relación que existe entre trabajo y propiedad privada, es que para el “proletario” ninguna de las dos le pertenece, es decir el trabajo es visto como un capital de la misma forma que la propiedad privada y ninguna de ellas se constituye para su bienestar.

MARX comienza su exposición en el tercer manuscrito bajo el título *Propiedad Privada y Trabajo. Economía política como producto del movimiento de la propiedad privada* diciendo:

“La esencia subjetiva de la propiedad privada, la propiedad privada como actividad para sí, como sujeto, como persona, es el trabajo. Se comprende, pues, que sólo la Economía Política que reconoció como su principio al trabajo —Adam Smith—, que no vio ya en la propiedad privada solamente una situación exterior al hombre, ha de ser considerada tanto como un producto de la energía y movimientos reales de la propiedad privada, cuanto como un producto de la industria moderna; de la misma forma que la Economía Política, de otra parte, ha acelerado y enaltecido la energía y el desarrollo de esta industria y ha hecho de ella un poder de la conciencia. Ante esta Economía Política ilustrada, que ha descubierto la esencia subjetiva la riqueza —dentro de la propiedad privada—, aparecen como adoradores de ídolos, como católicos, los partidarios del sistema dinerario y mercantilista, que sólo ven la propiedad privada como una esencia objetiva para el hombre.”¹³⁷

Para MARX, existe una relación originaria y estrecha entre el hombre y sus medios de producción, sin embargo dicha relación se vio alterada con la sociedad burguesa, pues al trabajador no capitalista se le negó aquella vinculación entre propiedad y trabajo para que la propiedad dejara de estar en manos del trabajador y pasara a ser propiedad de quien acumula el capital. Entonces, restablecer la relación entre el hombre y sus medios de producción, significa para este autor acabar con las contradicciones del sistema capitalista, por lo que el mismo llegaría al fracaso, pues ya el trabajador por medio de su trabajo estaría creando su propia propiedad y no la ajena.

¹³⁷ MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», manuscrito #3, *Op. Cit.*

“La propiedad privada nos ha hecho tan estúpidos y unilaterales que un objeto sólo es nuestro cuando lo tenemos, cuando existe para nosotros como capital o cuando es inmediatamente poseído, comido, bebido, vestido, habitado, en resumen, utilizado por nosotros. Aunque la propiedad privada concibe, a su vez, todas esas realizaciones inmediatas de la posesión sólo como medios de vida y la vida a la que sirven como medios es la vida de la propiedad, el trabajo y la capitalización.¹³⁸

¹³⁸ MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», manuscrito #3, *Op. Cit.*.

Capítulo III

Los derechos fundamentales

Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos.

*Cesare Beccaria
De los delitos y de las penas*

El estado actual de los derechos fundamentales permite conocer más exactamente su papel en la sociedad, aprendiendo de los errores cometidos en el pasado y también de los nuevos aportes. Al final del presente capítulo se ahondará en uno de dichos aportes, mediante el cual es posible distinguir entre el derecho de propiedad privada y los derechos fundamentales; dos categorías estructuralmente distintas. Pero antes se recurrirá a un análisis histórico-jurídico de los derechos humanos, acompañándolo con los distintos argumentos de quienes incluyen al derecho de propiedad intelectual y/o derechos autorales como parte de alguna de las generaciones de derechos humanos. Además se tratarán otros temas de índole teórico con el fin de brindar una perspectiva, en la medida de lo posible, actual y crítica del tema en cuestión, que a la vez nos brinde más elementos de juicio para sostener la tesis de la inadecuada asimilación del derecho de propiedad con los derechos fundamentales.

Sección I

Reflexiones introductorias

La importancia de los derechos fundamentales ha venido aumentando con el tiempo. Tanto en trabajos y discusiones académicos, en el campo político y hasta a nivel ciudadano, donde es muy común escuchar hablar sobre ellos. Esta situación no necesariamente

conlleva ventajas, sino que también ha podido dar pie a que se produzca una gran ambigüedad al momento de definir y/o abordar el tema.¹³⁹

A nivel académico aún es difícil encontrar un consenso más o menos general sobre los derechos fundamentales, como sí sucede en otros campos del saber jurídico, posiblemente por la particular importancia que tiene para ellos las siempre variables reflexiones filosóficas o políticas. Las discusiones muchas veces se limitan a argumentos idealistas, retóricos o emotivos, dejando de lado aspectos de mayor importancia, como dar una perspectiva realista y por ende, desmitificadora del tema. Por tanto, la mayor expectativa de este capítulo es –al igual que la del trabajo entero– lograr un aporte útil y actual sobre los derechos fundamentales.

Los abordaremos partiendo de la premisa de que son un producto histórico-cultural, lo que si bien es cierto implica un margen de cambio, éste resulta sano y necesario -como sucede en cualquier otra rama del derecho- pues se supedita a las necesidades sociales del momento. Además con esta perspectiva se pretende ayudar a excluir la concepción *isnaturalista*, ya que el análisis histórico permite entre otras cosas, descartar la existencia de derechos absolutos, intangibles e independientes del ordenamiento jurídico positivo, evitando así una falsa y muy subjetiva idea sobre los derechos fundamentales. Como ventaja del enfoque histórico se menciona:

“La consideración histórica enseña que los derechos fundamentales no son la expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática, de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insostenibles de limitación y riesgo para la libertad.”¹⁴⁰

También abordaremos nuestro estudio desde el plano teórico, donde se estudiará la estructura jurídica de los derechos fundamentales intentando dar respuesta –con ayuda de

¹³⁹ En cuando a la ambigüedad del significado de los derechos fundamentales y la multiplicidad de definiciones v, PEREZ LUÑO Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 10 ed., 2010, pp. 23-27., NEVES Marcelo, La fuerza simbólica de los derechos humanos, *Revista Doxa*, N°. 27, 2004, pp. 143-180, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo de 2012. FERRAJOLI Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trota, 3 ed., 2007, p. 287., HABA Henrique P., *Tratado básico de derechos humanos*, San José, Editorial Juricentro, t. I, 1986, pp. 91-160., PECES-BARBA Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Universidad de Madrid, 4 ed., 1986, pp. 13-27.

¹⁴⁰ DENNINGER citado en: PÉREZ LUÑO Antonio, Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), *Revista Doxa*, N°. 4, 1987, p. 62, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo de 2012.

las definiciones aportadas por algunos autores destacados— a la pregunta: *¿Qué son los derechos fundamentales?* Posteriormente esta respuesta, junto con los resultados obtenidos en el análisis de la estructura jurídica, se utilizará como base argumentativa para mostrar los equívocos desencadenantes en el conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y de acceso a los beneficios de la cultura.

Nos valdremos entonces de perspectivas de los derechos humanos que nos permitirán observar con amplio panorama los aciertos y desaciertos experimentados a lo largo de la historia, para demostrar especialmente que fue un error incluir y posteriormente mantener al derecho de propiedad intelectual dentro de la categoría de los derechos fundamentales.

Sección II

Una perspectiva histórica de los derechos humanos

Entonces, al partir de la premisa de que los derechos humanos son una categoría histórica, en esta sección estudiaremos las generaciones de derechos surgidas a través del tiempo, no sin antes indicar que somos consientes de las limitantes acarreadas por el tradicional análisis generacional de los derechos humanos y en razón de las que PÉREZ-LUÑO hace las siguientes advertencias que también compartimos:

“Conviene advertir, en cualquier caso, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos, y contradicciones, por lo que su despliegue responde a un proceso dialéctico. De otro lado, las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos que deben ser aplicados.”¹⁴¹

Así mismo negamos por completo la posibilidad de que las distintas generaciones que se expondrán a continuación correspondan a un sistema de jerarquización dentro de los mismos derechos humanos, donde los de primera generación estén por encima de los de

¹⁴¹ PÉREZ LUÑO Antonio, Concepto y concepción de los derechos humanos (Anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), *Op. cit.*, p. 56.

segunda y tercera generación, sino únicamente es una forma, quizá no la mejor, para observar en perspectiva el reconocimiento de los derechos humanos con relación al contexto histórico, en nuestro caso, con especial énfasis en los que más nos interesan: estos son el derecho de propiedad intelectual y/o autoral y el de acceso a los beneficios de la cultura.

A) Los derechos humanos de primera generación

Para la mayoría de estudiosos los derechos fundamentales tienen su origen en la edad moderna,¹⁴² pues fueron las condiciones emergentes en esa época, como “*La aparición de la economía dineraria y de mercado, la secularización, el individualismo (y su reflejo en el campo del Derecho que es la teoría del derecho subjetivo), la teoría del contrato social, como explicación racional del origen de las sociedades, [y] la aparición del Estado...*”¹⁴³ algunas de las que posibilitaron su origen.

Los primeros en oficializarse, aunque con muchas limitaciones,¹⁴⁴ son los derechos individuales. Sucede alrededor de los siglos XV y XVIII, impulsados por los movimientos revolucionarios de la emergente burguesía europea, concretamente con la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra, gracias a la cual surge el *Bill of Rights* (Carta de Derechos), misma que influiría profundamente a los *Bill of Rights* de las antiguas colonias americanas, –independizadas oficialmente del imperio inglés en 1776–. Y finalmente con la Revolución Francesa y su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Sobre el origen filosófico de estas declaraciones se basó la célebre polémica¹⁴⁵ entre el profesor JELLINEK, quien lo atribuía a la defensa de la libertad religiosa impulsada por el cisma cristiano, y BOUTMY, para quien se trataba del resultado de las ideas filosóficas de personajes como ROUSSEAU, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y LOCKE, lo que él mismo llama el espíritu del Siglo XVIII,¹⁴⁶ liberado de todo fervor religioso. KARL MARX, por su parte, ve en la necesidad de garantizar la defensa de la propiedad privada de los medios de producción y con ello la estructura económica capitalista, el verdadero fundamento de los

¹⁴² Cf., FERRAJOLI Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, *Op. cit.*, pp. 319-321. Para quien desde una perspectiva teórica es posible encontrar derechos universales (en un sentido lógico) y por tanto fundamentales en Grecia, la Roma antigua y también en la Inglaterra medieval, con la *Magna Charta* de 1215.

¹⁴³ PECES-BARBA Gregorio, *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁴ Recordemos nuevamente que en un principio estos derechos se reconocían materialmente solo a los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios.

¹⁴⁵ AA.VV., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.

¹⁴⁶ BOUTMY Emile, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek”, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *Op. cit.*, p. 145.

derechos individuales, por lo cual los considera un producto exclusivo de la ideología liberal burguesa.

Los derechos individuales estaban dirigidos a aumentar la libertad y autonomía de los individuos frente al estado. Fueron fruto del liberalismo ilustrado que, basándose en el contractualismo y el derecho natural, los idearon como intrínsecos al ser humano, imprescriptibles, anteriores y por tanto superiores al derecho positivo, el cual sólo podía reconocerlos, mas no constituirlos, precisamente por ese carácter natural. Así por ejemplo en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, esta línea de pensamiento es notoria al señalar que *“Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto...”* Los derechos innatos a que se hace referencia en esta Declaración son la vida, la libertad, los medios para adquirir y poseer propiedades, la felicidad y la seguridad. La Declaración francesa, por su parte, dice en el artículo primero: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.”* Y enumera como derechos naturales a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Como claramente se evidencia, es también en esta etapa primigenia donde es concebido el derecho de propiedad privada como un derecho humano, respondiendo principalmente a los intereses de la clase burguesa, para quienes la propiedad privada, anteriormente limitada por los privilegios otorgados a la nobleza y el clero por parte del monarca, tenía un papel medular en su asenso al poder. Siendo que la propiedad intelectual es uno de los varios tipos de propiedad existentes, hay quienes ubican su origen, a nivel de derecho humano, en este periodo.

“Quienes argumentan que la propiedad intelectual es un derecho de primera generación, se fundamentan principalmente en su origen, pues evidentemente coincide con las reivindicaciones de la Revolución Francesa, en la tradición legislativa del *Droit d’auteur*. [...] Como segundo argumento, sostienen que los derechos de autor son un derecho civil por ser en sí mismos una propiedad denominada por su naturaleza como una propiedad intelectual. [...] Un tercer argumento para alegar que la propiedad intelectual pertenece a este grupo de derechos fundamentales, es que los derechos de autor se han definido como

humanos en virtud de los instrumentos legales internacionales que les otorgan tal estatus.”¹⁴⁷

Son derechos de primera generación: la libertad de expresión, libertad de pensamiento, libertad de religión, libertad comercial, el derecho a la vida, a la seguridad, el derecho al sufragio, la prohibición de la esclavitud, la libertad de circulación, la propiedad privada y el derecho a no ser condenado sin un juicio previo.

B) Los derechos humanos de segunda generación

En un segundo momento histórico podemos observar una variación en el catálogo de los derechos humanos, cuando se comienza a dar importancia a los derechos sociales, específicamente los derechos de los trabajadores, como respuesta a las deplorables condiciones de trabajo en cuanto a salarios, horarios, garantías sociales entre otros, producidas por el modelo liberal y su revolución industrial. Este nuevo paradigma se sustentó ideológicamente en las críticas emanadas de los movimientos filosóficos anti liberales, como por ejemplo el socialismo y el anarquismo, contrarios a la visión hasta ese momento individualista de los derechos humanos. El mismo KARL MARX, en su momento, dirigió fuertes ataques a la versión liberal-burguesa de los derechos humanos y a su efecto negativo en la sociedad:

“Ninguno de los llamados derechos del hombre trasciende, por lo tanto, el hombre egoísta, el hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, el individuo replegado en sí mismo, en su interés privado, y en su arbitrariedad privada, disociado de la comunidad. Muy lejos de concebir al hombre como ser genérico, estos derechos hacen aparecer, por el contrario, la vida genérica misma, la sociedad, como un cuadro externo a los individuos, como una limitación de su independencia originaria. El único nexo que los mantiene en cohesión es la necesidad natural y el interés privado, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta.”¹⁴⁸

La industrialización desencadenada por el liberalismo económico conllevó a la sobreexplotación de la clase trabajadora, que se veía obligada por su falta de recursos –o

¹⁴⁷CASTRO BONILLA Alejandra, *Derecho de autor y nuevas tecnologías*, San José, Editorial UNED, 2006, p. 228.

¹⁴⁸MARX citado en: ANTILLÓN Walter, *Los derechos y los humanos (Hipótesis para una introducción al curso)*, s. l. n. f.

propiedad que le sirviese como medio de producción– a intercambiar en condiciones desventajosas su fuerza laboral, en favor de los propietarios industriales; situación que prácticamente los sometió a un régimen esclavista.

Así describe PECES-BARBA la dinámica político-económica de este periodo, agregando además un elemento muy importante, como fue la lucha librada dentro del mismo socialismo para tratar de preservar los derechos conseguidos antaño por los liberales y que no se contraponían al socialismo más moderado, sabedor de la importancia de buena parte de dichas reivindicaciones liberales.

“...con la crítica socialista a la organización liberal, y sobre todo a su estructura económico social, la filosofía de los derechos del hombre se socializa, intenta superar un individualismo en ciertos aspectos egoísta y aislacionista, y se vuelve más comunitaria. Al mismo tiempo tiene que enfrentarse y combatir contra la corriente socialista-totalitaria que pretende la liberación de la humanidad prescindiendo de los derechos del hombre, y contra los liberales anclados en la etapa anterior, que no quieren asimilar lo acertado de la crítica socialista.”¹⁴⁹

Es en ese marco en el que se llevan a cabo las revoluciones obreras del siglo XX, entre las que podemos mencionar como algunas de las más importantes a la mexicana en 1910 y la Revolución de Octubre o Bolchevique en 1917.

El resultado final en algunos países es el cambio del estado liberal por uno benefactor o social. Las reivindicaciones logradas se incluyen en el derecho positivo mediante las constituciones políticas, instrumentos que se consolidan cada vez más como medios para buscar *“una sumisión del poder político y también de las fuerzas sociales, a límites que permitan alcanzar un cierto grado de seguridad en el ejercicio de estos derechos [derechos humanos].”*¹⁵⁰ Algunas de las más representativas y que se ubican dentro de éste periodo son las constituciones de Querétaro 1917, Weimar 1919, y en un sentido similar la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918, en la Unión Soviética. En cuanto a los instrumentos de derecho internacional, los derechos sociales son incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el

¹⁴⁹ PECES-BARBA Gregorio, *Derechos Fundamentales Op. cit.*, p 36.

¹⁵⁰ HABA Enrique P., *Tratado Básico de derechos humanos, Op. cit.*, p. 161.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 1966 y el Protocolo de San Salvador en 1988.

En este periodo se matiza el derecho de propiedad clásico, absoluto e ilimitado, agregando la llamada “función social de la propiedad”, con lo que se le resta invulnerabilidad al primero, ya que para entonces eran muy notorias las consecuencias negativas que esto producía, tanto a nivel social como económico.

La primera Constitución en incorporar la función social de la propiedad fue la de Weimar, que dice en su artículo 153: “*La propiedad obliga. Su uso debe estar a la vez al servicio del bien común.*” Con ella se le impone al propietario el *deber* de ejercer su derecho de propiedad teniendo en cuenta los intereses sociales. Según EDUARDO NOVOA:

“...la función social es una forma de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común.”¹⁵¹

Se plantea entonces como un punto de equilibrio entre el individualismo liberal, defensor a ultranza de la propiedad privada, y el comunismo, que pretendía la eliminación del derecho de propiedad privada sobre los medios de producción.

Si bien los derechos sociales se ejercitan, y en caso de incumplimiento, se reclaman de forma individual, su titularidad por otra parte, es dual, pues corresponde tanto a individuos como a una colectividad. Además los derechos sociales no constituyen solo libertades, que requieren un comportamiento negativo o de abstención por parte del estado, como sucede con los individuales, pues también contienen derechos que exigen un comportamiento positivo, es decir, un deber de acción o prestación por parte del Estado; de ahí el adjetivo “benefactor” usado para calificar al modelo de Estado que los incluye en su ordenamiento jurídico. Presentan la dificultad de que el nivel de prestación dependerá de la capacidad económica Estatal y la voluntad de las fuerzas políticas, ambos, factores altamente limitantes para una efectiva aplicación.

“El respeto de los derechos económicos, sociales y culturales se logra por los Estados partes en el Pacto, en general, mediante la dedicación de los recursos

¹⁵¹ NOVOA MONREAL Eduardo, *Op. cit.*, p. 61.

económicos de que disponen a la satisfacción de esos derechos y a la creación de las condiciones que hacen posible la existencia real y el goce de los mismos. Es decir, que exigen un hacer estatal y una política dirigida a lograr su progresiva efectividad, aunque esta afirmación debe ser matizada y no puede considerarse absoluta, porque hay derechos económicos, sociales y culturales –como la libertad sindical, el derecho de huelga, la libertad de enseñanza, etc.-, que permiten un control del tipo del que se aplica al caso de los derechos civiles y políticos.”¹⁵²

Hay quienes consideran a la propiedad intelectual un derecho de segunda generación. Los argumentos son, por un lado, su inclusión dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras por otro lado, que se trata de un derecho cultural, pues se localiza dentro de un artículo dedicado precisamente a los derechos culturales.¹⁵³

“Artículo 15.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

Otro de los motivos es que gran parte de las obras sujetas al derecho autoral constituyen importantes bienes culturales y también la creencia, en nuestra opinión

¹⁵² GROS ESPIELL Héctor, *Estudio sobre derechos humanos II*, Madrid, Editorial Civitas, 1988, pp. 34-35.

¹⁵³ v. CASTRO BONILLA Alejandra, *Op. cit.*, p. 230.

infundada, de que la propiedad intelectual es un aliciente para la producción cultural, de donde extrae que la propiedad intelectual también es un derecho humano.

“Se trata de derechos interconectados que no pueden existir el uno sin el otro: el derecho a la cultura supone la presencia de una producción cultural, y ésta de los autores. Todo creador se aprovecha del derecho de acceso a la cultura, pues ninguna creación procede de la nada. El derecho al disfrute de los bienes culturales exige el estímulo a la creatividad, y ello sólo es posible mediante una adecuada protección a los autores.”¹⁵⁴

La segunda generación da lugar a derechos tan importantes como el derecho a la seguridad social, los derechos culturales dentro de los que se cuenta el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la educación, el derecho a elegir trabajo libremente y a recibir una remuneración adecuada, los derechos sindicales, el derecho a la huelga, el derecho a la salud, el derecho a una vivienda digna. Todos tienen la finalidad de asegurarle un nivel de vida digno a las personas, en especial a aquellas en condiciones de vulnerabilidad; sin embargo la efectiva aplicación de los mismos es muchas veces deficiente debido a que el modelo económico capitalista es completamente incompatible con ellos –y también con los de tercera generación–. A esto se refiere GROS ESPIELL cuando advierte:

“Sin el cambio y mejoramiento de las condiciones negativas de base, sean ellas económicas, sociales o políticas, la vigencia de los derechos humanos no puede ser nunca plena y total y sólo puede llegar a ser, en el mejor de los casos, parcial y formal.” [...] “Es por ello que un análisis realista del tema de los derechos humanos en el Mundo en desarrollo en general y en América Latina en particular, no puede separarse de la consideración de la necesidad de promover el desarrollo regional del Nuevo Orden Económico Internacional.”¹⁵⁵

C) Los derechos humanos de tercera generación

Bajo nuevas condiciones sociales aparecen los derechos de tercera generación, también conocidos como de solidaridad o derechos de los pueblos, pues buscan oponerse al estado-

¹⁵⁴ ANTEQUERA, citado en: CASTRO BONILLA Alejandra, *Op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁵ GROS ESPIELL Héctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Editorial Libro libre, 1986, pp. 31, 34.

individuo, incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos. Su contexto histórico está marcado por la guerra fría y la descolonización de África.

Los derechos resultantes de esta generación son: el derecho a la autodeterminación de los pueblos, a la independencia económica y política, derecho a la identidad nacional y cultural, derecho a la paz, a la coexistencia pacífica, derecho al entendimiento y confianza, la cooperación internacional y regional, justicia internacional, uso de los avances de las ciencias y la tecnología, la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, a un medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad y al desarrollo que permita una vida digna.¹⁵⁶

Derechos que para sus defensores, justifican la ampliación del catálogo de los derechos humanos, con todo y los problemas de aplicación que conllevan, porque responden a necesidades muy propias de nuestros tiempos, cuando el desarrollo de la industria bélica acerca a la humanidad más que nunca a un posible desastre mundial capaz de convertir al planeta en un “inmenso cementerio”.¹⁵⁷

De igual forma, el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías pone en riesgo el equilibrio ambiental del planeta y la calidad de vida de sus habitantes. La paz y la calidad de vida, además de la relación con las situaciones ya mencionadas, se ven resaltadas por el peligro y la tensión que supone la energía nuclear. También son características de esta época las infinitas posibilidades de información y conectividad como beneficios positivos de las tecnologías que potencian la nueva sociedad de la información.

Pero los llamados derechos de solidaridad no han estado exentos de crítica, principalmente por la vaguedad de su contenido, dificultad para garantizarlos, y por ser, algunos de ellos, otorgados a colectividades de individuos en vez de a todos los individuos por igual. En nuestro medio, PIZA ESCALANTE se refirió al tema en la siguiente forma:

“A mi juicio, lo que ocurre es que estas normas programáticas son eso, “programáticas”, no “derechos humanos” ni hace falta que lo sean, ni atribuirles

¹⁵⁶ «Derechos de Tercera Generación o Derechos de Los Pueblos», *Cubaencuentro*, <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion/derechos-de-tercera-generacion-o-derechos-de-los-pueblos>, consultado el 31 de agosto de 2012.

¹⁵⁷ v. PÉREZ LUÑO Antonio, Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), *Op. cit.*, pp. 56-59.

carácter de derechos humanos tiene ninguna utilidad, ni científica ni práctica, ni siquiera política.”¹⁵⁸

“...me refiero a que, para mí, los derechos humanos son derechos “del hombre” y, por ende, se atribuyen a “cada hombre” como su único titular. Con esto quiero decir que no hay, a mi juicio, derechos cuyo titular no sea “cada” ser humano como tal, y que, por esto, no me cabe la idea de que haya derechos humanos “colectivos”, es decir, derechos humanos que se atribuyan a la colectividad como un todo, como el llamado “derecho de libre determinación de los pueblos (...) o como algunos de los llamados derechos “de tercera generación” o “de solidaridad” (por ejemplo los derechos a la paz, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad –y no cito el derecho al medio ambiente, porque éste sí le reconozco, dependiendo por supuesto, de su formulación en concreto, el carácter de derecho humano–.”¹⁵⁹

Los derechos referentes a las nuevas tecnologías de la información y comunicación para algunos autores, como el caso de PÉREZ LUÑO, pertenecen a los de tercera generación, mientras para otros forman parte de una cuarta generación de derechos, “...como los derechos de las futuras generaciones, derivados de la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI.”¹⁶⁰ Pero es común la discrepancia en la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones. Así por ejemplo GUSTAVO ZAGREBELSKY utiliza una clasificación diferente a la nuestra y a las anteriormente mencionadas:

“La “primera generación” estaría representada por los derechos liberales; la “segunda”, por los derechos relativos al mundo del trabajo; la “tercera” por los derechos sociales en general. La “cuarta” comprendería los derechos referentes a la supervivencia misma del hombre (en la actual y en las futuras generaciones) y a la conservación de su medio ambiente.”¹⁶¹

Dicho lo anterior, no se incluirá una cuarta generación a nuestro intento explicativo porque no lo juzgamos necesario, pero sí hacemos constar que hay quienes consideran a

¹⁵⁸ PIZA ESCALANTE Rodolfo, *Derecho y derechos humanos*, texto recogido en el Segundo curso interdisciplinario sobre derechos humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos del 6 de setiembre de 1984, p. 52.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 54.

¹⁶⁰ CASTRO BONILLA Alejandra, *Op. cit.*, p. 232.

¹⁶¹ ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 9 ed., 2009, n. 39, p. 92.

los derechos autorales un derecho humano de cuarta generación, como es el caso de ALEJANDRA BONILLA:

“Se puede interpretar también la defensa de la propiedad intelectual dentro de esta generación, [cuarta] como la prerrogativa del acceso universal a los derechos de autor a través de las nuevas tecnologías, siendo desde esta perspectiva un derecho del ciudadano a acceder a los bienes sujetos a la propiedad intelectual, más que un derecho de autor. [lo que] ...define parte de la consideración del derecho de autor en su nueva dimensión como derecho fundamental de la sociedad del conocimiento.”¹⁶²

El argumento citado es erróneo pues identifica como iguales a dos derechos con una naturaleza jurídica distinta. No es correcto asegurar que la propiedad intelectual o los derechos autorales son derechos fundamentales porque el acceso a los bienes culturales – que son a su vez objeto de derechos autorales o de propiedad intelectual– constituye un derecho humano; sería como decir que como las medicinas constituyen un bien fundamental para las personas, la propiedad privada sobre dichas medicinas también es un derecho humano. Sirva esta acotación para recordar una tesis que abordaremos más adelante: los derechos de propiedad, donde creemos se ubican los derechos autorales en su aspecto patrimonial, por ser esencialmente un poder jurídico sobre un bien inmaterial y constituir una situación jurídica singular y equivalente al dominio, poseen un estructura jurídica diferente a la de los derechos humanos, donde sí se ubica el derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

Volviendo al tema de las generaciones de derechos humanos debemos puntualizar que nuestro mayor interés está en hacer notar su avance histórico–pero lo cierto es que algunos también han sufrido serias involuciones–; y también las dificultades padecidas para su constitución y puesta en práctica. Porque en la actualidad uno de los mayores y más persistentes problemas sufridos por los derechos humanos está en la falta de garantías eficaces. La cantidad de derechos humanos dispuestos en instrumentos normativos internacionales es amplia, y lo mismo sucede con las constituciones de la mayor parte de naciones occidentales. Pero el que estos derechos estén positivizados no significa que

¹⁶² CASTRO BONILLA Alejandra, *Op. cit.*, p. 237.

verdaderamente se materialicen, creerlo sería caer en la falacia normativista “*de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del mismo.*”¹⁶³ Por otra parte los organismos o instituciones encargados de la aplicación de los derechos humanos son ambivalentes y muchas veces condescendientes, sobre todo cuando deben juzgar el irrespeto por parte de países de “primer mundo”, los cuales poseen gran influencia política internacional.¹⁶⁴

Y es que lamentablemente la mayor parte de estos organismos tratan el tema de los derechos humanos en forma poco objetiva¹⁶⁵ y usando aún argumentos iusnaturalistas que reafirman la poca efectividad de sus actuaciones.¹⁶⁶

El panorama es cambiante, a veces para bien a veces para mal, con equívocos, avances y también con retrocesos, pero ésta es en realidad una dinámica muy propia del derecho, una institución de cambio social que siempre exige una actitud activa, vigilante y trabajadora; así lo recuerdan las siempre vigentes palabras de IHERING “*El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también de todo el pueblo.*”¹⁶⁷ Hoy más que nunca, la lógica de mercado capitalista, extendida a todo el mundo gracias al fenómeno de la globalización, y en complicidad con las mismas autoridades gubernamentales, son los principales culpables de la poca efectividad de los derechos humanos, en especial de los derechos sociales; una situación que obliga a los pueblos a pelear más fuertemente por su derecho a vivir dignamente.

Sección III

Denominación y definición

“Derechos fundamentales”, “derechos humanos”, “derechos del hombre”, “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “derechos subjetivos fundamentales”, “derechos morales fundamentales”, son solo algunas de las muchas formas utilizadas para llamar a la categoría de derechos que nos ocupa. En principio tal variedad de denominaciones no

¹⁶³ FERRAJOLI Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Op. cit, p. 18.

¹⁶⁴ ANTILLÓN Walter, La insoportable levedad del derecho internacional, *Revista de ciencias jurídicas*, San José N° 108, 2005, <http://www.latindex.ucr.ac.cr>, consultado el 2 de agosto del 2012.

¹⁶⁵ HABA Enrique P., ¿De qué viven los que hablan de derechos humanos?, *Revista Doxa*, N° 26, 2003, <http://www.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo del 2012., JIMÉNEZ MADRIGAL Gustavo A., *Modernidad y derechos humanos*, San José, Editorial IUSA, 2007, p. 15.

¹⁶⁶ BARRANTES REYNOLDS María P., *El fundamento ideológico de los derechos humanos. Crítica ideológica al discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2008, pp. 293-302.

¹⁶⁷ IHERING Rudolph, *La lucha por el derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 3 ed., 2007, p. 4.

representa un grave problema, pues sin duda tiene mayor importancia el contenido que se atribuya a ellas, sin embargo, para efectos de emplear una terminología científico-jurídica adecuada es necesario determinar la mejor y dotarla de su respectiva definición, para en lo posible evitar los equívocos.

Actualmente las denominaciones más utilizadas son derechos humanos y derechos fundamentales; a veces los autores le restan importancia a su diferenciación y los utilizan como sinónimos. Por su parte PECES-BARBA prefiere usar el término derechos fundamentales y no derechos humanos por creer que éste último, pese a ser el más generalizado, es incorrecto en tanto *“todos los derechos son humanos puesto que el hombre es el sujeto de derecho por excelencia, y así el derecho del arrendador a cobrar una renta y el del comprador a recibir la una cosa comprada son derechos humanos.”*¹⁶⁸ Otros por el contrario utilizan el término derechos fundamentales para referirse a aquellos que se encuentran reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, especialmente en constituciones o tratados de derecho internacional de acatamiento obligatorio para los estados signatarios; y emplean la denominación derechos humanos para referirse a meros enunciados con contenido más axiológico que jurídico, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana pero que no se encuentran positivizadas en el ordenamiento jurídico.¹⁶⁹ JORGE CARPIZO, en oposición a la anterior distinción defendida por PÉREZ LUÑO, expone varias razones con base en a las cuales considera *“que los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales cada día se acercan más y va llegar el momento en que se van a identificar o van a ser sinónimos. Es la evolución y precisión de las ideas, pero más, es el sentido correcto del significado de la dignidad humana. El concepto de derecho fundamental va a correr la suerte de otros, como los derechos públicos subjetivos, libertad pública o los que mencioné y cada día se emplean menos...”*¹⁷⁰

La distinción hecha por PÉREZ LUÑO tiene el inconveniente, en nuestra opinión, de llamar derechos humanos a principios no jurídicos, resultando en una falta de precisión pues estos derechos humanos, al no pertenecer a un ordenamiento jurídico, tampoco pueden

¹⁶⁸ FERRAJOLI Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, Derechos y garantías. La ley del más débil, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁹ PÉREZ LUÑO, citado en: CARPIZO Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, N°. 25, 2011.

¹⁷⁰ CARPIZO Jorge, *Op. cit.*, p. 14-17.

ser verdaderos derechos en sentido jurídico, lo que los convierte en un simple discurso de carácter moral excesivamente subjetivo y con poca utilidad. Por otra parte, y en cuanto a lo dicho por CARPIZO, en la práctica las denominaciones derechos humanos y derechos fundamentales se aplican como sinónimos, y al igual que muchas otras su distinción solo tiene valor en el campo teórico, donde dicho sea de paso, es más improbable su desaparición, ya que como veremos más adelante, puede más bien ser muy útil para efectos de explicación y clasificación de los derechos.

En cuanto a las otras denominaciones comúnmente usadas, “derechos del hombre” es claramente incorrecta por el simple hecho de referirse solo al género masculino; seguramente por ser la acogida en la Declaración de 1789 se ha extendido a través del tiempo dentro del léxico jurídico, siendo muy utilizada aun hoy día, pese a ser tan inadecuada. Derechos “morales fundamentales” ignora la importante separación entre derecho y moral establecida por el liberalismo ilustrado en los siglos XVII y XVIII. Si bien es cierto que dicha división condujo al extremo de menospreciar por completo la fundamentación meta-jurídica, asumiendo al derecho y al Estado como fines en sí mismos, independientemente de sus bases utilitarias y de la función de tutela respecto a los ciudadanos, lo que a postre permitió la validez jurídica de los regímenes fascistas;¹⁷¹ tampoco es conveniente volver al estado previo en el que la moral se confundía con el derecho, haciendo depender de ella la validez del Derecho, y en este caso, de los derechos fundamentales.

“Derechos públicos subjetivos” es una terminología antigua proveniente de la dogmática jurídica alemana, en su momento popularizada por JELLINEK. Aunque no es muy usada, igualmente se estudiará en un apartado posterior, cuando nos refiramos a la estructura de los derechos fundamentales, pues precisamente la adición de éstos a la categoría tradicional de los derechos subjetivos es otro de los errores a nivel teórico que resultaron en la permanencia del derecho de propiedad (verdadero derecho subjetivo) en una categoría completamente disímil como es la de los derechos fundamentales o humanos.

Entonces, cuál es la mejor denominación y definición, son interrogantes que deben resolverse a la vez. Ser partidarios, por ejemplo, de una definición en la que el contenido

¹⁷¹ v. FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 230.

axiológico sea el más determinante, conduciría a la posibilidad de llamarlos derechos morales.¹⁷²

Por otra parte, si se pretendiera encontrar una definición irrefutable, portadora de la *esencia* misma de los derechos fundamentales, eventualmente estaríamos más propensos a equivocaciones que a conseguir un resultado útil para el tema en discusión, pues es claro que encerrarse en posturas esencialistas y dogmáticas nunca es conveniente. Esperar dar con una respuesta que resulte tan reconfortante, y peor aún, creer que se la ha encontrado, es como dar el primer paso para caer en un terreno pantanoso.¹⁷³ Y ciertamente, lo contrario, un relativismo exacerbado incapaz de tomar partida, que se conforma con enumerar avalorativamente las posibles respuestas, conlleva los mismos resultados negativos.

Tomando en cuenta esto analizaremos los distintos tipos de definiciones, sus implicaciones, aciertos y desaciertos, para finalmente elegir la más adecuada a nuestro parecer.

Hay gran cantidad de definiciones sobre derechos humanos y/o fundamentales; BOBBIO distingue tres tipos básicos:

- a) *Tautológicas*, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Así, por ejemplo, «los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre».
- b) *Formales*, que no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a la indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: «los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado.»
- c) *Teleológicas*, en la que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: «Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el

¹⁷² Como es el caso de RONALD DWORKIN, para quien todo el derecho constitucional moderno “está fundado en una teoría moral según la cual los hombres tienen derechos morales frente al Estado”, y antes de él HERBERT L. A. HART había sostenido que los derechos pueden ser concebidos como “una propiedad moral de los individuos, de los que son titulares precisamente cada individuo”. Ambos desde una perspectiva iusnaturalista del derecho. Citados por BOVERO Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 223.

¹⁷³ Un ejemplo apropiado nos lo da el derecho de propiedad privada, una institución jurídica definida en su origen como un derecho natural, imprescriptible y absoluto. Características en su momento conformantes de la esencia misma de la propiedad privada, son hoy día completamente inaceptables para la mayor parte del mundo jurídico.

perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización [...]»¹⁷⁴

A las categorías recién señaladas se le podría agregar una cuarta: las *dogmáticas*, entendidas como aquellas que los definen a partir de conceptos, valores o intereses extraídos directamente de los principios fundamentales positivizados, y por ende, válidos e incuestionables.

Iniciamos el análisis acudiendo a LUIGI FERRAJOLI, un jurista italiano que desarrolla una muy completa teoría sobre los derechos fundamentales, nutrida por el positivismo jurídico –realista y crítico–, y por la filosofía analítica en cuanto al método. Para nuestro gusto ésta es la más correcta de las consultadas hasta el momento. Su uso terminológico nos parece riguroso, y las tesis que propone aseguran igualdad jurídica e inclusividad. Él mismo clasifica su definición como puramente teórica o formal, dejando intencionalmente al arbitrio del legislador la determinación del contenido que se le desee dar a la estructura propuesta.¹⁷⁵

“Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos¹⁷⁶ o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de sujeto, prevista asimismo por una norma

¹⁷⁴ BOBBIO, citado en: PÉREZ LUÑO Antonio, Derechos humanos, estado de derecho y constitución, *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁵ La razón por la cual FERRAJOLI se limita a dar una definición teórica y por tanto avalorativa, que no dice nada sobre el contenido de los derechos fundamentales, responde a un más depurado entendimiento de la Teoría del Derecho y su relación con otras disciplinas. Así, a muy grandes rasgos, FERRAJOLI distingue cuatro niveles de discursos diferentes: la Dogmática Jurídica, la Filosofía Política y la Sociología Jurídica, las cuales interactúan entre sí gracias a un cuarto nivel de discurso, el de la Teoría del Derecho. Ésta elabora un apartado conceptual común y aplicable a los otros tres tipos de discurso mencionados al inicio, estableciendo una estructura que la Dogmática Jurídica debe colmar mediante la promulgación de las respectivas normas y principios de derechos positivo, mientras a lo externo del derecho, la Filosofía Política se encarga del punto de vista axiológico y valorativo de la justicia y de la legitimidad, y la Sociología Jurídica determina el grado de efectividad del derecho. v. FERRAJOLI Luigi, *La Teoría General del Derecho: el objeto, el método, la función*, s. l. n. f.

¹⁷⁶ Es importante aclarar que para el autor la ciudadanía es un *status* superable y que debe ser superado, en tanto sirva de pretexto para excluir a los extranjeros del disfrute de los derechos fundamentales. Para ahondar sobre este tema se puede consultar a: FERRAJOLI Luigi, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Op. cit.*, p. 97-123. y FERRAJOLI Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, pp. 172-180.

jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”¹⁷⁷

Para el mismo autor los “derechos humanos” son una categoría contenida dentro de los “derechos fundamentales”, los cuales se dividen –únicamente con la finalidad de clasificarlos según el tipo de destinatarios y no como estratificación jerárquica– en:

“a) *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto a tales, incluso a las que no son ciudadanos ni capaces de obrar; b) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) los *derechos políticos*, que corresponden a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.”¹⁷⁸

Nos adherimos al uso terminológico de FERRAJOLI, pues nos parece muy adecuado. La crítica de PECES-BARBA en cuanto a que la denominación “derechos humanos” no es correcta porque “*todos los derechos son humanos*”, no es aplicable en este caso pues como es evidente, el jurista italiano les llama así por corresponder a todos los seres humanos sin distinción alguna, lo que los hace la categoría más universal de los derechos fundamentales. Una que además nos evoca la sabia propuesta hecha siglos atrás por BECCARIA para reducir los delitos, pero completamente aplicable a cualquier ámbito del derecho: “*Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos.*”¹⁷⁹

Tampoco tiene el inconveniente de restarle juridicidad a los derechos humanos reduciéndolos a simples enunciados meramente axiológicos que no necesitan del reconocimiento estatal para su validez, pues esta se determinaría por la moralidad; como sí sucede con otras tantas. A manera de ejemplo citamos a ROBERT ALEXY, quien diferencia a los derechos humanos de los fundamentales por cinco notas características: universales, fundamentales, abstractos, prioritarios y morales. En cuanto a la moralidad señala:

¹⁷⁷ FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, *Op. cit.*, p. 37.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 40.

¹⁷⁹ BECCARIA Cesare, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Temis, XLI, 2012, p.88.

“Los derechos humanos en cuanto tales sólo tienen una validez moral. La cuarta nota de los derechos humanos es por lo tanto su moralidad (*Moralität*). Un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. La existencia de los derechos humanos consiste por ende en su fundamentalidad y en nada más.”¹⁸⁰

El problema no nos parece solo terminológico, porque también puede tener implicaciones prácticas relevantes. La expresión derechos humanos tiene gran arraigo en la sociedad y es muy utilizada en diversos ámbitos, de manera que una definición como la anterior, con inevitable contenido metafísico según la conclusión de ALEXY,¹⁸¹ puede provocar confusiones que se manifiesten en la práctica social restándole credibilidad a los muchos tratados internacionales sobre “derechos humanos”. Siguiendo esa misma lógica, una situación como la que presenta el reconocimiento de los derechos civiles para las parejas del mismo sexo y el tema de la fecundación artificial o el aborto, son en el ámbito costarricense (tradicional-conservador) inmorales para la mayoría de habitantes y consecuentemente no podrían ser compatibles con los derechos humanos, aunque su negación constituya desde una perspectiva teórica y también jurídica-positiva, un trato discriminatorio.

PÉREZ LUÑO propone una definición de un tipo que podríamos llamar histórico-teleológica. Para él los derechos fundamentales son:

“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”¹⁸²

Aunque compartimos la innegable influencia histórica en los derechos fundamentales, incorporarla en la definición es innecesario por carecer de valor teórico, Por otra parte, el hecho de que incorpore el componente axiológico sin más, como es la

¹⁸⁰ ALEXY Robert, ¿Derechos humanos sin metafísica?, *Revista Doxa*, N° 30, 2007, pp. 237-248, <http://rua.ua.es>, consultado el 15 de marzo de 2012.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 246-248.

¹⁸² PÉREZ LUÑO Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, *Op. cit.*, p. 50.

exigencia de dignidad, igualdad y libertad, sustenta la definición en conceptos jurídicos susceptibles de gran variedad de interpretaciones. Precisamente hay que recordar que ideales como éstos llevaron a la incorporación, en el siglo XVIII, de la propiedad privada dentro del catálogo de los derechos humanos, no en vano el lema de la Revolución Francesa era “igualdad, libertad y fraternidad”. Lo correcto es una definición teórica, fundamentada en principios axiológicos (metajurídicos) como el de libertad, igualdad, democracia. Una vez establecida la estructura se puede proceder a dotarla de contenido según el gusto del respectivo Estado o comunidad internacional. Motivo por el cual nos identificamos con la propuesta de FERRAJOLI.

Otros autores dan definiciones pero en un nivel puramente dogmático, implicando que al no plantearse previamente una estructura básica para los derechos fundamentales, éstos se constituyen con su sola incorporación una constitución, como sucede con ALEXY. Él desarrolla una teoría jurídica puramente dogmática y argumentativa para los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana, definiéndolos en la siguiente forma:

“Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio formal, que apunte a la forma de la positivización. Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado "Derechos fundamentales" (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de aquello que sea estatuido por ellos. Sin embargo, el círculo de aquello que abarcado de esta manera es demasiado estrecho. No hay duda que una serie de otras disposiciones de la Ley Fundamental, como por ejemplo la del artículo 103 párrafo 1 LF que dice que todos tienen el derecho a ser oídos judicialmente, expresa una norma de derecho fundamental. Para la identificación de estas disposiciones a las que Fr. Klein ha llamado correctamente "las disposiciones satélites correspondientes" se ofrece como criterio formal el catálogo de derechos designados simplemente como "derechos" en el artículo 93 párrafo 1 N° 4 a Ley con respecto a los cuales esta disposición admite el recurso de inconstitucionalidad.”¹⁸³

¹⁸³ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 48.

Algo similar sucede en nuestro medio con la definición propuesta por PEDRO HABA, para él:

“Por derecho humano se entiende cualquiera de los identificados como tales en el texto de un instrumento, determinando su contenido según la interpretación menos restrictiva –esto es: la más cercana a la versión “maximalista”, o en todo caso al reconocimiento “íntegro”, del derecho en cuestión– de entre las que para cada uno de aquellos ofrece la *dogmática jushumanista*. ”¹⁸⁴

El principal inconveniente de estos puntos de vista dogmáticos, y que resulta más notorio con motivo de nuestro tema de investigación, radica en la posibilidad de tratar como derechos fundamentales a derechos que no poseen la estructura necesaria ni el contenido axiológico para calificarlos como tales, por ser singulares y disponibles, en lugar de universales indisponibles e inclusivos, haciéndolos productores de desigualdad jurídica e incluso material, como es el caso del derecho real de propiedad.

Sección IV

Estructura jurídica

El estudio de la estructura de los derechos comprende una faceta particularmente relevante en lo concerniente al conflicto objeto de esta investigación, ya que como se podrá ver seguidamente, los derechos humanos y los derechos patrimoniales (dentro de los cuales se ubica el derecho de propiedad intelectual) poseen un estructura básica que los define y los diferencia a la vez. Así mismo, el obviar esta estructura diferenciadora da como resultado la posibilidad de asimilar equivocadamente al derecho real de propiedad privada y consecuentemente al derecho de propiedad intelectual con los derechos humanos, siendo éste un presupuesto constituyente del conflicto.

En esta sección se acentuarán y enumerarán dichas características diferenciadoras, valiéndonos principalmente de los aportes teóricos hechos por LUIGI FERRAJOLI.

¹⁸⁴ HABA Enrique P., Tratado básico de derechos humanos, *Op. cit.*, pp. 155-156.

A. ¿Principios o normas?

Para responder a la pregunta primero debemos definir lo que se va a entender en sentido genérico por principio y por norma, y lo haremos siguiendo al profesor WALTER ANTILLÓN, para quien los principios son:

“... aquellas proposiciones incondicionadas expresivas de los valores en que se asienta principalmente un ordenamiento jurídico.”¹⁸⁵

Mientras las normas:

“...una proposición dividida en dos elementos:

- 1) El enunciado de una situación de hecho, que recibe el nombre técnico de “especie fáctica” y que en la norma es presentado como hipótesis (si ocurre el hecho “A”,...) y
- 2) El enunciado de un resultado ideal, que recibe el nombre técnico de “efecto jurídico” y que en la norma es presentado como un “deber ser” (... entonces *debe* ocurrir el hecho “B”).”¹⁸⁶

Ésta distinción formal da una respuesta satisfactoria basada en características estructurales uniformes, contrario a lo que sucede con quienes sustentan tal distinción en el contenido dogmático, por ser éste más susceptible a interpretaciones variables.

Las normas, entonces, constituyen enunciados hipotéticos que predisponen un efecto jurídico (deber ser) a condición del acaecimiento de una especie fáctica determinada por la norma (ser). Por ejemplo, para que surja el derecho del arrendador a resolver el contrato de arrendamiento (efecto jurídico) primero es necesario que acontezca una causal de resolución, como podría ser la falta de pago por parte del arrendatario (especie fáctica). La norma que en nuestro ordenamiento jurídico predispone dicha situación jurídica se extrae de los artículos 44 y 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, y sería: *Si el arrendatario no paga el precio acordado para el arrendamiento del inmueble, el arrendador podrá solicitar la rescisión del contrato de arrendamiento.*

¹⁸⁵ ANTILLÓN Walter, *Teoría del Proceso Jurisdiccional*, San José, Editorial IJSA, 2001, p. 44.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 43.

Por el contrario, los principios expresan valores incondicionales (deber ser), constituyendo un imperativo categórico, por ejemplo el artículo 38 de la Constitución Política costarricense: “*Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deuda*”. A diferencia de las normas los principios poseen efectos jurídicos incondicionados.¹⁸⁷

Los alcances de lo que se ha denominado aquí como principio, son muy amplios. El ordenamiento jurídico puede estar compuesto por principios generales con un dilatado rango de actividad, o más específicos, referentes a determinadas ramas o materias del derecho. Pero para nuestro caso particular interesan solo los principios expresivos de derechos fundamentales, y que llamaremos *principios de derecho fundamental*. Estos principios deberán estar reconocidos explícita o implícitamente por la Constitución Política, los instrumentos de derecho internacional referentes a derechos humanos, o emitidos por los órganos jurisdiccionales competentes para la aplicación e interpretación jurídica de los instrumentos legales recién mencionados.

BOULANGER expresa muy bien el papel que juegan en el ordenamiento jurídico lo que hemos llamado principios de derecho fundamental.

“Una regla jurídica es en general en cuanto “establecida para un número indeterminado de actos o de hechos”. Empero, en cierta relación, es [también] especial, en cuanto ella no rige más que tales actos o tales hechos; es edictada en atención a una situación jurídica determinada. Un principio, por el contrario, es general en cuanto compete a una serie indefinida de aplicaciones. [...] Así se manifiesta, en el ordenamiento jurídico, una jerarquía entre los principios y las reglas jurídicas. En tanto que “proposiciones directrices”, los principios reinan sobre el derecho positivo; dirigen los desarrollos de éste. Las reglas jurídicas son aplicaciones de principios, salvo que, bajo el imperio de consideraciones relativas a situaciones jurídicas particulares, aquellas aporten excepciones. [...] La eliminación o la modificación de una regla no tiene, lo más a menudo, sino un carácter episódico. La eliminación o la modificación de un principio arriesga a

¹⁸⁷ cf. FALZEA Ángel, *Eficacia jurídica*, San José, Editorial IJSA, 3. ed., 2009, p. 141., para quien el efecto jurídico siempre es condicionado, y por lo tanto, los enunciados incondicionados como los principios, no producen efectos jurídicos.

causar una turbación profunda en el ordenamiento jurídico, porque la suerte de numerosas reglas está en juego.”¹⁸⁸

La forma en que se comportan los principios de derecho fundamental es muy variada; podemos encontrar principios sumamente generales y con amplio contenido axiológico, como el expresado en el primer párrafo del Artículo 50 de la Constitución política: “*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*”, o político-filosóficos: “*Artículo 1.- Costa Rica es una República democrática, libre e independiente*”. Otros mucho más específicos “*Artículo 36.- En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes, o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.*” Los que no están expresamente positivizados, pero constituidos por la labor jurisdiccional como el “*in dubio pro natura.*” Y los que remiten a la ley, reduciendo considerablemente su papel de rector respecto al Ordenamiento Jurídico, por ejemplo el artículo 62 constitucional: “*Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patrono y sindicatos de trabajadores legalmente organizados*” en este último caso es difícil sostener que la libertad sindical es un derecho fundamental si una parte importante de ella va estar sometida a los vaivenes y caprichos del legislador, cuando los derechos fundamentales más bien deben ser límites frente a la ley y la función legislativa.

De esta manera podemos asegurar que los derechos fundamentales son dispuestos por principios. El papel de las normas vendría a ser el de desarrollar más detalladamente el alcance y la implementación de los derechos fundamentales, lo que es notorio cuando observamos el comportamiento de las constituciones, compuestas en su mayoría por principios, y el de los códigos o leyes, expresivos de normas y también de principios pero con menor rango que los constitucionales. Los principios que expresan derechos fundamentales al no estar sujetos a ningún hecho condicionante, se deben acatar en todo momento y por todas las personas, sean particulares o el Estado.

¹⁸⁸ BOULANGER, citado por: HABA Enrique P., y BARTH José F., *Los principios generales del derecho*, San José, Editorial IJSA, 2004, p. 50.

B. Derechos fundamentales, derechos subjetivos y propiedad privada

Los derechos fundamentales son relativamente recientes en la cultura jurídica occidental, y en sus inicios la teorización que se les dio no fue la más adecuada. Esto se refleja en la decisión de hacerlos formar parte de los derechos subjetivos, categoría que se remonta a la doctrina de los derechos naturales.¹⁸⁹

Los derechos subjetivos, originalmente, estaban constituidos por situaciones jurídicas singulares y disponibles, pudiendo renunciarse, transferirse, extinguirse, limitarse, excluir a otros, etc. Presentaban un esquema propio del derecho civil, en contraposición a las características formales que deberían poseer los derechos fundamentales y que más adelante desarrollaremos a profundidad.

Bajo los términos mencionados, el derecho subjetivo se debe entender como “*una posibilidad jurídica de hacer algo o de pretender que otra persona haga alguna cosa en su provecho*”,¹⁹⁰ es decir, una relación jurídica subjetiva (singular o entre individuos) en la que uno de los sujetos posee un **derecho** traducido en una posibilidad de actuar, al que se contraponen un **deber jurídico** de realizar o no, alguna conducta *con carácter patrimonial (obligación)*. Éste es su esquema tradicional, y también fue el utilizado por los iuspublicistas alemanes del siglo XIX para dar forma a los derechos públicos subjetivos, donde incluyeron a los derechos fundamentales.

En un inicio los derechos humanos fueron obra del iusnaturalismo, que los concibió como derechos naturales inherentes al ser humano y revelados a él por la razón, cuya validez no dependía del derecho positivo, y por tanto, el Estado tenía la obligación de reconocerlos y protegerlos. “*...fueron identificados como un prius respecto del estado y contrapuestos a los poderes públicos como su antítesis y como fines justificantes...*”, menciona FERRAJOLI. Pero posteriormente las corrientes positivistas, intentando extraer a los derechos humanos del discurso iusnaturalista y darles mayor consistencia jurídica, los

¹⁸⁹ Una referencia más precisa sobre el origen de los derechos subjetivos nos la el Profesor WALTER ANTILLÓN: “Tal como lo demuestra el Prof. Michael VILLEY (Filosofía del Derecho; Dalloz, Paris, 1975; pág. 153 y sigtes.), la noción de “derecho subjetivo” no se origina en el Derecho Romano, como la de “obligación”, sino en el pensamiento del teólogo y filósofo franciscano del siglo XIV Guillermo **DE OCCAM**; aunque su elaboración como concepto jurídico tiene lugar entre los Juristas Clásicos Españoles del Siglo XVI y el Jusnaturalismo racionalista de Hugo **GROCIO** (“El derecho de la guerra y de la paz”; Clarendon, Oxford, 1925; 1, 1, 3, 1) y de Samuel **PUFFENDORF** (“Derecho natural y de gentes”; Clarendon, Oxford, 1934; 1, 1, 20). Ahora bien, quien le da su conformación moderna es Immanuel **KANT** (“Principios metafísicos de la doctrina del Derecho; Unam, México, 1968; pág. 55 y sigtes.)” ANTILLÓN Walter, Teoría del proceso jurisdiccional, *Op. cit.*, p. 93-94.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 93.

incorporó en la categoría de los derechos subjetivos, creando para ello los derechos públicos subjetivos. *“Este paradigma resulta invertido en el siglo [ante] pasado, por obra sobre todo de la doctrina alemana del derecho público. De un lado, la categoría del “derecho subjetivo”, dentro de la que se clasifican los derechos de libertad, aparece moldeada sobre la figura de las potestas agendi y/o del interés sobre bienes con que se desarrolla el viejo derecho de propiedad; del otro, en obsequio al principio positivista de que toda situación jurídica emana del estado y es regulada por el derecho positivo y derivados del estado.”*¹⁹¹

Con la sistematización dogmática llevada a cabo en la segunda mitad del siglo XIX, se crea entonces la categoría de los derechos públicos subjetivos, como una sub-categoría de los derechos subjetivos, la cual tenía por fin inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado -en su *status* de persona jurídica- y los particulares.¹⁹² Los precursores de ello fueron KARL FREDRICH VON GERBER, en un primer momento, y luego, en forma más depurada, GEORG JELLINEK y SANTI ROMANO, quienes, en el proceso, también dieron continuidad al error originado por el isnaturalismo del siglo XVIII, evidenciado en el artículo 2 de la Declaración de 1789, que fija como meta de toda asociación política la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: *“la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”*, incluyendo en esa misma categoría tanto derechos humanos de libertad (no poder) como al derecho de propiedad (un poder sobre): dos tipos de relaciones jurídicas muy diferentes entre sí.

Aunque para la época, la creación de los derechos públicos subjetivos, resultara en un importante avance ya que conllevaba un sometimiento (voluntario) del Estado, quien *“...de ser algo “al margen” y “por encima de” la ley, como era concebido por el absolutismo monárquico, se situaba ahora “dentro de” y “sometido a” la ley, y se configuraba así como uno de los muchos sujetos disciplinados por el derecho.”*¹⁹³ lo cierto es que, las libertades por un lado y el derecho real de propiedad por el otro, constituyen relaciones jurídicas muy distintas y hasta contrapuestas, y el molde de los derechos subjetivos, con su binomio característico derecho-obligación, se prestó perfectamente para ello.

¹⁹¹ FERRAJOLI Luigi, Derecho y razón, *Op. cit.*, pp. 912, 913.

¹⁹² PÉREZ LUÑO Antonio, Derechos humanos, estado y constitución, *Op. cit.*, p 35.

¹⁹³ ZAGREBELSKY Gustavo, *Op. cit.*, p. 47.

Pero además, debido al positivismo jurídico decimonónico y a su creación, la categoría de los derechos públicos subjetivos, se dio pie a un nuevo problema. En adelante se concibió a los derechos humanos ya no como derechos “fundantes” del Estado -la tesis del derecho natural contractualista- sino como derechos “fundados” por el Estado, de manera que tanto los derechos patrimoniales como los derechos humanos se entienden como dependientes de la voluntad del Estado, tesis que además niega la soberanía popular, pues no admite más autoridad que la del Estado.

GERBER fue el primero (1852) en asegurar que los derechos públicos “*no son sino una serie de efectos de derecho público*”, radicados, “*no tanto en la esfera jurídica del individuo, como sobre todo en la existencia abstracta de la ley*”: precisamente éstos son “*elementos orgánicos constitutivos de un Estado concreto*” y, por ello, considerados desde la perspectiva de los individuos “*efectos reflejos*” del poder estatal.”¹⁹⁴ De manera que para GERBER todos los derechos, incluidos los humanos, encontraban su fundamento, contenido y fin, en el órgano estatal. Es por eso también que ZAGREBELSKY señala que el esfuerzo de limitar los poderes del Estado monárquico mediante la implementación de los derechos públicos subjetivos no es suficiente, pues el único sometido a la ley era el “Estado-persona”, constituido por su concreta organización, encabezada entonces por el gobierno del rey; y no así el “Estado-ordenamiento”, o sea el conjunto del derecho vigente, encabezado por el legislador.¹⁹⁵

De manera que el derecho subjetivo, creado a partir de una visión individualista del derecho, fue usado como estructura para dar cabida a los derechos humanos dentro de la categoría de los derechos públicos subjetivos, y ésto a su vez colaboró en la permanencia del derecho de propiedad en la categoría de los derechos humanos.

Sección V

Cuatro características estructurales propuestas por Luigi Ferrajoli para distinguir entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales

Los derechos fundamentales y los patrimoniales, en opinión de LUIGI FERRAJOLI, tienen distinta estructura. El razonamiento central es muy simple, la *universalidad*,

¹⁹⁴ GERBER, citado en: FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías*, *Op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY Gustavo, *Op. cit.*, p. 48.

*indisponibilidad e inclusividad*¹⁹⁶ son características propias de los derechos fundamentales y los convierten en la base de la igualdad jurídica. Los derechos que no poseen estas características sino que por el contrario sean singulares, disponibles y exclusivos serán, como veremos sucede con los derechos patrimoniales, fuente de desigualdad jurídica, y por tanto, no deben ser considerados como derechos fundamentales.

Las diferencias formales planteadas son cuatro, mismas que reseñaremos a continuación así como sus implicaciones en los campos de la propiedad intelectual y del derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

A. Universales

“La primera característica consiste en que los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales– son derechos “*universales*” (*ómnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito– son derechos singulares (*singuli*), en el sentido así mismo lógico de manera que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás.”¹⁹⁷

Con base en esta característica estaremos ante un derecho fundamental cuando, a nivel jurídico, todos los sujetos (dependiendo de su *status* de persona jurídica, ciudadano o capaz de obrar) gocen de los mismos derechos. Así, todos son igualmente libres de manifestar su pensamiento, igualmente inmunes a detenciones arbitrarias, igualmente titulares del derecho a la salud o de acceso a la cultura. Pero por otra parte, cuando se trata de un derecho patrimonial, cada persona es propietaria o acreedora de derechos diversos, en medida diversa y con exclusión de los demás. Una sola persona puede ser titular del derecho de propiedad sobre muchas hectáreas de terreno, un millonario capital accionario, automóviles de lujo, o simplemente ser dueña de su casa e instrumentos de trabajo, mientras otras muchas pueden no poseer ningún derecho de propiedad. No sucediendo lo

¹⁹⁶ v. FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, Derechos y garantías. La ley del más débil, *Op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 46.

mismo con el *derecho a la propiedad*, que al ser una libertad sí puede corresponder a todos por igual, o el *derecho de acceso a la propiedad*, el cual se ubica dentro de los derechos sociales como garantía para el cumplimiento del derecho-libertad a ser propietario.

Bajo la anterior línea de razonamiento, y relacionándola con el derecho de propiedad intelectual y el de acceso a los beneficios culturales, se puede sostener que todos somos igualmente libres de expresar nuestro pensamiento escribiendo un libro, componiendo una melodía o un poema. Igualmente libres de participar en la vida cultural mediante cualquier tipo de expresión artística o investigación científica. Todos tenemos el mismo derecho a acceder al capital cultural de la humanidad, el cual, dicho sea de paso, es un requisito indispensable para las dos actividades recién mencionadas. Así mismo, somos igualmente libres de disponer de nuestras obras, ejerciendo el derecho fundamental de libertad contractual o negocial. Pero no estaremos ante un derecho fundamental cuando se trate del derecho-poder de propiedad sobre bienes culturales específicos, porque éstos pertenecen únicamente a su titular con exclusión de todas las demás personas; lo que también nos conduce al hecho de que los titulares de las obras del conocimiento humano son personas individuales y perfectamente determinables, incluso las personas jurídicas pueden ser dueñas de obras artísticas, científicas o literarias, mientras los derechos fundamentales solo son aplicables a personas físicas. El mismo argumento es aplicable a los derechos morales ya que también son singulares, solo el autor de determinada obra tiene derecho a beneficiarse de las facultades que ellos otorgan; solo Noam Chomsky tiene derecho a los intereses morales de su excelente conferencia denominada *El gobierno en el futuro*, o, cuando muera, sus herederos, pero nadie más, por lo tanto no es un derecho universal. En resumen, el derecho de propiedad sobre bienes culturales, sean éstos materiales o inmateriales, a falta de ser universal, no debe tener el rango de derecho fundamental, como sí lo tiene el derecho de acceso a los beneficios culturales, por corresponder a todas las personas por igual.

La universalidad ha sido una característica polémica, principalmente porque empezó siendo planteada desde el punto de vista de la lógica iusnaturalista, misma que aún hoy día se mantiene en las definiciones de muchos juristas.

El jurista español PECES-BARBA señala que la universalidad en los derechos fundamentales se puede ver desde tres planos distintos: El *plano lógico*, que hace referencia

a la titularidad de los derechos –que es también el utilizado por FERRAJOLI.– El *plano temporal*, que les da un carácter racional y abstracto al margen del tiempo, siendo válidos sin importar el momento histórico. El *plano espacial*, que extiende la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción.¹⁹⁸

El plano espacial y temporal son muestra de visiones inadecuadas del concepto de universalidad en los derechos humanos. Ambas pretenden imponerse sin tomar en cuenta, una, la naturaleza histórica de los derechos humanos, y la otra, las variantes culturales que, sin caer en un relativismo cultural excesivo, son necesarias de considerar al momento de tratar el tema; más aún si se entiende al derecho como una manifestación cultural, como lo hacemos nosotros.

Con la misma línea crítica FRANÇOIS JULIEN denuncia el origen puramente occidental y capitalista de los derechos humanos, y cómo la pretendida universalidad (desde una perspectiva temporal y espacial) de éstos, sirvió de pretexto para las *intervenciones humanitarias* (invasiones militares encubiertas bajo el pretexto de la protección de los derechos humanos) por parte del colonialismo europeo en el siglo XIX¹⁹⁹. Además de la dificultad de incorporarlos a culturas con concepciones del ser humano tan distintas, como la cultura tradicional india o la budista en China, donde por ejemplo, en la primera encontramos que el concepto de “Armonía” sustituye lo que en occidente es la

¹⁹⁸ PECES-BARBA Gregorio, La universalidad de los derechos humanos, *Revista Doxa*, España, N°. 15-16, 1994, pp. 614-615, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 1 de enero de 2013.

¹⁹⁹ La doctrina de la “intervención humanitaria” tiene como principal fundador al jurista suizo EMER DE VATEL, quien dio pie para que posteriormente, en el siglo XIX, fuera desarrollada más ampliamente por otros autores, como es el caso de ROLIN-JAEQUEMYS y ROUGIER ARNTZ, especialmente relevantes, pues fueron quienes incluyeron el argumento de la defensa de los derechos humanitarios. Así el intervencionismo de Europa occidental encubre, tras la supuesta defensa de derechos humanos, sus invasiones colonialistas motivadas en realidad por intereses políticos-económicos. Por ejemplo en 1860, los asesinatos de entre 17000 y 23000 personas, mayoritariamente cristianos moritas, por drusos musulmanes en la provincia otomana de Siria, sirvieron de excusa para la “intervención humanitaria” y posterior reparto de provincias del Imperio Otomano. En 1877 se da el conflicto de Bosnia-Herzegovina y Bulgaria, desencadenante en la declaración de guerra de Rusia a los Turcos, con la anuencia de Europa. En 1884 y 1885, con la celebración de la Conferencia de Berlín, los países europeos y Estados Unidos acordaron la forma en que se repartirían el “salvaje” continente africano. Más tarde en el siglo XX, las intervenciones humanitarias en defensa de los derechos humanos también fueron abundantes. La incompetencia de la ONU y la creación de la OTAN resultaron en las invasiones estadounidense, con el apoyo europeo, en la ex-Yugoslavia, Kosovo, Serbia, Afganistán e Irak, entre otros, siempre con el argumento de defender los derechos humanos, aunque en la realidad predominaron intereses comerciales que buscan asegurar el dominio el petróleo de la zona y los territorios por donde se extienden los oleoductos, sin mencionar el millonario mercado armamentístico que se ve tan beneficiado con dichas intervenciones. v. CABALLERO JUAREZ José A., La intervención humanitaria en el Siglo XIX, www.biblio.juridicas.unam.mx, HERREN Pascal, «Intervención humanitaria en siria hace 150 años», *Red Voltaire*, 2012, <http://www.voltairenet.org>, Tribunal Dignidad, Soberanía y Paz Contra la Guerra, «EE.UU. + OTAN: La «intervención humanitaria» viola la soberanía y los derechos humanos», *Red Voltaire*, 2006, <http://www.voltairenet.org>, y «Colonización de África» *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultados el 20 de enero de 2013, DUCHROW Ulrich y HINKELAMMERT Franz, La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad, *Op. cit.*, pp. 63-64.

“Libertad”; o también el caso de las naciones islámicas, por la importante influencia del Corán y la tradición que emana de él.²⁰⁰ De ahí que se les pueda concebir como un intento de imposición de una cultura sobre otra. Por eso la importancia del plano lógico para el análisis estrictamente teórico de universalidad de los derechos humanos.

Otra perspectiva para entender la universalidad en los derechos fundamentales es, por un lado, mediante un punto de vista puramente jurídico-positivo en lo referente al ordenamiento que los acoge, sea a nivel nacional en la Constitución Política, o internacional, en tratados de derecho internacional sobre derechos fundamentales, donde tenemos que un país que no ha aceptado voluntariamente un determinado instrumento de derecho internacional no puede ser compelido a aplicarlo; y por otra parte como ideal ético-político o como una aspiración de universalidad consciente de las diferencias culturales de cada región y por tanto, de la imposibilidad de imponer a otros derechos equivocadamente entendidos como incuestionables. La discusión, el intercambio de ideas, la tolerancia y la necesidad imprescindible de conocer y entender las culturas del mundo no occidental son fundamentales para su aplicación y para evitar caer en la tan dañina “*inversión de los derechos fundamentales*”.²⁰¹

B. Indisponibles,²⁰² inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos

Como segunda diferencia, y una de las más importantes, está el que:

²⁰⁰ v. JULIEN François, ¿Son universales los derechos humanos? *Revista Le Monde Diplomatique en español*, N°. 148, 2008, pp. 26-27, <http://www.webislam.com>, consultado el 1 de enero de 2013.

²⁰¹ Sobre la inversión en los derechos humanos dice HINKELAMMERT: “Esta es la inversión de los derechos humanos, en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos. Ella tiene una larga historia. De hecho, la historia de los derechos humanos modernos es a la vez la historia de su inversión, la cual transforma la violación de estos mismos derechos humanos en imperativo categórico de acción política. La conquista española de América se basó en la denuncia de los sacrificios humanos que cometían las civilizaciones aborígenes americanas. Más tarde, la conquista de América del Norte se argumentó por las violaciones de los derechos humanos por parte de los aborígenes. La conquista de África por la denuncia de canibalismo, la conquista de India por la denuncia de la quema de viudas, y la destrucción de China por las guerras del opio se basó igualmente en la denuncia de la violación de los derechos humanos en China. El Occidente conquistó el mundo, destruyó culturas y civilizaciones, cometió genocidios nunca vistos, sin embargo todo eso la hizo para salvar los derechos humanos.” HINKELAMMERT Franz, *La inversión de los derechos humanos: el caso de Jonh Locke*, *Op.cit.*, p. 29., v. DUCHROW Ulrich y HINKELAMMERT Franz, “La inversión de los derechos humanos en nombre de la propiedad burguesa”, en: *La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad*, *Op. cit.*, pp. 63-98.

²⁰² En el sistema de conceptos elaborado por FERRAJOLI el vocablo “disposición” se define como “cualquier decisión que sea causa de un derecho patrimonial”. FERRAJOLI Luigi, *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*, en: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 160., y “Disponible” será el vocablo usado para referirse a “... todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predispuesto por una norma hipotética como efecto del acto por ella hipotizado”, consecuentemente todo derecho disponible será un derecho patrimonial, FERRAJOLI Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, t. I, 2011, p. 718.

“...los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito– son derechos disponibles por naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, aquellos permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos.”²⁰³

De ahí que no sea –jurídicamente– posible alquilar nuestra vida, vender la libertad de expresión, ceder los derechos culturales, o donar el derecho a la educación; pero cualquiera de estas acciones si es posible tratándose de un derecho patrimonial, tal y como pasa habitualmente con los derechos de propiedad intelectual, los cuales sí son plenamente disponibles. Es importante puntualizar que esta indisponibilidad es aquella que recae sobre la titularidad del derecho y no sobre su ejercicio.²⁰⁴

La indisponibilidad de derechos fundamentales y la universalidad conllevan la inviolabilidad por parte del Estado y también de terceras personas. Bajo esta tesis el Estado no puede limitar los derechos fundamentales y mucho menos negarlos. Se encuentran fuera del alcance de las decisiones políticas, pues son límites al poder estatal, lo que no sucede con el derecho de propiedad privada, pues la totalidad de la doctrina y legislación modernas acepta la aplicación de gran variedad de límites, limitaciones, y hasta la posibilidad de expropiarla. Recientemente algunos ordenamientos jurídicos han incorporado, mediante reforma constitucional la posibilidad de *extinguir* el derecho de propiedad a través de la polémica *acción de extinción de dominio*, una figura jurídica ya aplicada en países como Colombia (en 1996) y México (en 2008), que le permite a los Estados, en tanto personas jurídicas, hacerse con el derecho de propiedad sobre bienes instrumento, objeto o producto de actividades de la delincuencia organizada. Esta nueva figura se ampara en normativa internacional referente a delincuencia organizada (Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional).²⁰⁵

²⁰³ FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, Derechos y garantías. La ley del más débil, *Op. cit.*, p. 47.

²⁰⁴ v. FERRAJOLI Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, Los fundamentos de los derechos fundamentales, *Op. cit.*, pp.162-163.

²⁰⁵ v. MULLER CRELL Oscar Antonio, La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico valorativa, *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, N° 2, 2009, <http://revistas.javerianacali.edu.co>, consultado el 30 de setiembre de 2013.

La propiedad intelectual por su parte, también podría ser sujeto de expropiación pues según la Ley de Expropiaciones costarricense en su artículo primero *“La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado.”* Además la propiedad intelectual tiene un tiempo limitado de duración, que por lo general consiste en setenta años con posterioridad a la muerte del autor, para los derechos de autor, y de veinte años desde la inscripción registral para las marcas y patentes, transcurrido dicho periodo de tiempo los derechos patrimoniales fenecen. En cuanto a los intereses morales de los derechos de autor, su indisponibilidad, al tenor de la legislación nacional vigente es muy dudosa.²⁰⁶ Y aún aceptando que sean efectivamente indisponibles, lo cierto es que el derecho de paternidad de una determinada obra es un derecho subjetivo, individual y por ende no universal.

La posibilidad de disponer, transmitir y alienar nos lleva a la posibilidad de acumulación, misma que fue tan mal vista por ROUSSEAU e incluso por LOCKE, en parte de su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, antes de incorporar el dinero como medio de cambio. Los derechos patrimoniales son acumulables, y en forma tal que solo el tamaño de la ambición del sujeto la puede limitar, así, es posible la existencia de personas con cantidades excesivas de propiedad. No sucede lo mismo con el derecho a la propiedad y el de acceso a la propiedad (un derecho social para garantizar el *acceso* de las personas a los bienes necesarios para una vida digna); ambos conceptualmente diferentes al derecho-poder sobre la propiedad, o bien, derecho real de propiedad.

Los particulares tampoco pueden desconocer los derechos fundamentales ajenos, ni siquiera cuando conforman importantes mayorías, pues una mayoría por más abrumadora que sea también debe estar sometida a ellos. La indisponibilidad también los deja fuera del alcance de las decisiones de mercado o macroeconómicas, característica muy necesaria en un contexto socio-económico como el actual, donde los capitales multinacionales son tanto o más poderosos que los Estados mismos.

²⁰⁶ Véase *infra* pp. 199-206.

C. Los derechos fundamentales son [principios] normas y los patrimoniales son dispuestos por normas.

“La tercera diferencia es, a su vez, una consecuencia de la segunda y tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales, como acaba de verse, son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos. Esto quiere decir que tienen por título actos de tipo comercial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. A la inversa, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Dicho de manera más simple, mientras los derechos fundamentales son [principios] normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas.”²⁰⁷

En este caso la terminología empleada por FERRAJOLI no es coincidente con las denominaciones que previamente hemos estipulado en cuanto a la diferencia entre normas y principios, sin embargo la discrepancia solo es en cuanto a la denominación, adecuándose fácilmente y sin mayores consecuencias mediante la sustitución de la palabra “normas” por “principios”, cuando trate de enunciados jurídicos incondicionales; motivo por el que se agregaron los corchetes en el texto recién citado. Pues mientras FERRAJOLI ha denominado “normas téticas” a los enunciados incondicionales y “normas hipotéticas” a los condicionales, nosotros hemos llamado “principios” a las primeras y “normas” a las segundas. Ambas distinciones se basan en la estructura de las figuras jurídicas.

La importancia de esta tercera característica está en que la estructura incondicional de los principios de derecho fundamental hace que *dispongan* de inmediato los derechos contenidos en ellos, al contrario las normas, por su estructura condicional *predisponen* situaciones jurídicas determinadas y singulares y por tanto, también disponibles, o lo que es igual, los derechos fundamentales tienen un título inmediato en la ley, mientras los patrimoniales están predispuestos por la ley y tienen por título actos de tipo comercial,

²⁰⁷ FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Op. cit.*, pp. 48-49.

consistentes en situaciones jurídicas singulares –contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas– que los predisponen como sus efectos.

D. Los derechos fundamentales constituyen relaciones jurídicas verticales, los patrimoniales horizontales

“Hay, en fin, una cuarta diferencia, también formal y no menos importante, para comprender la estructura del Estado constitucional de de derecho. Mientras los derechos patrimoniales son, por así decirlo, horizontales, los derechos fundamentales son verticales. [...] las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio y similares– mientras las que se producen entre los titulares de derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado. En segundo lugar, y sobre todo, en el sentido de que mientras los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en caso de los derechos reales [...] a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden obligaciones y prohibiciones a cargo del Estado...”²⁰⁸

Las relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial se desarrollan entre particulares, así cuando un escritor tranza sus derechos autorales con el editor se está ante una relación de carácter privado o particular, además a esa sesión o venta de derechos a favor del editor o cualquier otro tercero le corresponde una prohibición genérica que le impide a cualquier otra persona disponer o aprovechar los derechos autorales transmitidos. Los derechos fundamentales se hacen valer frente al Estado y principalmente mediante inmunidades, prohibiciones y facultades. El incumplimiento de una relación de tipo patrimonial acarrea consecuencias civiles. El incumplimiento de un derecho fundamental es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas emanadas del Estado o bien, de la exigibilidad de una conducta, cuando la violación se origina por una omisión del Estado.

Gracias al aporte hecho por LUIGI FERRAJOLI a la teoría de los derechos fundamentales, es posible demostrar en forma contundente que la inclusión de los derechos patrimoniales –a la que pertenece el derecho de propiedad privada y consecuentemente el

²⁰⁸ FERRAJOLI Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Op. cit.*, pp. 59-50.

de propiedad intelectual, por ser una propiedad especial– dentro del catálogo de los derechos fundamentales es una operación errónea que data del iusnaturalismo del siglo XVIII, y es continuada por el positivismo decimonónico y también por una parte de la moderna teoría de los derechos fundamentales, que lo ha implementado en importantes instrumentos de derecho internacional y en la casi totalidad de las constituciones políticas.

Sección VI

Un breve vistazo a nuevos paradigmas para entender los derechos humanos

Para finalizar este capítulo creemos conveniente hacer una especie de paréntesis, con la finalidad de confrontar, en forma muy general, la perspectiva jurídico-filosófica acogida en esta investigación en cuanto a derechos humanos (positivismo crítico), nutrida principalmente por el trabajo de LUIGI FERRAJOLI, con otras alternativas, también críticas pero que discrepan (en todo, o en parte) de las propuestas elaboradas a partir del positivismo jurídico. Ello con el objeto de mostrar al lector esta otra alternativa de entender el Derecho y a los Derechos Humanos.

Si bien FERRAJOLI aborda el positivismo desde una perspectiva crítica, es decir, cuestionando al positivismo (kelseniano) desde el mismo positivismo, implicando que su vena crítica busque una propuesta que pretenda ser emancipadora y por tanto contraria al modelo neoliberal, la influencia positivista es para algunos insuficiente para lograrlo o hasta un obstáculo.

Así por ejemplo HELIO GALLARDO menciona como inconvenientes del positivismo jurídico en cuanto a los derechos humanos que:

“Uno de los problemas para pensar derechos humanos desde el iuspositivismo es que éste puede culminar en un *formalismo* mediante el cual el Derecho se convalida procedimentalmente a sí mismo en cuanto cada norma expresa en su nivel una norma fundamental que no necesita justificarse. [...] Como contraparte de este formalismo, el iuspositivismo que hace de la *costumbre local* una o la fuente de leyes resulta, por definición, difícil o imposible de universalizar ya que

las legislaciones particularizadas de los distintos pueblos o países pueden resultar difíciles y antagónicas.”²⁰⁹

Por otra parte, también es cuestionada la aplicación de una Teoría General del Derecho, la cual conlleva la elaboración de un catálogo de principios generales o universales; una práctica fuertemente reprochada por las corrientes antiformalistas, que prefieren dedicarse a un estudio socio-antropológico del derecho. Estas nuevas corrientes, dice LLOREDO, sentaron las bases epistemológicas del pluralismo jurídico y el derecho comparado, el cual ve la unidad que representa una teoría general como un ficción en que enmascara la realidad multiforme y heterogénea del derecho, al concebirla como un desiderátum imposible –o poco interesante-.²¹⁰

Sobre esa misma línea DANILLO ZOLO formula sus consideraciones en contra de la concepción tradicional de la universalidad en los derechos humanos. El jurista italiano explica muy claramente esta misma dinámica en la siguiente forma:

“Existen dos filosofías acerca del orden internacional y en general sobre el orden del mundo. Una que apunta a la unificación, a la homologación, a la simplificación de los universos simbólicos y de valores y que se ilusiona con que la unidad del mundo pueda, *eo ipso*, realizar la paz, la justicia, el progreso, la felicidad. Es una visión elemental, simplista, me atrevo a decir que infantilmente teológica, rígidamente «monoteísta» en un sentido weberiano. Y existe otra visión del mundo que considera el pluralismo, la diferencia, la confrontación entre la diversidad, la complejidad como un precioso patrimonio evolutivo de la experiencia humana. El ideal de los unificadores del mundo es el universalismo. La idea de los defensores de la complejidad es lo que propongo llamar «pluriversalismo». [...] Los «pluriversalistas» piensan, al contrario, que no existe un mayor peligro para las relaciones internacionales que la idea de un gobierno mundial, e incluso la de una unificación normativa, administrativa y judicial del mundo, que pretenda

²⁰⁹ GALLARDO Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008, pp. 238-239.

²¹⁰ v. LLOREDO ALIX Luis M., Apuntes para una crítica ideológica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli. Por una (meta) teoría popular del Derecho, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, N° 26, 2012, p. 53., <http://ojs.uv.es>, consultado el 13 de diciembre de 2013.

unificarlo con diversas formas de coacción, incluso militar, judicial, en torno a los valores occidentales...”²¹¹

Las diferencias entre ambas concepciones, y que en realidad no son tan marcadas como se aparenta aquí, sobre todo en una obra crítica como la de FERRAJOLI, se sustentan en las diferencias de perspectivas epistemológicas, traducéndose a muy grandes rasgos en un conflicto o enfrentamiento entre el pensamiento propio de la modernidad (paradigma de la modernidad) con nuevas alternativas menos científicas y formalistas, pero no por eso menos complejas, las cuales pueden verse claramente reflejadas, en nuestra opinión, en los motivos e implicaciones de la divergencia entre el normativismo por un lado y la experiencia jurídica por el otro.²¹²

NORMAN SOLÓRZANO, partiendo de la tesis garantista de FERRAJOLI, pero a la vez llevándola por cauces distintos, plantea una forma de entender los derechos humanos que va más allá del normativismo jurídico, centrada principalmente en el factor “vida” como criterio objetivo:

“Superando posiciones iusnaturalistas de tipo esencialista, ¿acaso ese deber ético, vinculado a la acción humana, por ende, a la *praxis* concreta, histórica, no estaría llamado a operar como criterio material y principio material también para el derecho? El deber de la norma es *in-necesario*, y sólo surge por efecto normativo. Pero hay un deber más amplio: el *deber vivir* (ética necesaria), que es *necesario* incluso para poder tener deberes. La forma “norma jurídica” resulta entonces superada. Luego no podemos pensar derechos humanos en términos de norma jurídica, y no es seguro que si nos quedamos anclados en este paradigma normativista podamos reconvertir la norma para pensarla en términos de derechos humanos.”²¹³

De esta forma rescata la conexión que se establece entre “vital” y “fundamental”, concluyendo que “...*los derechos que atienden o estén más vitalmente comprometidos (los*

²¹¹ ZOLO Danilo y RÓDENAS UTRAY Pablo, Universalismo y «pluralismo» ante el nuevo orden mundial. Entrevista a Danilo Zolo, *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 27, 2006, pp. 200-201., <http://e-spacio.uned.es>, consultado el 13 de diciembre de 2013.

²¹² v. SOLÓRZANO ALFARO Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, San José, Editorial EUNED, 2010, p. 352.

²¹³ *Ibid.*, p. 336.

*incluidos en la tipología de Ferrajoli por ejemplo), sí podrán llamarse y considerarse fundamentales.”*²¹⁴

Una propuesta como la anterior no deja de tener implicaciones igualmente positivas en lo que respecta a la confirmación de las hipótesis trazadas para esta investigación, ya que el derecho de propiedad privada en los términos planteados por el liberalismo no se sustenta en un criterio de vitalidad, y por el contrario atenta contra la vitalidad misma y contra otros derechos fundamentales (vitales), como es el caso del derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho de acceso a la cultura, entre otros, tal y como se ha evidenciado hasta ahora, y como se seguirá haciendo en capítulos posteriores, en especial el último, referente a la propiedad intelectual.

²¹⁴ SOLORZANO ALFARO Norman, *Op. cit.*, pp. 350-351.

Capítulo IV

Cultura y derecho de acceso a los beneficios de la cultura

“La cultura no es cultura hasta que no anda por la calle”

*Max Jiménez
Candelillas, 322*

Existen diferentes concepciones de la cultura, por ejemplo las antropológicas, sociológicas, psicoanalíticas, y también las que, inspiradas en las anteriores, se encuentran acogidas en normas (nacionales e internacionales) y que llamaremos concepciones jurídicas, así como las propuestas por diferentes instituciones u organizaciones que trabajan por y para el fortalecimiento de la cultura. Pero, a pesar de esta gran cantidad de concepciones, no existe una definición satisfactoria, por tal razón nos avocaremos a explicar, desde nuestro modesto punto de vista: qué es cultura y como consecuencia, en qué consiste el derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

Tenemos claro que la cultura es un aspecto indispensable para el desarrollo integral de la persona, y un derecho que debe ser protegido. Como parte del derecho a la cultura, el derecho de acceso a la cultura tiene como fin facilitar a las personas el acceso a los bienes culturales y a la participación en actividades culturales. Ambos le permiten expresarse de una mejor manera, sentirse parte de una colectividad, desarrollar muchas más habilidades, ser una persona más sensible, (nos referimos a sensibilidad en el sentido de capacidad de percibir detalladamente el exterior, interiorizarlo para formarse opiniones que reflejen gran humanidad), y a su vez manifestar este aprendizaje de la forma en que sea conveniente.

La pluralidad de definiciones de la palabra “cultura” nos hace ver la importancia de delimitar éste término para aplicarlo al derecho, para lo cual usaremos definiciones ya dadas con la intención de crear una explicación propia del término cultura, la cual no pretende ser exclusiva, pero que resulta necesario elaborar. Nos enfocaremos en los beneficios otorgados por la cultura para el desarrollo de la personalidad y para la toma de

conciencia de la intrínseca dignidad humana, todo esto mediante el disfrute de expresiones culturales como lo son en sentido muy amplio el arte y la ciencia; con ello se hace evidente que hablamos de una concepción humanista de la cultura.

Tomando esto en consideración, seguidamente se abarcarán los antecedentes que fueron marcando el concepto de cultura desde tiempos antiguos y las concepciones modernas que tenemos del mismo. Posteriormente se establecerán cuáles son algunos de los bienes culturales más importantes, mismos a los que se debe acceder de la forma más libre posible, siendo cualquier limitación legal una posible afrenta al derecho de acceso a la cultura, como creemos sucede con la propiedad intelectual. Finalizando con un análisis específico del derecho de acceso a los beneficios de la cultura.

Sección I

Evolución del concepto de cultura

El antropólogo social y sociólogo TOMÁS AUSTIN explica en su ensayo *Cómo surgió la cultura* que el surgimiento de la cultura se debe a la evolución que experimentó el simio hasta convertirse en un ser pensante, gracias a factores climatológicos, geográficos y topográficos que le obligaron a ponerse de pie y caminar erguido, a utilizar sus manos, a crear un sistema de comunicación mediante signos, a utilizar más el pensamiento para crear herramientas y a satisfacer sus necesidades básicas para la supervivencia.

“En resumen, la cultura surge por la capacidad combinada del ser humano de representarse mentalmente lo existente y expresarlo por medio de símbolos significantes, para transformar la naturaleza con sus manos y el trabajo cooperativo con otros seres humanos, junto con la capacidad mental de pensar en las experiencias pasadas y tratar de proyectarlas mentalmente en el futuro, con intencionalidad. De allí la importancia de situarnos en el tiempo y en el espacio intencionalmente: para crear cultura.”²¹⁵

De esta forma se desarrolló más su cerebro, se convirtió en un ser pensante, se organizó socialmente, desarrolló el lenguaje, la cooperación, la razón, las emociones, y utilizó su inteligencia para suplir sus necesidades.

²¹⁵AUSTIN Tomás M., «El concepto de “Cultura”», *Cómo surgió la Cultura*, 1995, *Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013.

Conociendo un poco sobre cómo surge la cultura, nos asalta la duda sobre el significado de dicha palabra, por lo cual haremos un pequeño análisis etimológico. Pero también es necesario conocer sobre la evolución en el tiempo del concepto cultura, esto nos facilitará la ubicación espacial y temporal, y logrará que comprendamos cómo poco a poco fue cambiando la etimología de la palabra cultura, la cual a su vez servirá como base para poder analizar también la evolución del concepto de cultura, pues tiene estrecha relación con la etimología, y nos servirán como base, para descubrir por qué la cultura es de gran importancia y cuál es su significado actual.

A. Etimología de la palabra cultura

Se puede decir que a través de la etimología se estudia el origen de los vocablos, y mediante su interpretación se puede conocer el sentido de la palabra. Nos abocaremos a estudiar un poco el origen de la palabra “cultura” y su semántica. CUCHE explica que:

“Del itinerario de la palabra “cultura” solo retendremos lo que sirva para aclarar la formación del concepto tal y como se utiliza en las ciencias sociales. La palabra se aplicó y sigue aplicándose a realidades tan diferentes (cultivo de la tierra, cultivo microbiano, cultura física...) y con sentidos tan diferentes que no podremos trazar aquí su historia completa.”²¹⁶

La palabra “cultura” proviene del latín *cultus*, que a su vez deriva de la voz *colere*, que significa cuidado del campo. Hacia el siglo XIII “cultura” se empleaba para designar una parcela cultivada, y ya en el siglo XVI había cambiado su sentido al de la acción de cultivar la tierra.

Según AUSTIN, *colere* tiene otros significados, entre ellos están: habitar, cultivar, proteger, honrar con adoración; pero estos significados pronto se separaron de lo que hoy conocemos como cultura para sobreponerse ocasionalmente en los sustantivos derivados. De este modo entendemos que el significado de *colere* en cuanto a habitar, se convirtió en *colonus*, de colonia, significando el asentamiento de personas en un nuevo territorio, de donde también proviene la palabra colono. Y el que se vinculaba al significado de *colere* con honrar con adoración se convirtió en *cultus*, lo que hoy significa culto, que es hacer

²¹⁶ CUCHE Denys, *La noción de Cultura en las ciencias sociales*, Buenos Aires, Editorial Nueva Visión, 2002, p. 10, <http://www.slideshare.net>, consultado el 20 de julio del 2013.

crecer la fe interior. Así, la palabra principal *colere* que se convirtió en cultura, y que significaba cultivo de la tierra o pedazo de tierra cultivada, se convirtió en cultivar.

“La forma francesa de cultura fue *couture* -francés antiguo- la que se ha desarrollado en su propio significado especializado y que más tarde se convirtió en cultura, palabra que en el siglo XV temprano pasó al inglés.”²¹⁷

Esta palabra que denota el cultivo de la tierra se utilizó por varios siglos, desde la época del Imperio Romano hasta la Europa del siglo XVI, extendiéndose incluso a fines del siglo XVIII y principios del XIX en Francia, donde se seguía hablando de cultura en términos de cultivar la tierra o un pedazo de parcela.

En el siglo XVII la palabra cultura comienza a ser utilizada con un sentido metafórico, es decir, al igual que se puede cultivar la tierra, se puede cultivar el conocimiento y el espíritu, y fue cuando se comenzó a utilizar la palabra cultura asociada con un complemento, es decir lo que se cultivaría; por eso se hablaba de cultura de las artes o cultura de las ciencias, entre otras. Según AUSTIN entre los siglos XVIII y XIX se dejó de nombrar el complemento y quedó solo la idea de cultura -principalmente en el francés- para designar la formación o la educación del acervo humano.

Ahora bien, con el periodo de la Ilustración, la palabra cultura se comienza a relacionar con la idea del ser humano racional, capaz de incrementar sus conocimientos en las artes, letras y ciencias por su propia voluntad e intelecto, por lo cual se crea una idea que vincula la cultura con un carácter distintivo del ser humano que progresa, y deja su salvajismo e ignorancia para convertirse en un hombre culto. Esto es parte de lo que se verá en la evolución del concepto de cultura y que tiene estrecha relación con la etimología de la palabra.

B. Evolución en el tiempo del concepto de cultura

En la Grecia antigua, la palabra “*paideia*”,²¹⁸ término que hacía referencia a la crianza de un niño, es decir, la educación o la instrucción que recibiera, se acerca bastante al término cultura.

²¹⁷ AUSTIN Tomás M., «El concepto de cultura», Etimología del concepto de cultura, *La Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013.

Se dice que “*paideia*” es una de las palabras de las cuales se derivan, en parte, algunas de las concepciones que se le han dado al concepto de cultura; sin embargo, era el proceso que debían llevar a cabo los jóvenes de Grecia como formación, para poder llegar a ser considerados ciudadanos de la *Polis*. Se creía que era la base educativa para dotar verdaderamente de un carácter humano a los jóvenes y su enseñanza se centraba en la gramática, la retórica, la poesía, la filosofía, entre otros (los cuales no comprendían elementos manuales pues no eran de interés), porque se pensaba que este tipo de formación capacitaría a los individuos a ejercer sus derechos cívicos, pero también los dotaría de conocimientos y nuevas formas de expresión y control sobre sí mismos.

Con el paso de los años, ya en la Roma de CICERÓN (aproximadamente en el año 60 a.C) se usaba la palabra “*humanitas*” que hacía alusión a una educación refinada, a la naturaleza del ser humano y a la dignidad humana. Por educación refinada se entendía la proporcionada por las “buenas artes”, propias del hombre y que en ese momento marcaban la diferencia con respecto a los animales. A estas artes se les reconocía un valor esencial por entrar en juego en la formación del hombre, por su naturaleza, la de su mente y la de su espíritu.²¹⁹ Algunas de ellas eran la poesía, la elocuencia, la filosofía, entre otras.

En el I Siglo antes de Cristo, VARRÓN (126 a.C.- 27 a. C), un filólogo romano, las llamó artes liberales pues sólo el hombre libre podía realizarlas, los esclavos estaban excluidos de toda educación y a las actividades artísticas realizadas por éstos se les llamó artes manuales. Dentro de las nueve disciplinas del arte liberal estaban: la música, gramática, dialéctica, retórica, aritmética, geometría y astronomía. Es así como las artes manuales también se conocen como artes serviles y se dice que están enfocadas a los trabajos del cuerpo, mientras las artes liberales van dirigidas al ejercicio de la razón.²²⁰

Se mantienen en parte, pero también se modifican, las concepciones de cultura en la época de la Edad Media, pues ésta siguió conservando atributos aristocráticos y contemplativos; pero en cuanto al carácter natural, éste fue sustituido por lo religioso trascendental. Indica ALTIERE que con esto, el fin de la cultura es la preparación del hombre para el cumplimiento de los deberes religiosos y la consecución de la vida ultra

²¹⁸ ALTIERE MEGALE Angelo, ¿Qué es Cultura? *Revista Filosófica Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, La Lámpara de Diógenes*, Puebla, N° 4 Vol. 2, julio-diciembre 2001, p. 15.

²¹⁹ v. *Ibíd.*, p. 16.

²²⁰ *Ibíd.*

terrenal. En esta época se aceptó la ciencia aristotélica como un nuevo “definitivo” pensamiento humano y los programas de las escuelas estaban enfocados en la formación de clérigos, pero también comenzaron a surgir las primeras universidades laicas.

En la Edad Moderna se dio un movimiento cultural que tuvo su centro en Italia. La cultura se laicizó y el humanismo tuvo como rasgos esenciales el reconocimiento del valor humano. Se perfecciona entonces el concepto de “humanismo” pues se reconoce en la elocuencia y los estudios literarios, así como en el arte de componer, “*el alma de la educación intelectual.*”²²¹

La época de la Ilustración (Siglos XVII y XVIII) es el periodo en donde se trató de aplicar la crítica racional a todo objeto susceptible de investigación, con lo que se logró la máxima difusión de la cultura. Esta corriente “*encontró, en Francia, su documentación luminosa en la Enciclopedia, diccionario universal de ciencia de letras, de arte y oficios*”²²² que se encarga de difundir un ideal de progreso; de ésta forma el hombre se libera de la naturaleza, que es sustituida por la cultura, pues el saber hace que se vayan separando poco a poco lo racional de lo teológico.

CUCHE explica que:

“En el siglo XVIII, “cultura” sigue empleándose en singular, lo que refleja el universalismo y el humanismo de los filósofos; la cultura es algo propio del Hombre (con mayúscula), más allá de cualquier distinción de pueblos y de clases. Por lo tanto “cultura” se inscribe por completo en la ideología de las Luces: la palabra se asocia a la idea de progreso, de evolución, de educación, de razón que están en el núcleo del pensamiento de la época.”²²³

Se hace referencia al término cultura vinculado o estrechamente relacionado con el concepto de civilización, sin embargo podríamos decir que la diferencia de ambos radica en que la cultura engrandece al ser humano -individualmente le hace crecer-, y la civilización se forma por la sociedad, formada a su vez por una colectividad de individuos. El concepto de civilización unido al de cultura fue relacionado por los alemanes, los cuales incluso

²²¹ALTIERE MEGALE Ángel, *Op. cit.*, pp. 17-18.

²²²*Ibid.*, p. 18.

²²³CUCHE, *Op. cit.*, p. 11.

utilizaban el concepto de cultura como distinción de clases para evidenciar la educación y civilización de una persona, lo cual le diferenciaba de lo salvaje. Dicha concepción de la cultura como civilización aún no se daba en Francia. SAN MARTIN SALA nos indica que:

“Al final de la ilustración, la Cultura, ahora ya con -K.- la *Kultur*, es aquello a lo que el ser humano como fin de la naturaleza está llamado para ser auténticamente maduro. Esta cultura tiene grados, siendo la cultura por excelencia la cultura superior, el sistema normativo regulado de los tres ámbitos básicos de la vida humana: en el conocimiento, la Ciencia; en el comportamiento, la Moral; y en el goce, el Arte. Así, la ciencia, la moral y el arte son los tres grandes ámbitos de la cultura objetiva superior, cuya formación y adquisición determinan la del ser humano.”²²⁴

La "cultura" en el siglo XX surgió como un concepto central de antropología, abarcando todos los fenómenos humanos que no son el total resultado de la genética. Así, se entendió como la evolución de la capacidad humana para poder actuar de forma imaginativa y creativa, poder clasificar y hacer representaciones de las experiencias o pensamientos con algunos símbolos y, creemos que en un segundo significado, es vista como las distintas formas de vivir, en diferentes lugares y momentos, actuando creativamente y representando las experiencias.

Según AUSTIN existe una visión positivista de la cultura en la primera mitad del siglo XX, que se relaciona con la Antropología, en donde la cultura es entendida como una forma de educación del niño y un determinante en el comportamiento. Se suponía así un mundo signifiante exterior e independiente de las interacciones sociales humanas.

“Esta forma de entender la cultura era la dominante hasta la década de los cincuenta en los centros de estudio de Antropología, contribuyendo con un amplio entendimiento de lo que nos une y nos hace comunes como seres humanos, a la

²²⁴ SAN MARTIN SALA Javier, *Teoría de la Cultura*, (Resumen), Madrid, Editorial Síntesis, 1999, <http://www.google.co.cr>, consultado el 15 de enero del 2012.

vez que proporciona un gran caudal de información sobre las sociedades pequeñas y medianas del mundo, fundamentalmente comunidades humanas minoritarias.”²²⁵

Sección II

Concepciones sobre la cultura

Fueron necesarios cientos de años para que se llegara a tener conciencia de la importancia que engloba una palabra tan pequeña en comparación con todo lo que abarca y la relevancia de su contenido para la consecuente designación de un derecho humano; para lo cual, cabe resaltar, debió de nutrirse de las concepciones dadas en diferentes áreas de estudio como la sociología, la antropología, el psicoanálisis y el humanismo. Sobre los contenidos comunes que se incluyen dentro del concepto de cultura AUSTIN menciona:

“En general el concepto de “cultura” es comúnmente precisado en varias definiciones particulares que expresan lo que se entiende por cultura desde las necesidades y elaboraciones de disciplinas específicas, *Raymond Williams* las clasifica como la acepción sociológica, la antropológica y la estética. Recientemente Fischer llama humanista a la acepción estética y agrega una concepción psicoanalítica. Todas estas acepciones o concepciones son comúnmente usadas, con la excepción de la acepción psicoanalítica, aunque sus significados exactos sean confusos para muchas personas.”²²⁶

A. La Cultura desde la concepción humanista estética

Nuevamente recurrimos a AUSTIN, quien nos describe la concepción humanista estética de la cultura como aquella que: “*Es el sustantivo común y abstracto que describe trabajos y práctica de actividades intelectuales y específicamente artísticas como en cultura musical, literatura, pintura y escultura, teatro y cine, es decir, se trata de un concepto de cultura que considera que ésta se acrecienta en la medida que se eleva hacia las manifestaciones más altas del espíritu y la creatividad humana en las bellas artes.*”²²⁷

Por su parte FISCHER se refiere a la cultura humanista como un término ambiguo que:

²²⁵ AUSTIN Tomás M., «El concepto de “Cultura”», El problema de definir la cultura, *La Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013.

²²⁶ AUSTIN Tomás, «El concepto de “Cultura”», Acepciones y Concepciones de la palabra Cultura, *La Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013.

²²⁷ *Ibíd.*

“Se refiere en primer lugar a una concepción humanista del hombre, definida como el desarrollo particular de ciertas expresiones de la actividad humana consideradas como superiores a otras; se dirá así de un individuo que tiene cultura cuando se trata de designar a una persona que ha desarrollado sus facultades intelectuales y su nivel de instrucción. En este sentido la noción de cultura se refiere a la cultura del alma (cultura *animi*, Cicerón)... Aplicado al espíritu, este término define tanto una “cabeza bien hecha” como una “cabeza bien llena”. En un segundo nivel, la cultura engloba la idea de “refinamiento”: se dirá de un hombre que está cultivado si posee buenos modales, signos de una altura de espíritu...”²²⁸

Se asume que el individuo, entre más cercano sea a las manifestaciones del espíritu humano, más se diferencia del individuo común y por ende demuestra su alto nivel de cultura, por lo que se le asigna el calificativo de “culto”.

Explica AUSTIN que la razón por la que FISCHER lo llama “la concepción humanista del término “cultura”, es porque se basa en el pensamiento humanista que partía del hecho de que el progreso humano siempre era ascendente y continuo, sumando conocimientos, lo que hacía crecer la filosofía, la ciencia y la estética. De esta forma, el crecimiento de los conocimientos y las manifestaciones humanas, así como el “*progreso en el refinamiento del espíritu, era capaz de producir obras de extraordinaria creatividad estética, pero que sólo podían comprender aquellos a los que la fortuna les permitía un gran acervo de conocimiento y desarrollo intelectual, por eso se los considera “cultos.”*”²²⁹ Claro está, dicha concepción se basa en una “influencia francesa de la Europa refinada” (en palabras de AUSTIN), en lo que fue el siglo XVII.

La cultura humanista también está vinculada con las bellas artes pero en lo que tiene que ver con respecto a la relación con la alta educación, así como con las ideas que anteponen la belleza como lo más importante. Se debe decir que:

“La “alta cultura” ha sido signo de distinción entre grupos y clases sociales. Esa asociación entre cultura y espíritu, estaba unida a la dinámica misma del poder en las sociedades: tenían voz y mando quien dominaba las formas de la civilización,

²²⁸ FISCHER Gustave Nicolás, *Campos de Intervención en Psicología Social*. París, Editorial Narcea, 1992, p. 16.

²²⁹ AUSTIN Tomás, «El concepto de “Cultura”», Apepciones y Concepciones de la palabra Cultura, *Op. cit.*

entre las que se contaban la letra escrita, la música culta, las artes plásticas, la arquitectura y el teatro (Cuaderno PNUD, 2009: 22). Esta representación asocia “lo culto” con las obras de arte, las exposiciones, los museos, el teatro, los ciclos de cine arte, los conciertos, la danza, la ópera, el arte contemporáneo, el arte digital, etcétera, como estilo de consumo, y como distinción en el sentido de Bourdieu (1988). La distinción requiere que la identidad de clase que se expresa en el *habitus*, como conjunto de disposiciones y actitudes heredadas y practicadas que se manifiestan en la formación del gusto, no sólo esté clara para los que la ostentan sino para los que no la ostentan, u ostentan otros gustos.”²³⁰

A primera vista podría parecer una concepción elitista, sin embargo la autora continúa explicando que también la cultura puede ser percibida, practicada y disfrutada no solo por los que ostentan dinero, los de la “clase alta” con los medios para poder acceder; en este sentido, la cultura también puede ser: “...*percibida por los sectores de menores recursos como algo que no está destinado para ellos, porque no poseen las cualidades ni habilidades para desenvolverse exitosamente, por ejemplo en la valoración de una obra de arte, o en la práctica de una disciplina como la pintura o la música.*”²³¹ Esta es una forma de ver el término de cultura que se acerca, precisamente, a “esa cultura” que nos interesa, la que está principalmente vinculada con las artes, pero también a la que tiene que ver con el desarrollo de la personalidad y la “humanidad”, y que requiere un acceso universal para todos y todas sin exclusiones por razones sociales, económicas o políticas. Todo ello como un producto del acercamiento y el acceso al derecho a la cultura, de donde se debe obtener una mayor valoración del ser humano como un ser cultural, racional y espiritual, es decir, una forma de exaltar la humanidad de las personas y su sensibilidad espiritual.

La expresión “cultura humanista” está relacionada directamente con las obras científicas y artísticas producto del intelecto humano, como una manifestación del mismo, pues es donde el desarrollo y el crecimiento del ser humano prevalecen.

Éste movimiento intelectual filosófico (humanismo) busca retomar el antiguo humanismo que se manejaba en Grecia, para rescatar valores humanos. Al respecto se dice:

²³⁰ WINOCUR Rosalía, *Cultura y Desarrollo humano. Aportes para la discusión*, México D.F., Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, 2010, p. 11, <http://www.undp.org.mx>, consultado el 3 de enero del 2013.

“El artista, que durante la Edad Media era considerado como un artesano, empieza a ser valorado por su dimensión intelectual y sale del anonimato. Ya no se valora el arte sólo por su utilidad, sino que se busca en él la belleza.”²³² El humanismo del siglo XV pretende retomar algunos de los principios y valores que resaltan lo humano y su creación. Se comienza a valorar la persona, su obra artística y su obra científica, las cuales revelan la expresión humana, y es por esta razón que se debe desasociar de la educación elitista – aquella reservada para unos cuantos con *status* privilegiado- para ser reconocida como la cultura humanista producto del intelecto de todos -bajo cualquier circunstancia social-, en donde se enaltece la creación humana, la estética, la belleza, por provenir de lo más profundo del ser humano que la materializó como una manifestación de su pensamiento.

La cultura también es entendida como las costumbres características de los pueblos, que llaman la atención por ser diferentes a las costumbres propias; lo mismo pasa con el lenguaje. GOMBRICH explica que la cultura se puede entender como “*distintas modalidades de vida, ante distintos sistemas de referencia, o frente a diversas escalas de valores.*”²³³

El autor GARCÍA CÍVICO hace referencia a la cultura:

“...como conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico; además y por las mismas razones de operatividad me centraré en la vertiente pasiva del derecho, el acceso a las manifestaciones artísticas y culturales... y a la recepción de la cultura a través de la educación... más que la participación activa o creativa.”²³⁴

De lo anterior se desprende que también tenemos, en materia de cultura, “vertientes” que se dirigen a diferentes manifestaciones, por lo que se hace necesario que expliquemos las concepciones clásicas, tal y como llama el autor, “la vertiente pasiva del derecho”, en donde se relaciona dicho término directamente con todo lo que tenga que ver con el arte y alguna de sus expresiones, entiéndase cultura humanista.

²³² «Arte del Renacimiento en Europa», *Arte España*, <http://www.arteespana.com>, consultado el 10 de julio del 2013.

²³³ GOMBRICH Ernts H, *Breve Historia de la Cultura*, México D.F., Editorial Océano, 2ed., 2004, p. 12.

²³⁴ GARCÍA CÍVICO Jesús, ¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009, p. 33, <http://www.rtfed.es>, consultado el 13 de junio de 2012.

Aprovechando los beneficios de la cultura humanista, se formarán personas con una mejor percepción y comprensión del mundo que les rodea, con más sensibilidad en aspectos emocionales, llenas de armonía, paz, y solidaridad, pues han logrado comprender lo esencial a través del acceso al rico conocimiento cultural humanista.

Según GARCÍA CÍVICO: “*El humanismo moderno contrapuso al salvajismo de la barbarie (a fortiori la libertad del salvaje) el ser humano domesticado por la cultura (incluida en determinados casos, la muy “cultural” forma de exterminar a tal salvaje)*”²³⁵ La concepción tradicional del humanismo aplicó el concepto de cultura a las personas con conocimientos con una connotación normativa: se trataba de un nuevo ideal que se debe conseguir progresivamente.²³⁶

Por las razones anteriores es que este “ideal” debe ser alcanzado por todas las personas, pues eleva el valor del pensamiento y la creación humana para lograr un desarrollo integral del individuo, lo cual llega a potenciar sus capacidades.

La cultura humanista también va de la mano con la dignidad humana y permite ver al ser humano como un fin en sí mismo, y no como un objeto o medio al servicio de otras personas. Por eso se dice que el humanismo es contrario a toda forma de esclavitud; a cuestiones vanas y superficiales.

B. Concepciones sociológicas de la cultura

Desde una concepción sociológica, LINTON, en su obra *Cultura y Personalidad*, explica que:

“El término cultura cuando se le emplea en los estudios científicos, no tiene el valor que le da el vulgo. En general se refiere a la forma de vida de cualquier sociedad, y no simplemente a las zonas que la misma sociedad considera como más elevadas o deseables. Cuando la cultura se aplica a nuestro modo de vivir, nada tiene que ver con el hecho de tocar el piano o vestir bien. Para el sociólogo, esas actividades son simples elementos de la totalidad de nuestra cultura, totalidad que también comprende actividades tan distintas como la de fregar platos o

²³⁵ Una reflexión sobre la defensa de la supuesta superioridad intrínseca de la Europa Cristiana y de la Conquista de América en nombre de los valores de la civilización, en TODOROV, citado en: GARCÍA CÍVICO, *Op cit.* p. 35.

²³⁶ *Ibid.*, p. 33.

conducir un automóvil, pero que a los fines de los estudios sobre cultura son exactamente de la misma categoría de “los más grandes refinamientos de la vida”. De lo anterior se deduce que para el sociólogo no existen sociedades ni individuos que carezcan de cultura. Toda sociedad posee una cultura, por muy sencilla que sea, y todo ser humano es culto en el sentido de que es portador de una otra cultura.”²³⁷

Según el autor, para el sociólogo la cultura siempre está presente en la sociedad, en cada individuo que la compone y en la totalidad de actividades que éste realiza.

Por su parte FISCHER señala:

“La cultura se define allí como el progreso intelectual y social del hombre en general, de las colectividades, de la humanidad. Esta concepción será asumida por la sociología norteamericana (Merton, 1940) que definirá cultura como el conjunto de los medios colectivos de que dispone el hombre (o la sociedad) para controlar y manipular el ambiente en el que vive, y que utilizará la noción de civilización para designar una cultura caracterizada por un gran número de elementos y por una disposición compleja de éstos. En el contexto de la sociología francesa, la cultura ha sido definida como – las reglas de conducta, las creencias, las técnicas materiales e intelectuales características de un conjunto social- (Mendras, 1986).”²³⁸

Es así como vemos que entre los elementos que integran la cultura en la concepción sociológica, se destaca el hecho de que la misma forma parte de todo fenómeno social. Así la relación de las conductas y de los modos de vida con normas sociales permiten que la dimensión cultural resida en ellas, de esta forma se pueden comprender los modos de actuar de la colectividad como aceptación de las respuestas sociales, según los valores de cada grupo en particular.

AUSTIN deja ver en cuanto de lo anteriormente expuesto que “*El concepto sociológico de cultura tiene una fuerte connotación con la apreciación del presente, pensando en el*

²³⁷ LINTON Ralph, *Cultura y personalidad*, México D.F., Editorial Fondo de cultura económica de México, 1969, p. 44.

²³⁸ FISCHER Gustave Nicolás, *Op. cit.*, p. 19.

desarrollo o progreso futuro de la sociedad para alcanzar aquello que llamamos el patrimonio cultural de la humanidad o simplemente “la cultura universal” ...”²³⁹

C. Concepciones psicoanalíticas de cultura

FISCHER hace un apartado sobre las concepciones psicoanalíticas en su libro *Campos de Intervención en Psicología Social*, de las que FREUD es fundador: “Freud (1930) proporcionó a la noción de cultura una definición que se emparenta con la idea de superego. < La cultura humana (...) comprende, por una parte, todo el saber y el poder adquiridos por los hombres para dominar las fuerzas de la naturaleza; y por otra, todas las organizaciones necesarias para fijar las relaciones entre ellos>.”²⁴⁰ Se entiende a la cultura en la concepción del psicoanálisis como la que está formada por las presiones intrapsíquicas de origen colectivo, es decir, de origen social, que pueden repercutir en la libre expresión del ego, por lo tanto puede ocasionar traumas psíquicos y a nivel de personalidad.

Dice FREUD en su ensayo *El malestar en la cultura*: “... –cualquiera sea el sentido que se dé al concepto de cultura– es innegable que todos los recursos con los cuales intentamos defendernos contra los sufrimientos amenazantes proceden precisamente de esa cultura.”²⁴¹ Es evidente entonces que esta concepción de cultura forma parte de lo interno del ser humano, su pensamiento, su personalidad, sus emociones, y de esta manera se manifiesta como una reacción debido a la influencia que la sociedad ha tenido en la persona, razón por la cual “En el pensamiento freudiano (...) la cultura aparece como una interiorización de las prohibiciones necesarias para la supervivencia de una sociedad.”²⁴²

D. Concepciones antropológicas de cultura

Las concepciones antropológicas de la cultura incluyen muchos elementos, que abarcan el lenguaje, las costumbres y la educación; e incluso existen algunas que utilizan dicho término como sinónimo de civilización.

²³⁹ AUSTIN Tomás, «El concepto de “Cultura”», Aceptaciones y Concepciones de la palabra Cultura, *Op. cit.*

²⁴⁰ FISCHER Gustave Nicolás, *Op. cit.*, p. 19.

²⁴¹ FREUD Sigmund, *El malestar en la cultura*, p. 21, <http://www.dfpd.edu.uy>, consultado el 20 de julio del 2013.

²⁴² FISCHER Gustave Nicolás, *Op. cit.*, p. 20.

El antropólogo TYLOR,²⁴³ en su ensayo *La ciencia de la cultura* (1871), hace referencia al concepto de cultura como un complejo de conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y otros hábitos y capacidades que se adquieren por ser miembro de la sociedad. Explica que no se puede negar el hecho de que las causas naturales y concretas son las que determinan en mayor medida la acción humana.

Debemos considerar entonces que estas causas naturales llamadas “instintos”, también podrían reconocerse en la integración de la cultura en la persona, biológicamente hablando. Por otra parte es interesante ver, desde la concepción de este autor, cómo el Derecho también es una manifestación de la cultura en tanto rama del conocimiento dedicada al estudio social, y herramienta conformadora de ordenamientos jurídicos -entre otras funciones y facultades- que se orienta por las “creencias personales” de sus creadores, esto debido precisamente a su influencia cultural, así como también al momento y al lugar en donde se crea, es decir, el contexto en el que surge.

Por su parte KROEBER (1917) explica que la forma de pensar de las civilizaciones occidentales hace que se creen antítesis complementarias en donde el equilibrio de opuestos se excluye:

“... uno de estos pares de ideas con que nuestro mundo ha estado operando desde hace unos dos mil años es que se expresa con las palabras alma y cuerpo... Una tercera discriminación es la que se hace entre vital y social, o, en otros términos, entre orgánico y cultural.”²⁴⁴

En su ensayo *Lo superorgánico*, nos refiere que la cultura es algo que va más allá de lo orgánico, lo inorgánico e incluso lo psíquico. Basa su definición de cultura “en el aprendizaje”, en la herencia, social cuando dice:

“La mayor parte de las reacciones motoras, los hábitos, las técnicas, ideas y valores aprendidos y transmitidos- y la conducta que provocan- esto es lo que constituye la cultura. La cultura es el producto especial y exclusivo del hombre, y es la cualidad que lo distingue en el cosmos. La cultura... es a la vez la totalidad

²⁴³ AA. VV., *El Concepto de Cultura: Textos Fundamentales*, Barcelona, Editorial Anagram, 1975, p. 29.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 45

de los productos del hombre social y una fuerza enorme que afecta a todos los seres humanos, social e individualmente.”²⁴⁵

Esta herencia social que se reproduce a lo largo de los años ha permitido la evolución mental del ser humano y, de esa forma, es visible una mayor vinculación cultural con avances en muchos campos; convirtiéndose lo “superorgánico”, es decir; la cultura, en lo que trasciende.

Otro de los antropólogos que tratan el tema de la cultura es WHITE (1959), quien critica a diversos autores que se refieren a la cultura como algo abstracto; ya que cree que queda bien definida en términos que se adecuen a un objeto científico, esto es “*en términos de cosas reales, directa o indirectamente observables en el mundo real en el que vivimos*”²⁴⁶ Lo interesante de esta concepción es que aunque acepta que la cultura tiene que ver con las acciones humanas, indica que para que estos comportamientos sean tomados como cultura deben exteriorizarse, ser observables, en palabras del autor, “directa o indirectamente”. La cultura puede entenderse en términos abstractos, ser susceptible de percepción, una cuestión de interpretación o entendimiento de las diferentes manifestaciones de la misma, que pueden ser las acciones humanas, así como su lenguaje, su forma de expresarse, sus pensamientos, sus obras artísticas.

En el ensayo *Cultura, Lenguaje y Sociedad*, GOODENOUGH (1971) explica cómo el término cultura ha tenido una diversidad de significados:

“El término en sí entra en el uso antropológico a partir de la palabra alemana *Kultur*: Las clases mejor educadas de Europa presumían ser menos ignorantes que los campesinos humildes y los patanes rústicos, y de tener una mayor comprensión de la verdad y una mayor apreciación de las cosas más refinadas de la vida. Eran “más civilizados.”²⁴⁷

Vemos una concepción elitista en esa época, en donde se entiende cultura como “civilización”, la cual en ese entonces significaba educación, conocimientos, respeto a ciertas normas de conducta y normas sociales. Para este antropólogo, el lenguaje y la

²⁴⁵ AA. VV., *El Concepto de Cultura: Textos Fundamentales*, *Op. cit.*, p. 17.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 140.

²⁴⁷ Lo anterior explica en parte la diversidad de elementos que engloba el término de cultura. *v. Ibid.*, p. 188.

cultura son similares, y hace la comparación entre ambos argumentando que son sistemas organizados de normas de comportamientos, los cuales tienen un propósito que se puede llevar a cabo u obtener mediante la determinación del sistema adecuado para cada ocasión. Por esta razón, dice que la complicada relación entre cultura y sociedad permite que se le den varios sentidos al concepto de cultura. Algunas concepciones se sitúan en un punto de vista general, determinando una única cultura que engloba a todas las demás culturas: la cultura de un grupo, la cultura operativa de una persona, la cultura pública de un grupo, la cultura como nivel concreto de jerarquía taxonómica, la cultura de una sociedad, y el “*pool de culturas*”²⁴⁸ de una sociedad, y es en este último sentido en el cual se refiere a la suma de contenidos de todas las concepciones propias de todos los miembros de la sociedad, siendo un término que revela una función del mismo como depósito de fuentes de conocimiento y habilidades que transportan los miembros de una sociedad.

Lo anterior nos permite tomar los principales elementos repetitivos entre los autores estudiados para crear un concepto de cultura más uniforme. Dentro de las ideas arriba descritas, tenemos una que nos acerca más a una concepción de cultura, cuando se hace referencia a la “integración de la cultura en el ser humano”, y lo denominamos de esta forma debido a que es la responsable del comportamiento humano, pero sin caer en lo orgánico (KROEBER), tanto así que se convierte en un tipo de herencia social que se transmite mediante la educación, la observación y se manifiesta en meras reacciones, acciones, lenguaje. Otro aspecto o elemento es la integración del ser humano en la cultura, entiéndase la relación con lo externo. La relación entre un individuo con la sociedad refleja ésta integración, pues el hombre es un ser social que se ve influenciado y aprende de los demás, y a su vez también, puede influir en la colectividad. Podemos hablar del aporte personal en la creación, transformación o manifestación de la cultura que hace el individuo y que de una u otra forma influye en la sociedad, ya sea de manera significativa o con pequeños aportes, pero cuando éstos forman una constante pueden ir modelando una nueva cultura, porque si en algo estamos de acuerdo es en que la cultura es cambiante por diversos motivos, uno de ellos el que se acaba de explicar.

Hemos dado amplio número de definiciones o concepciones de “cultura” con el fin de poder delimitar nuestra investigación, así que la definición que proponemos y seguiremos

²⁴⁸ AA. VV., *El Concepto de Cultura: Textos Fundamentales*, *Op. cit.*, p. 238.

utilizando de “cultura” será sustraída de varios autores, en cuanto creemos que la Cultura es un sistema organizado de normas de comportamientos (GOODENOUGH), conocimientos, creencias, arte, moral, costumbres y otros hábitos y capacidades (TYLOR) que influye a manera de herencia social (KROEBER) en el momento en que se integra al ser humano por educación o imitación, haciendo que éste logre un desarrollo integral más perceptivo y sensible espiritualmente. Puede ser adquirida, percibida, transformada y expresada.

E. Concepciones jurídico-normativas de la cultura, nacionales e internacionales

A nivel nacional, dentro de los derechos fundamentales que podemos encontrar en nuestra Constitución Política, se minimiza la existencia de la cultura humanista, importante para el desarrollo de cada individuo, limitándose a una perspectiva parcial de Cultura entendida como educación superior, pues la incorpora dentro del título VII que lleva por nombre “La Educación y la Cultura”, y en donde se habla mayoritariamente de la educación, como se aprecia en los artículos que van desde el 77 hasta el 89. El último artículo referente a la cultura dice:

“Entre los fines culturales de la República están los de proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la nación, y el de apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico del país.”

En 1963, ALBERTO F. CAÑAS crea la Dirección General de Artes y Letras, adscrita al Ministerio de Educación –la cual dio origen al actual Ministerio de Cultura y Juventud–, lo que evidenció cierta preocupación de las autoridades de la época por el desarrollo de la cultura de los ciudadanos. La ley que crea dicho Ministerio de Cultura es la N° 4788 el 5 de julio de 1971, aunque inicia oficialmente sus funciones el 1 de enero de 1971.²⁴⁹

La legislación nacional sobre cultura, aunque relativamente abundante²⁵⁰ en cantidad, en su contenido sustancial carece de un enfoque claro y humanista de la misma.

²⁴⁹ Ministerio de Cultura y Juventud, «Memorias», <http://www.mcj.go.cr>, consultado el 3 de enero del 2013.

²⁵⁰ Ley del Sistema Nacional de Archivos (Ley N° 7202) que tiene el fin de preservar todo el patrimonio documental científico y cultural; La Ley N° 5980 (Ratifica Convención sobre protección al patrimonio mundial, cultural y natural); Ley de Defensa del Idioma Español y Lenguas Aborígenes Costarricenses (Ley N° 7623); Ley de Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad en Costa Rica (Ley N° 7600) pretende que todas las personas con discapacidad tengan igual acceso a la cultura; Ley Integral para la Persona Adulta Mayor (Ley N° 7935) que pretende estimular el desarrollo de las capacidades físicas y culturales de los adultos mayores; Ley General de la Persona Joven (Ley N° 8261), de la misma forma habla de cultura, pero en términos de actividad de un pueblo y de propiciar la participación de los

A pesar de existir un gran número de leyes al respecto, no encontramos una ley que justifique o explique el concepto de cultura, lo cual nos parece crucial, sobre todo a nivel constitucional.

Ahora, conociendo un poco nuestra legislación es necesario hacer mención de la iniciativa de elaboración de un proyecto de Ley que ha elaborado el Ministerio de Cultura y que pretende dar paso a lo que se llamaría Ley General de Derechos Culturales, de la cual éste Ministerio es uno de sus principales impulsores, con la colaboración de ciudadanos y estudiosos del tema que también han colaborado.

Este proyecto es importante pues da una definición de cultura en sentido general. Dicha definición se encuentra en el artículo 2, y dice:

“CULTURA: la multiplicidad de formas en que conciben el entorno natural y social, se expresan y se relacionan las personas, grupos, pueblos y comunidades en su interior y entre ellos, que comprende también las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad, la variedad de las expresiones culturales, y los distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.”²⁵¹

El proyecto tiene la intención de reconocer más eficientemente los derechos culturales en nuestro país.

A nivel internacional: hacemos referencia a organizaciones de las que nuestro país forma parte, tal es el caso de la Organización de las Naciones Unidas o bien la Organización de los Estados Americanos, las cuales mediante entidades especializadas adscritas a ellas han emitido una larga lista de tratados, convenciones y declaraciones en las que se hace referencia a la concepción de cultura que promueven.

jóvenes; El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739) se refiere a la cultura como parte importante en el desarrollo integral humano, y creemos que es la concepción que se debe tener con respecto al término cultura y su importancia para las personas en general, no solamente para los niños y adolescentes; Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer (Ley N° 7142) pretende la igualdad de acceso de este derecho; Ley de Estímulo a las Bellas Artes Costarricenses (Ley N° 6750); Ley de Premios Nacionales (Ley (7345), en la cual se pretende estimular y reconocer la participación en el ámbito.

²⁵¹ Proyecto de Ley General de Derechos Culturales, Artículo 2. Versión preliminar de julio del 2013, <http://politica.cultura.cr>, consultado el 11 de julio del 2013.

Debemos dejar claro, antes que nada, que en los siguientes párrafos hablaremos de varias declaraciones que, pese a no ser vinculantes desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, son instrumentos que sí definen claramente el concepto de cultura y evidencian interés por parte de la comunidad internacional de cumplir con sus objetivos en el marco de la protección a la cultura.

La ONU, a través de la UNESCO, en el artículo 1 de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural dice que la cultura:

“...adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad.”

En la Declaración de México Sobre Políticas Culturales, celebrada con ocasión de la Conferencia Mundial Sobre Políticas Culturales “Mundialcult”, organizada por la UNESCO entre el 26 de julio y el 6 de agosto del 1982, y que reunió a representantes de 144 países, se discutió ampliamente sobre diversos temas que tuvieron por común denominador a la cultura en un contexto actual. Volviendo al difícil tópico del concepto de cultura, esta Declaración la entiende en un sentido más amplio al establecer:

“...la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias, y que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.”

Creemos que el hecho de que estos documentos internacionales incorporen conceptos amplios sobre la cultura se debe a la amplísima variedad cultural de las distintas regiones que deben abarcar, es decir, evidentemente cada cultura tiene sus propias

costumbres y valores (entre otros elementos) y todos deben ser respetados y protegidos, implicando necesariamente un cierto relativismo cultural.

Sabemos que el relativismo ha sido criticado y alabado por igual, pero como lo expone CARVAJAL, en *Los derechos humanos y la cultura*, mientras cita a SEBRELI, “*el dilema del relativismo se origina cuando las identidades culturales entran en contradicción con los conceptos de libertad, igualdad, derechos humanos, sexualidad, individualidad, antes los cuales no puede mantenerse la neutralidad moral o simplemente decir que se trata de una cuestión de “preferencia” como quien se refiere a una cocina local comparada con otras.*”²⁵² Y es que se convierte en un tema muy delicado pues se podrían estar defendiendo las diferencias y las identidades de las culturas incluso cuando éstas realicen prácticas perjudiciales o contrarias a la dignidad humana. Caso contrario ocurre con la universalización; aunque también se ha criticado porque se le vincula con los procesos de “homogenización” por tratar de eliminar las diferencias culturales.

La Organización de los Estados Americanos -en este caso una organización regional-, podría darnos un concepto más acorde con la cultura que se vive en esta parte del mundo, con la idea de resaltar los principales rasgos que compartimos las culturas del continente. Sin embargo no encontramos ningún concepto de cultura aunque sí se hace evidente su importancia, más que todo en lo que tiene que ver con la diversidad cultural: “*Consideramos que la diversidad cultural que caracteriza a nuestra región es fuente de gran riqueza para nuestras sociedades. El respeto y la valoración de nuestra diversidad deben ser un factor de cohesión que fortalezca el tejido social e impulse el desarrollo de nuestras naciones (Declaración de Quebec. 2001).*”²⁵³

Sección III

Los beneficios de la cultura

Es momento de hablar de los beneficios que obtenemos de la cultura, en especial de esa cultura humanista que resalta el valor de la humanidad, la dignidad, y el respeto por las demás personas, lo cual tiene que ver con el conocimiento adquirido por repetición de una

²⁵² CARVAJAL VILLAPLANA Álvaro, *Op. cit.*, p. 515.

²⁵³ «Cultura», *Organización de los Estados Americanos*, <http://portal.oas.org>, consultado el 21 de marzo del 2013.

conducta o por aprendizaje intelectual, así como con la sensibilidad emocional, la personalidad y el desarrollo de la sociedad.

Sobre la relación que existe entre cultura y personalidad, AUSTIN indica que los antropólogos no ven *“a la cultura en un lado y a la personalidad en otro: sino que vemos gente que piensa y actúa en cierta forma (estructura de la personalidad) bajo la influencia de valores y costumbres prevalentes en una sociedad dada (cultura). Los antropólogos modernos admiten que la gente que aprende ciertas pautas de comportamiento sí adquiere ciertas formas de personalidad, pero no aceptan la noción de que incluso las estructuras profundas de la personalidad están estandarizadas y son condicionadas culturalmente.”*²⁵⁴

En ésta sección también abordaremos temas como el de los bienes culturales, los cuales también forman parte de los beneficios de la cultura. Éstos son bienes considerados obras artísticas y científicas cuyo disfrute es parte fundamental del derecho de acceso a los beneficios de la cultura, y a su vez es una condición indispensable para el desarrollo cultural de la sociedad, así como el desarrollo de la personalidad y la toma de conciencia de la dignidad de los seres humanos. Por esta y otras razones comenzamos el tema de los beneficios de cultura con uno primordial: el desarrollo de la personalidad y el entendimiento de la dignidad humana.

A. Desarrollo de la personalidad y dignidad humana

Ambas son condiciones esenciales para el continuo crecimiento de una sociedad basada en el desarrollo armonioso e integral de sus miembros y en la manifestación de su poder de creación. La cultura humanista no se limita al acceso a las obras de arte y científicas, aunque son un importante medio para alcanzar otros beneficios; sino que también deberá ser considerada como un componente potenciador de la vida humana y uno de los principales factores del progreso. Entonces *“...debería ofertarse transversal, paralela y adecuadamente formaciones relacionadas con el conjunto de conocimientos que estimulan nuestra sensibilidad estética, normativa o juicio crítico, es decir, el acceso a la cultura en relación con el desarrollo de la persona.”*²⁵⁵

²⁵⁴ AUSTIN Tomás M., «El concepto de “Cultura”», Cultura y Personalidad, *La Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013.

²⁵⁵ GARCÍA CALVO, *Op. cit.*, p. 31.

Desde que nace, el ser humano tiene la necesidad de aprender y lo hace principalmente reproduciendo lo que observa. La base del desarrollo humano se centra en los primeros años de vida y continúa hasta su muerte.

El ser humano no solo debe aprender formas de supervivencia para permanecer con vida por más tiempo, sino que también debe aprender maneras de comportarse para ser aceptado en la sociedad, lo que resulta necesario para desempeñarse en las funciones de su agrado o bien en aquellas que de una u otra forma se vea forzado a realizar. Y todo esto en parte tiene que ver con el desarrollo que experimenta por el simple hecho de la transmisión de conocimientos. La sociedad, su entorno, la cultura que lo rodea son los que se encargan de moldear la personalidad de cada individuo, así como sus gustos, la manera de percepción de las cosas, la estética, los conocimientos e incluso la motivación para crear y expresarse mediante las diversas formas que existen.

Sobre este tema RALPH LINTON explica:

“Muchas de las respuestas más generales del individuo encierran un elemento minúsculo de conducta manifiesta organizada y automática. Conforme nos aproximamos a este extremo de nuestra escala nos encontramos cada vez más encerrados en respuestas encubiertas cuyas manifestaciones visibles pueden asumir formas muy diferentes. En otros términos, pasamos del campo de los hábitos, en el sentido vulgar del término, al de los valores actitudes, vocablos tomados de las ciencias sociales que aunque los empleen bastante confusamente, cuentan no obstante con un núcleo de significado aceptado por todos, por lo que los hace más adecuados a nuestros propósitos que el empleo de otros nuevos con los que no estuviéramos familiarizados.”²⁵⁶

A pesar de que “valor” es un concepto muy difícil de determinar, para LINTON es todo elemento común a diferentes situaciones el cual es capaz de provocar en el individuo una respuesta; y para los mismos efectos “actitud” vendría a ser la respuesta que suscitó dicho elemento. Se conforma así un sistema que el autor denomina “*sistema del valor-actitud*”,²⁵⁷ el cual, una vez alojado en el individuo actúa de forma automática, incluso en

²⁵⁶ LINTON, *Op cit.*, p.117.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 118.

el plano inconsciente. De esta forma dicho sistema, ante una determinada situación, puede impulsar al individuo a actuar o no. Se ha visto que *“la personalidad es fundamentalmente una configuración de respuestas que el individuo ha credo como resultado de su experiencia, pero ésta a su vez, proviene de la acción recíproca con su medio ambiente, y las cualidades innatas del individuo influirán vigorosamente sobre el tipo de experiencia que obtiene de esta acción recíproca.”*²⁵⁸

Debemos decir que en la configuración de la personalidad, la cultura de toda sociedad determina la educación de los niños con técnicas especiales y que también modela el resto de la personalidad a través de la demostración de modelos de respuestas ante situaciones específicas durante toda la vida del individuo.

GARCÍA CALVO utiliza algunos de los beneficios de la cultura para darle contenido al derecho de acceso a la cultura que estudiamos. Lo estima como un derecho que permite el desarrollo de la personalidad de los individuos:

*“... manejo básicamente el derecho de acceso a la cultura como aquella posición subjetiva del individuo vinculada a la pretensión de conocer, adquirir cultura y enriquecer así su persona, mente, razón, espíritu supuestamente existente, etc. [...] pero un derecho, en definitiva vinculado a lo que se entiende por “libre desarrollo de la personalidad.”*²⁵⁹

Existen muchas teorías respecto de la forma en que se entiende el desarrollo de la personalidad, pero seguidamente se tratarán las que hemos creído más relevantes. Estas son las teorías exógenas y las teorías interaccionistas. En las primeras se dice que la personalidad del individuo está determinada por las respuestas de sus acciones; en el segundo caso se dice que es más bien el entorno quien influye, y es aquí en donde concordamos, pues creemos que son necesarios y sumamente importantes los elementos externos que puedan influir y determinar la personalidad de cada individuo.

El adecuado desarrollo de la personalidad define quién es el individuo, es decir, marca una línea diferenciadora de una persona con la otra; no quiere decir que sea completamente diferente en todos los aspectos, pero bien lo dice el dicho, “nadie se parece

²⁵⁸ LINTON, *Op cit.*, p. 136.

²⁵⁹ GARCÍA CALVO, *Op cit.*, p. 31.

al otro.” Con esto evidenciamos que dependiendo del lugar en donde nos encontremos, el contexto sociocultural que nos rodea, la educación, el lenguaje, las costumbres y el conocimiento externo que recibimos, se define nuestra personalidad, la cual es fundamental para poder relacionarlos con las demás personas.

Existe una estrecha relación entre el derecho de acceso a los beneficios de la cultura y el derecho a la dignidad, protector de un valor básico para los derechos fundamentales, por el cual se toma conciencia de la valía intrínseca de cada ser humano y que su vez ésta ligado a la personalidad. Por ejemplo, OCHOA CARVAJAL en su obra *Propiedad y Dignidad*, explica que la dignidad tiene varias facetas y las identifica a través de la jurisprudencia de su país, cuando habla de tres lineamientos claros y diferenciables:

“(I) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (II) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (III) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”²⁶⁰

Desde este punto de vista, el acceso a la cultura permite una vida digna, hace que la persona se sienta y sea autónoma, independiente, permitiéndole ser ella misma quien decida las posibilidades de su futuro. En este sentido la dignidad de la persona también es un elemento obtenido de los beneficios que logramos a partir de la cultura humanista. No descartamos las otras facetas, ya que son muy claras y aplicables para otros casos, y podrían interesar en diferentes momentos cuando nos referimos al término “dignidad”, pues tiene que ver también con ciertas condiciones materiales de existencia que creemos se originan más en el derecho de acceder a la vivienda, por ejemplo, pero también podemos entender esa dignidad como el mínimo necesario para vivir.

Al respecto OCHOA dice: *“Es el hombre ese proyecto que él mismo debe realizar y concluir. Están en juego allí su autonomía como manifestación de la libertad y también la posibilidad de adelantar el proyecto, que solo se da cuando existan los medios formales y materiales para ello. La ausencia de alguno de los elementos hace invisible el proyecto y*

²⁶⁰ OCHOA CARVAJAL Raúl H., *Op. cit.*, p. 133.

no se logra la dignidad. El hombre carente de medios está maniatado y su libertad no es susceptible de expresarse.”²⁶¹ Se liga también al disfrute y goce del arte, de las actividades culturales y su participación, lo cual también se relaciona con el desarrollo cultural y social, como explicaremos a continuación.

B. Desarrollo cultural y desarrollo de la sociedad

En palabras de AMATYA SEN, existen dos maneras de percibir el proceso de desarrollo: “Una profundamente influenciada por la economía de crecimiento y sus valores subyacentes. Desde esta perspectiva el desarrollo esencialmente es un proceso de crecimiento económico, una expansión acelerada y sostenida del producto interno bruto [...] Yo la llamo noción opulenta del desarrollo [...] En contraste, la otra noción de desarrollo lo considera como un proceso que enriquece la libertad real de los involucrados en la búsqueda de sus propios valores. A esta la llamo la noción de desarrollo de la libertad real”.²⁶² Y es que según la autora, de acuerdo a esta noción es que podemos caracterizar la expansión de las capacidades humanas como una característica central de desarrollo.

El problema se da cuando al hablar del desarrollo de una sociedad se hace pensando solo en “el desarrollo que persigue básicamente superar condiciones deficientes de vida – lo que se llama también la satisfacción de las necesidades básicas-...”²⁶³ limitándolo a un contexto puramente económico. Para esta investigación el desarrollo dirigido a lo cultural no se va limitar a por ejemplo, a la influencia de la industria cultural para la economía de una región, sino más bien “...al conjunto de dimensiones, condiciones y principios que, ... considerando a los individuos como protagonistas de su desarrollo, establecen: Una profunda valoración de la vida. La libertad de cada persona y de cada nación de elegir la mejor manera de vivir, según sus parámetros culturales. El fortalecimiento de las capacidades de las personas en todas las dimensiones: personal, social, económica, política, cultural, educativa, etc.”²⁶⁴

²⁶¹ OCHOA CARVAJAL Raúl H., *Op. cit.*, p. 132.

²⁶² SEN Amartya, La cultura como base del desarrollo contemporáneo, *Revista Cultura y Desarrollo*, UNESCO, Vol. 2, 2003, p 69, <http://www.unesco.lacult.org>, consultado el 3 de julio del 2013.

²⁶³ ROSALES RODRÍGUEZ Amán, Hacia un desarrollo de la cultura y una cultura del desarrollo, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, San José, 1990, p. 74.

²⁶⁴ UNICEF, *Comunicación, desarrollo y derechos humanos*, <http://www.unicef.org>, consultado el 7 de agosto del 2012.

GARCÍA CANCLINI dice que: *“Tener cultura y tener desarrollo son hoy actividades complementarias. Implican a la vez convivir en la diferencia, no sólo crecer sino hacerlo juntos con mayor equidad. Pero estos dos objetivos de la primera modernidad se complejizan en un mundo organizado para interconectar y excluir.”*²⁶⁵

Si una sociedad tiene más acceso a los beneficios que se obtienen de la cultura, claramente se podrá diferenciar de otras sociedades que no han tenido una vinculación directa y estrecha con tales beneficios. Y es que, como hemos dicho anteriormente, la cultura incrementa el desarrollo de la personalidad del individuo, y éste a su vez incrementa el desarrollo de la sociedad al encontrarse dentro de ella y conformarla. Dicho en otras palabras, *“La cultura, entonces, empieza a redefinir su papel frente al desarrollo, de una manera más activa, variada y compleja gracias entre otros motivos, a las propias transformaciones del concepto de cultura que se ha desprendido progresivamente de su asimilación inoportuna y simbiótica con las humanidades y las bellas artes.”*²⁶⁶

Tal y como lo explica AMÁN ROSALES:

*“En realidad la cultura complementa y armoniza tres aspectos en interacción permanente: i. un proceso de socialización en el presente, ii. Un retorno “crítico” a la herencia y tradiciones del pasado y iii. Una previsión de las empresas por realizar en el futuro. Todo esto los hombres lo perciben como una unidad (que puede llamarse “concepción del mundo”) que influye coherentemente en la medida en que se van cumpliendo las metas propuestas más cercanas.”*²⁶⁷

Y es que el aspecto de la influencia de la cultura en el desarrollo de las sociedades ha sido desvalorizado y no se habría tomado en cuenta de no ser por la revaloración que se le ha dado a medida que surgen nuevas interpretaciones sobre el tema del desarrollo.

²⁶⁵ GARCÍA CANCLINI Néstor, *Todos tienen cultura: ¿Quiénes pueden desarrollarla?*, Washington., conferencia dictada en Washington el 24 de febrero del 2005, con motivo del Seminario sobre Cultura y Desarrollo, en el Banco Interamericano de Desarrollo, p. 13.

²⁶⁶ REY Germán, *Cultura y Desarrollo Humano: unas relaciones que se traslapan*. *Revista digital de Cultura. Pensar Iberoamérica*, Organización de Estados Americanos para la educación la ciencia y la cultura, febrero 2002, <http://www.oei.es> consultado el 25 de noviembre del 2012.

²⁶⁷ ROSALES RODRÍGUEZ Amán, *Op. cit.*, p. 72.

C. Bienes culturales

El arte y la ciencia son dos expresiones humanas básicas para la cultura, pero muy especialmente para la cultura humanista. Pueden constituir bienes en sentido jurídico y consecuentemente ser objeto del derecho de propiedad privada, motivo por el cual se analizará su importancia y su faceta de bienes en sentido jurídico.

Y es que sobre los bienes culturales recae el conflicto entre derechos investigado en el presente trabajo, por ser ellos objeto tanto del derecho de propiedad privada, como del derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura. Se trata de bienes convertidos en mercancías, a los que se les aplica régimen individualista de la propiedad intelectual, cuando en razón de su valía incuestionable para el género humano y de su lugar privilegiado como derecho fundamental, deberían de estar al alcance de todas las personas, una posibilidad negada por el derecho de propiedad intelectual y la economía globalizada de mercado que los utiliza como meros bienes de producción.

1. Bienes en sentido jurídico

En un sentido amplio “*Bien es todo lo que puede ser objeto de una situación jurídica,*”²⁶⁸ de donde se puede partir para hacer una exhaustiva clasificación de los bienes, pero aquí interesan principalmente aquellos bienes que son objeto del derecho de acceso a los beneficios de la cultura y que se han denominado como bienes culturales. A su vez estos bienes culturales, –huelga decir que pueden ser materiales o inmateriales– son parte de lo que FERRAJOLI ha llamado “bienes sociales” y definido como “...*todo bien fundamental que sea objeto de derechos sociales.*”²⁶⁹ Lo relevante de estas precisiones conceptuales está en que, como es lógico, el acceso a estos bienes es un derecho humano correspondiente a todas las personas, no así la propiedad intelectual.

“Los bienes sociales son objeto de derechos sociales a su prestación en tanto en cuanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos. Alimentos y fármacos esenciales para la supervivencia no son bienes ontológicamente fundamentales, sino que por lo común son bienes patrimoniales, como tales objetos de derechos patrimoniales disponibles. Son en efecto bienes artificiales, producidos o al menos distribuidos por obra del hombre. Y se

²⁶⁸ FERRAJOLI Luigi, *Principia Iuris*, t. I, *Op. cit.*, p. 370.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 734.

transforman en bienes fundamentales solo gracias a las normas tético-deónticas que disponen los derechos sociales a la salud y a la supervivencia que los tienen por objeto.”²⁷⁰

Si bien no se mencionan expresamente las obras artísticas, científicas y literarias, es muy claro que ellas, por los mismos motivos que las medicinas y los alimentos, constituyen bienes sociales que aunque en principio son objeto de bienes patrimoniales, en razón del derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura se convierten en bienes fundamentales y por tanto el acceso a ellos debe estar garantizado sin excusa alguna.

Todo lo anterior se enmarca dentro de un discurso jurídico principalmente teórico y también dogmático, pero desde el punto de vista filosófico o axiológico, el acceso a las obras artísticas y científicas²⁷¹ (creemos que las llamadas obras literarias pueden estar dentro de alguna de las anteriores según su contenido) como parte de los derechos de acceso a los beneficios de la cultura también está plenamente justificado, por los importantes aportes que brinda tanto a los individuos como a la sociedad en general. A continuación se expondrá, a grandes rasgos, en qué consisten manifestaciones culturales tan elementales como lo son arte y ciencia, de las que se extraen tan relevantes beneficios.

2. El arte

Sublime expresión de la cultura del hombre y la mujer, tan diverso y variado como los pensamientos mismos. Se puede ver materializado en un objeto tangible o simplemente no poder ser tocado, pero percibido por nuestros demás sentidos.

Arte es una palabra pequeña, pero al igual que la cultura, engloba muchos significados, y es por esta razón que nos interesa resaltar algunos elementos importantes en nuestra definición cuando decimos que “arte” es la creación de nuevas obras materiales o

²⁷⁰ FERRAJOLI Luigi, *Principia Iuris*, t. I, *Op. cit.*, p. 735.

²⁷¹ Así por ejemplo La Ley de derechos de autor y derechos conexos en su artículo 1, hace una amplia descripción de bienes que eventualmente pueden ser considerados como bienes sociales : ““Obras literarias y artísticas” deben entenderse todas las producciones en los campos literario y artístico, cualquiera que sea la forma de expresión, tales como: libros, folletos, cartas y otros escritos; además, los programas dentro de los cuales se incluyen sus versiones sucesivas y los programas derivados: también las conferencias, las alocuciones, los sermones y otras obras de similar naturaleza; así como las obras dramático - musicales, las coreografías, las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; y las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las de artes aplicadas; tales como ilustraciones, mapas, planos, croquis y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias y las obras derivadas como las adaptaciones, las traducciones y otras transformaciones de obras originarias que, sin pertenecer al dominio público, hayan sido autorizadas por sus autores.”

inmateriales por parte del ser humano para deleite, para enriquecimiento de su desarrollo personal, y con finalidades estéticas. Es un producto de la personalidad humana y también parte de la herencia cultural que envuelve al ser humano. Explicamos a continuación los elementos involucrados en esta definición.

Se dice creación de nuevas obras, haciendo referencia a que pueden ser obras inspiradas en otras ya existentes y hasta muy similares, pero lo que deberán incorporar un elemento nuevo y ese elemento nuevo se refiere a la “personalidad”, vista como un sello de las obras propias. Es decir, podemos tener una obra de arte, como una pintura de Salvador Dalí, y si alguna persona la utiliza como inspiración y trata de hacer una obra derivada, dicha obra derivada será una creación nueva, aunque sea inspirada en una ya existente y posea un contenido similar; un ejemplo de esto nos lo da la obra *Los posesos* de Albert Camus, una adaptación para el teatro de la novela *Los endemoniados* de Dostoievski.

Esta novedad viene dada por el simple hecho de proceder de un impulso humano de creación, y aunque el artista no desee copiar ninguna obra ya existente, es casi imposible la no incorporación de elementos ya utilizados en otras obras, pues nos encontramos rodeados de cultura, la que nos hace ver las cosas de un modo según nuestra propia experiencia. De esta forma podemos comparar o juzgar una obra de acuerdo a nuestra experiencia y percepción, las cuales han sido adquiridas por la influencia de la sociedad, por la herencia cultural que hemos recibido desde que nacemos.

Otro de los elementos utilizados para la creación de nuestra definición de arte es el término “obra”. Una obra de arte puede ser perceptible por muchos medios a través de los sentidos, como la vista, el oído, el olfato, el tacto e incluso el gusto. Lo que verdaderamente trasciende en una obra de arte es la identificación de las personas con la obra y su capacidad de relacionarlo con algo de su experiencia personal.

De la definición anterior sobre el término arte, se debe decir que la misma es un fenómeno entendido o interiorizado y exteriorizado de muchas formas por las personas, quienes además de su propia personalidad, elemento que influye en ellas a nivel interno, también se ven rodeadas del elemento social (elemento externo) que influye en su manera de percepción o creación de las obras inevitablemente. Dice GOMBRICH, “*Si es verdad que*

el arte está inserto en la cultura, hemos de aceptar que en diferentes culturas han de producirse artes también diferentes”,²⁷² una cuestión totalmente verificable.

El tema de la percepción ya ha sido tocado cuando hablamos del concepto de cultura, pero en el caso del arte se relaciona con aspectos como la estética o la belleza. Y es que muchas personas, cuando hablan de belleza, creen que dicho concepto está relacionado con la palabra “estética”, y lo está, hasta cierto punto.

Debemos entonces hablar del “gusto” pero no nos referimos a uno de los cinco sentidos, sino que hacemos referencia a este gusto como un fenómeno de interiorización el cual se da por la percepción de las cosas en un contexto sociocultural dado. Este gusto hace que podamos discriminar entre las cosas que nos parecen atractivas o agradables y las que no; por consiguiente, el gusto, desde nuestro punto de vista es una herramienta para juzgar la estética de las cosas y de ahí valorarlas por su belleza. Al respecto citamos una frase de Confucio que tiene que ver con lo anterior: *“Cada cosa tiene su belleza, pero no todos pueden verla.”*

La apreciación de la belleza es muy personal, es decir, propia de cada individuo. La estética es entonces el elemento perceptible (como la esencia, el origen del sentimiento, la manifestación del mismo) que va a ser juzgado en la obra. Nos permite entender mejor el arte, nos enriquece el espíritu. Los juicios de valor que emitiremos sobre cualquier obra están íntimamente ligados a la estética de la misma y a la influencia cultural que hayamos recibido, de ahí la posibilidad de juzgar y hablar sobre belleza.

3. Obras científicas

Se trata de otro de los beneficios de la cultura (que a su vez sirve de condición para la obtención de otros tantos más), y por tanto también están dentro de la categoría de los bienes culturales. Estas obras son fruto del esfuerzo de los seres humanos –tanto individual como colectivo– para aumentar los conocimientos sobre los mismos seres humanos y sobre el mundo que habitan: ciencias naturales, ciencias formales y ciencias sociales, la lista pormenorizada que se desprende de éstas es amplísima y está en constante desarrollo.

²⁷² GOMBRICH, *Op cit.*, p. 15.

Conforman un patrimonio milenario e invaluable que, desde un enfoque humanista, tiene por objeto y por fin al ser humano. Arte y ciencia, conceptos que en apariencia no son compatibles, en el fondo son partes complementarias de un mismo ser: “*el arte y nada más que el arte –dice Nietzsche–, tenemos el arte para no morir de la verdad*”, una cita hecha por Albert Camus que nos da una muestra de las muchas formas de relacionarse ambos. Las obras científicas son bienes que al igual que las obras artísticas tienen la finalidad de ser conocidos y difundidos; así como las obras de arte nace para ser apreciadas, las obras científicas se crean para ser estudiadas, y si es posible, para ser puestas en práctica.

“6) El conocimiento científico es comunicable: no es inefable sino expresable, no es privado sino público. [...] Por esto, los científicos consideran el secreto en materia científica como enemigo del progreso de la ciencia; la política del secreto científico es, en efecto, el más eficaz originador del estancamiento en la cultura, en la tecnología y en la economía, así como una fuente de corrupción moral.”²⁷³

Pero la literatura científica, actual y de calidad, es considerablemente costosa y de difícil acceso, incluso si se busca en bibliotecas públicas especializadas, lo que sin ser propiamente un secreto tiene en la práctica efectos muy similares. Las revistas científicas sufren de la misma limitante y pese a que existen honrosas expresiones de revistas científicas que se ofrecen de forma accesible al público, hay otras tantas, las más renombradas, que son sumamente difíciles de conseguir, reservándose solo para selectos sectores académicos. Irónicamente en muchas de estas revistas especializadas no se pagan los correspondientes derechos autorales, y más bien son los autores o las instituciones a las que representan quienes deben desembolsar sustanciosas sumas de dinero para publicar en tan prestigiosas vitrinas científicas.

Sin duda el gran auge experimentado en las tecnologías de la información y la comunicación, en especial internet, son un factor potenciador para la difusión cultural, situación que también ha provocado el rechazo de quienes lucran utilizando la propiedad intelectual. Las bases de datos sobre información científica o de texto completo y de acceso restringido, son una muestra de dicha tendencia; estas almacenan información valiosa y solo permiten el acceso si se paga un canon durante periodos de tiempo determinados.

²⁷³ BUNGE Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Editorial Siglo veinte, 1981, pp. 22-23.

Todas las mencionadas son solo algunas de las muchas condiciones restrictivas que limitan o impiden el libre acceso a las obras científicas, pero también a las artísticas, en razón de ser insertadas dentro del régimen de la propiedad privada y de la industria cultural, siempre en detrimento del derecho humano de acceso a los beneficios culturales.

Sección IV

El derecho a la cultura y el derecho de acceso a los beneficios de la cultura

Tal y como es concebida la cultura, en múltiples dimensiones, el derecho a la misma también implica el acceso a sus manifestaciones, evitando las limitaciones o dificultades que lo impidan. Como lo dice GARCÍA CÍVICO: *“El derecho a la cultura en sentido genérico, en sus diversas manifestaciones, como derecho a acceder a la cultura, a los centros de su difusión, a acceder a la cultura a través de la educación, a disfrutar de las expresiones y manifestaciones culturales, etc., aun siendo de entre el amplio, y a veces confuso catálogo de los derechos culturales, uno de los menos problemáticos en relación con su fundamentación, conceptualización, etc., presenta sus propios desafíos...”*²⁷⁴ Entonces es necesario explicar por qué motivos se convierte en un derecho y por qué es un derecho de acceso.

Basta con decir que cada derecho tiene una finalidad, sea ésta proteger un bien o garantizarlo mediante diferentes mecanismos de accionar. Para la elaboración de normas que puedan proteger y garantizar su correcto uso o aplicación, se debe tomar en consideración la constitución del derecho y cuál es la finalidad del mismo. De esta forma nos damos cuenta que la cultura en general, además de ser un derecho, es un bien de todos, y la correcta forma para garantizar que siga siendo de todos es protegiéndola y asegurándola mediante mecanismos jurídicos que permitan el uso de este derecho por todos; en este caso, la garantía de este derecho es el acceso a la cultura.

El derecho a la cultura se compone de una serie de principios y normas, así por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo incorpora en calidad de derecho humano:

²⁷⁴ GARCÍA CALVO, *Op cit.*, p. 63.

“Si retomamos la definición dada en el segundo apartado sobre las realidades culturales, podríamos entender de manera más acotada el derecho a la cultura como: • El derecho de los ciudadanos a disponer y a exigir una oferta cultural de calidad, variable, y suficiente que contemple no sólo los valores que se han legitimado como universales de la cultura, sino los valores propios. • El derecho de todos los ciudadanos a obtener un reconocimiento (propio y de los otros) de sus recursos simbólicos, físicos y materiales (con sus potencialidades y limitaciones) y a exigir una ampliación de los mismos con miras a apropiarse creativamente de la oferta cultural disponible. • Y el derecho a exigir y disponer de recursos y opciones educativas, digitales e informativas, formales e informales, que les permitan incrementar desde el punto de vista objetivo y subjetivo, la estructura de oportunidades individual y grupal.”²⁷⁵

A. La cultura como derecho humano

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27, dispone a la cultura como un derecho humano:

“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.”

Así reza el primer párrafo de éste artículo, el cual consideramos además que es el principio en donde se hace referencia al derecho humano que tiene que ver con la cultura y con el acceso a la misma.

La UNESCO, en su Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, nos habla de la relación que tiene el derecho cultural con otros derechos como la libertad de expresión y la educación. Este órgano trata de los derechos culturales como parte integrante de los derechos humanos y por tanto universales, indisociables e interdependientes entre sí.

“Artículo 5 – Los derechos culturales, marco propicio para la diversidad cultural
Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad

²⁷⁵ WINOCUR Rosalía, *Op. cit.*, p. 17.

creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15 hace referencia al derecho a la cultura, disponiendo lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

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

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

Conforme a lo analizado por FERRAJOLI, el derecho a la cultura es un derecho fundamental pues es universal al atribuírsele a todos por igual, en tanto pertenezcan al *status* de persona, ciudadano y/o capaz de obrar, porque su titularidad es indisponible por

estar directamente dispuesto por un principio de derecho fundamental y por ubicarse dentro del rango de acción del derecho público.

ROSALÍA WINOCUR, resume el derecho a la cultura en los siguientes términos:

“El derecho de los ciudadanos a disponer y a exigir una oferta cultural de calidad, variable, y suficiente que contemple no sólo los valores que se han legitimado como universales de la cultura, sino los valores propios. El derecho de todos los ciudadanos a obtener un reconocimiento (propio y de los otros) de sus recursos simbólicos, físicos y materiales (con sus potencialidades y limitaciones) y a exigir una ampliación de los mismos con miras a apropiarse creativamente de la oferta cultural disponible. Y el derecho a exigir y disponer de recursos y opciones educativas, digitales e informativas, formales e informales, que les permitan incrementar desde el punto de vista objetivo y subjetivo, la estructura de oportunidades individual y grupal.”²⁷⁶

Lo importante de la cultura como un derecho es que también promueve que se reconozca la diversidad cultural y que la gente sepa que tiene ese derecho. Tiene que ver con el derecho de poder exigir y disponer de una oferta cultural que permita a las personas desarrollar sus capacidades.

Continúa esta autora explicando que, en la percepción y en la valoración que tienen muchos ciudadanos sobre su propia realidad social y cultural, puede suceder que no hayan reconocido el derecho a la cultura como exigible y que incluso no forme parte de la realización personal; o que los mismos Estados no le hayan dado la importancia que tiene.

Es evidente que por falta de una definición establecida, es decir, por la gran cantidad de elementos que implican el concepto de cultura, tales como las costumbres, tradiciones y todos los usos sociales que se entienden por la misma, se dificulte en ciertos casos darle la importancia merecida. Pero por su parte GARCÍA CÍVICO realiza una interesante reflexión sobre el comportamiento del derecho de acceso a la cultura con relación a otros derechos fundamentales:

²⁷⁶ WINOCUR Rosalía, *Op. cit.*, p. 17.

“Creo que el derecho de acceso a la cultura en relación con la autonomía, la emancipación, el libre desarrollo de la personalidad, etc., debe esgrimirse hoy ya no tanto como una obligación positiva independiente extraída de un compartimiento estanco inconexo del abanico de funciones de los poderes públicos, sino que debe entenderse tanto la íntima relación con la educación, como con el resto de derechos sociales, conectada tanto como libre desarrollo de la personalidad como con la igualdad y en atención a un concepto extenso e inclusivo de ciudadanía.”²⁷⁷

Puede que la relación que tiene la cultura con otros derechos la fortalezca, pero a su vez es posible que también la perjudique en cuanto se pretenda reconocer dentro de otros derechos de naturaleza distinta. Un ejemplo claro de esto puede ser el hecho de que a la cultura se le vincule con la educación, cuya relación es muy estrecha pues también implica el conocer y el saber, pero en palabras de ROSALÍA:

“Si la representación dominante de la cultura se asocia con la educación, y a la otra cultura, la de los emprendimientos creativos, se la considera algo accesorio y no indispensable para el bienestar y el desarrollo individual, entonces el derecho reconocido plenamente se vincula con la escuela y sus posibilidades de movilidad social. Esto nos lleva a pensar hipotéticamente que la fuerte representación de la cultura asociada a la educación actúa como un factor inhibitor del reconocimiento de otras actividades culturales.”²⁷⁸

Lo que pretendemos es resaltar la relación que tienen entre sí los derechos humanos, sin embargo no podemos permitir que no se valore el derecho de acceso a la cultura y se deje por debajo de otros derechos humanos. Su importancia está plenamente demostrada en cuanto al papel que desempeña para el desarrollo de la personalidad así como para el desarrollo integral de la persona. De esta forma, también encontramos vinculación del derecho a la cultura con derechos como la libertad de expresión o de información, así como también con el derecho a la igualdad, entre otros.

²⁷⁷ GARCÍA CIVICO Jesús, *Op cit*, pp. 40-41.

²⁷⁸ WINOCUR Rosalía. *Op. cit.*, p. 17.

A nivel mundial, y gracias a las organizaciones como Naciones Unidas y a los instrumentos jurídicos que ayudan a emitir, se ha evidenciado la imperante necesidad de brindar un soporte adecuado a los derechos humanos –y los referentes a la cultura no son la excepción– para evitar su violación mediante una efectiva protección, así como garantizarlos a todas las personas. Los Estados por su parte tienen la obligación de firmar e implementar dichos instrumentos jurídicos para cumplir con su responsabilidad ante los ciudadanos.

La UNESCO, como parte de la Organización de las Naciones Unidas, se encarga de promover y vigilar el cumplimiento de los derechos culturales, entre otros. Este organismo incorpora al ordenamiento jurídico internacional una serie de instrumentos normativos de gran valor. Han sido ratificados por muchos Estados, entre ellos Costa Rica; aunque también nuestro país ha dejado sin ratificar otros vinculados a la cultura.

De los que Costa Rica sí ha suscrito podemos citar, por ejemplo, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 17 de octubre del 2003). En la cual se define lo que se debe entender por patrimonio cultural inmaterial, que es uno de los tantos productos de la cultura:

“Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.”

Se justifica así la vinculación de la cultura con la identidad de las personas. Ambas constituyen aspectos que la mayoría de convenciones analizadas toman como elementos de importancia para la formación correcta del ser humano.

Dentro de los convenios internacionales sobre cultura también se encuentra la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones

Culturales (París, 20 de octubre del 2005), la cual ha sido ratificada por nuestro país y cuya justificación para su elaboración toma en cuenta que: *“la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y el espacio y que esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades y en las expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad.”* Es evidente que la importancia de la cultura también se encuentra en su diversidad, como parte de una concepción amplia del mismo término.

En materia de derechos culturales también hay una lista que nuestro país aún no ratifica, tal es el caso de la Convención sobre el Canje Internacional de Publicaciones y el Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural, con los Anexos A, B, C, D y E y Protocolo anexo, entre otros.

Nos preocupa el hecho de que no son visibles las garantías que ofrecen estas organizaciones para poder hacer valer el derecho a la cultura y el derecho de acceso a los beneficios de la cultura ante una instancia internacional que se encargue de la materia, sino que se remite en algunos casos al Director General de la UNESCO. De esta forma se evidencia un vacío en cuanto a garantías para poder ejecutar y hacer valer estos derechos a nivel internacional.

Pero a nivel nacional también nos encontramos con el problema de falta de claridad en cuanto adónde se debe acudir en caso de una violación de los derechos culturales. Por eso se rescata la labor que está realizando la gente que ha trabajado en la redacción del proyecto de la Ley General de Derechos Culturales, pues establece claramente en su artículo 22, bajo el capítulo de las Garantías de los Derechos Culturales, la protección administrativa y judicial:

“Toda persona o grupo de personas unidas por la reivindicación de un derecho cultural tienen derecho a un recurso sencillo y efectivo ante las autoridades administrativas y judiciales del país. La autoridad administrativa ante la cual sea denunciada la violación de un derecho cultural deberá atender inmediatamente el reclamo y resolver de acuerdo a las reglas del debido proceso sin dilación alguna. Cuando el asunto compete a una autoridad judicial y el derecho violado se encuentre bajo la tutela de esta ley o de cualquiera de las convenciones internacionales de derechos humanos o de derechos culturales, la persona quejosa

siempre tendrá abierta la vía de la acción de amparo ante la Sala Constitucional del Poder Judicial.”²⁷⁹

Por las opciones tanto administrativas como judiciales y los posibles mecanismos para hacer valer los derechos culturales, es que destaca esta iniciativa destaca pues pretende ser un instrumento de garantía.

B. El derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura

Al respecto BOETA nos indica que:

“Dentro del derecho a la cultura encontramos pues el derecho al acceso a la cultura como una serie de conductas tendientes a que los individuos del grupo social puedan tener la seguridad y posibilidad de allegarse los bienes y servicios culturales. Esta asequibilidad a ciertos bienes y servicios es por tanto el acceso a la cultura. Sin embargo, como se ha mencionado, la protección a la producción cultural o a la creación constituye también derecho cultural.”²⁸⁰

El derecho de acceso se constituye en un derecho indispensable para poder gozar y beneficiarnos de la cultura; no solamente el disfrute del derecho, sino la participación misma de los personas.

Sobre este tema GARCÍA CALVO dice: “... *manejo básicamente el derecho de acceso a la cultura como aquella posición subjetiva del individuo vinculada a la pretensión de conocer, adquirir cultura y enriquecer así su persona, mente, razón, espíritu supuestamente existente, etc.*”²⁸¹ El acceder se convierte entonces en una herramienta sumamente importante para entrar en posesión de los bienes culturales, disfrutarlos, usarlos; y todo esto con el fin más noble que es enriquecer el pensamiento.

En el artículo 5 de la Declaración de Friburgo se expresa en qué consiste el derecho de acceder a los beneficios de la cultura así como el derecho de participar en la vida cultural:

²⁷⁹ Proyecto para la aprobación de la Ley General de Derechos Culturales, Artículo 22. *Op. cit.*

²⁸⁰ BOETA ÁNGELES Sergio Augusto, “¿Limitar legalmente el acceso a la cultura?”, en: *Propiedad Intelectual, Nuevas Tecnologías y Libre Acceso a la Cultura*, Centro Cultural de España en México. Universidad de las Américas, 2008, p. 112, <http://www.ccemx.org>, consultado el 8 de marzo de 2012.

²⁸¹ GARCÍA CALVO, *Op cit.*, p. 31.

“a. Toda persona, individual y colectivamente, tiene el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural a través de las actividades que libremente elija. b. Este derecho comprende en particular: • La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo o los idiomas de su elección; • La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios; • La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios; El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.”

Para ROSALÍA WINOCUR: *“El derecho a la participación en la cultura, es indisolublemente el derecho a la participación en la cultura propia y, por lo tanto, un derecho a la diversidad. Preservar lo propio implica, además, la atribución de adecuar los productos y tendencias del desarrollo mundial a las necesidades y valores propios.”*²⁸²

El derecho de acceso a los beneficios de la cultura es un derecho humano, muy similar al derecho de acceso a la propiedad, que como hemos mencionado es a su vez muy diferente al derecho real de propiedad (individual o singular, disponible mediante actos jurídicos dispuestos por normas que a su vez predisponen su titularidad como efecto de la misma y, por encontrarse dentro de la esfera del derecho privado, compuesta por relaciones jurídicas intersubjetivas horizontales). Por otra parte el derecho de acceso a los beneficios de la cultura y el derecho de acceso a la propiedad, desde esta misma perspectiva teórica, claramente sí cumplen con las características formales necesarias para poder ser considerados un derecho humano, y es que ambos son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, están inmediatamente dispuestos por principios y responden a relaciones jurídicas verticales propias del derecho público, es decir, del individuo (solo

²⁸² WINOCUR Rosalía, *Op. cit.*, p. 17.

o también) frente al Estado.

De esta forma, el acceso a la propiedad se constituye en un derecho humano que, según ENRIQUE ULATE, “...*ha derivado el “acceso” a la propiedad, y las distintas formas de propiedad, comprendida la agraria.*”²⁸³ Un derecho que tiene lugar como parte de las limitaciones impuestas a la propiedad privada en razón de su función social.

En el mismo sentido, RICARDO ZELEDÓN habla del acceso a la propiedad como un derecho humano, y diferente al derecho de propiedad:

“... resulta interesante constatar en los documentos universales y regionales la concepción que se ha venido esbozando de la propiedad, cuya calificación deja de ser un mero derecho civil o político para adquirir características también de derecho humano económico y social. - Al consagrarse como un derecho del hombre se le concibe como un derecho a la propiedad y no como el derecho de propiedad. En otras palabras, como lo dice la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos. “Toda persona tiene derecho a la propiedad”, de la cual se percibe un cambio profundo del principio. Tener derecho a la propiedad significa tener derecho al acceso de ella, no solo la posibilidad de gozar o disfrutarla como la concibieron los clásicos.”²⁸⁴

Como vemos estos son comentarios de algunos autores que coinciden en que el derecho real de propiedad es un derecho completamente diferente al derecho de acceso a la propiedad, el cual, al igual que el derecho de acceso a la cultura, responde a un interés social que exige una conducta activa por parte del Estado y por tanto se ubica dentro de los llamados derechos sociales o de segunda generación.

Retomando el derecho de acceso a los beneficios de la cultura reiteramos que es un gran contribuyente para el desarrollo del ser humano y su importancia es irrefutable, sin embargo su vinculación es un proceso que recién comienza a darse en países como el nuestro, en donde la Ley General del Derecho a la Cultura es apenas un proyecto, o donde por ejemplo se ventila hasta este año un nuevo planteamiento sobre las políticas

²⁸³ ULATE CHACÓN Enrique Napoleón, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, San José, Editorial Cabalsa, 2007. p. 47.

²⁸⁴ ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo, *Derecho Agrario. Fundamentos*. San José, Editorial Investigación Jurídicas, 2007. p. 39.

culturales que el país debe seguir, a fin de evitar que en cada cambio de gobierno se establezcan nuevas políticas culturales y no se puedan concretar proyectos de suma importancia en este tema. Es por eso que queremos evidenciar algunas deficiencias que sabemos se pueden mejorar en materia de cultura y de esta forma poder brindar la protección y garantizar el derecho humano a la cultura, así como el derecho humano de acceso a los beneficios que nos brinda la misma.

Capítulo V

Transformación del concepto de derecho de propiedad

“La propiedad es solamente el sujeto en acción, el sujeto a la conquista del mundo.”

Paolo Grossi

Consideramos que para reforzar nuestra tesis, en este punto se hace necesario mostrar más en detalle las transformaciones experimentadas por el derecho de propiedad clásico, sustentadoras de nuestro criterio de considerar la propiedad intelectual o a los derechos de autor, es en su aspecto patrimonial, como un tipo de propiedad privada pero sobre bienes inmateriales. Aspecto sumamente relevante para la investigación dado que los amplios poderes y las muchas facultades que otorga el derecho de propiedad al titular afectan directamente el derecho de acceso a los beneficios de la cultura. Pero también será el momento para incluir otro tópico interesante, esta vez favorable para los derechos humanos: la función social del derecho de propiedad; un principio altamente difundido en los ordenamientos jurídicos occidentales, que de aplicarse correctamente, se constituiría en un importante aliado para el cumplimiento del derecho de acceso a los beneficios de la cultura y de los derechos fundamentales en general.

Sección I

La reformulación del concepto de derecho de propiedad

El derecho de propiedad no se ha mantenido del todo estático desde su institucionalización global mediante las codificaciones civiles –de las que son referentes destacados el Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Alemán de 1900– ya que desde el inicio fue sometido a la crítica de juristas destacados y otros científicos sociales. En la presente sección se tratará de seguir, a grandes rasgos, algunos de los cuestionamientos y cambios propuestos para el derecho de propiedad clásico y que se constituirán en antecedentes de una posterior modificación.

Se abordará, principalmente, el análisis de conceptos teóricos y dogmáticos como los de derecho real y dominio, mostrando las falencias que rápidamente se les señalaron a los mismos, y con ellas los cuestionamientos dirigidos a ese derecho de propiedad clásico.

A. Aspectos introductorios

El derecho de propiedad no es una institución estática, al igual que cualquier otra cambia y se adapta a las nuevas exigencias sociales, especialmente las político-económicas; esto naturalmente puede ser para bien o para mal. Sin embargo, una premisa aparentemente tan indiscutible como la anterior, es frecuentemente negada por los autores, para quienes no es posible concebir un derecho de propiedad distinto al implementado por el liberalismo ilustrado de los siglos XVIII y XIX, conllevando que muchos otros sostengan la tesis de que no es jurídicamente posible aplicar el derecho de propiedad a los bienes incorporeales, situación que creemos causa confusión y propicia el conflicto entre los derechos objeto de nuestra investigación.

La razón está en que el concepto clásico de propiedad no contempla su aplicación sobre bienes incorporeales, ya que tuvo como modelo la propiedad corporal y, más específicamente, la propiedad inmueble (predominante en esa época). Y es que el paradigma marcado por el Código Civil Francés y su influencia romana²⁸⁵ aún condiciona la idea del derecho de propiedad, pues hacen ver a aquel que recae sobre bienes inmuebles como el tipo de apropiación más “puro y perfecto”.

Otras tesis, además de negar la equivalencia de los derechos autorales con el de propiedad, consideran que ni siquiera constituyen derechos de carácter patrimonial, sino más bien, derechos de la personalidad, lo que es aún más equivocado. Esto se tratará en el capítulo último, más puntalmente en el apartado sobre las teorías personalistas de los derechos de autor.

Por esta razón consideramos necesario un estudio amplio, desde un punto de vista dinámico, que abarque los cambios experimentados por la teoría del derecho de propiedad, y así observar con detalle el por qué consideramos a la propiedad intelectual y, dentro de ésta los derechos patrimoniales de autor, como especies del derecho de propiedad y por tal motivo incompatibles con los derechos humanos.

²⁸⁵ En el Derecho Romano esto tampoco era posible; para los romanos no existía la propiedad incorporal.

1. Análisis etimológico de las palabras “dominio” y “propiedad”

Conocer los distintos orígenes etimológicos atribuidos a las palabras dominio y propiedad es una tarea necesaria para determinar con exactitud sus significados originales. Al fin y al cabo el lenguaje es un elemento sin duda fundamental para el estudio de cualquier rama del conocimiento humano. Muchos filósofos destacados lo han incluido en sus trabajos, por ejemplo HOBBS: él dedicó el capítulo IV del *Leviatán* al lenguaje, donde concluye que sin el lenguaje –forma de representar el pasamiento– no serían posibles ni el Estado ni la sociedad civil, ni la paz. BERTRAND RUSSELL, igual que HOBBS, dedicó un capítulo de su *Tratado de lógica* al lenguaje y ni qué decir de WITTGENSTEIN, para quien el estudio de los lenguajes fue eje central de su pensamiento, y del que la célebre máxima: “los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo” representa un excelente bosquejo.

Nuestro interés radica principalmente en mostrar el profundo arraigo del derecho de propiedad privada en la sociedad occidental. Para ello nos remitimos al estudio hecho por WALTER HERNÁNDEZ, que creemos logra evidenciar esta premisa. En cuanto a la palabra dominio, él nos dice:

“Dominio proviene del latín *dominus* > *domnum* > dueño, señor (el más viejo), de donde deriva también *don*, título de señor, y que, semánticamente, tiene el significado de cualidad o atributo; que, por razones históricas, el *señor* es quien *domina*, y que el correspondiente femenino latino *domina* (señora) se transformó, vulgarmente, en *domna* > *doña*. Ejemplo literal es *señor feudal*, entonces, sinónimo de propietario del feudo: el *dueño*, el *dominador*. Son términos procedentes de *domo*, hogar; de ahí que, dentro de la jerarquía casera, el mayordomo sea el que posee el puesto más alto dentro de la casa del señor. Otros derivados son, también, los términos domicilio y doméstico. Y domar: sujetar, hacer dócil, reprimir.

El *señor domestica, reprime.*”²⁸⁶

OCHOA también hace un pequeño análisis semántico de la influencia lingüística derivada de la palabra latina *dominium*:

²⁸⁶ HERNÁNDEZ MADRÍZ Walter, *Las fronteras de la propiedad intelectual*, Heredia, Editorial Universidad Nacional, 2002, pp. 24-25.

“Domingo es el primer día de la semana dedicado al Señor. Luego, el que domina tiene el señorío o imperio, y el domingo es el día del Señor y “señor” y “dueño” se vuelven equivalentes. Por eso, jugando con las palabras, podríamos decir que el domingo es el día del dueño, y también que el señor es el dueño, o que quien no es dueño no es señor.”²⁸⁷

De manera que la institución jurídica del *dominium* romano trascendió profundamente en el campo social, al convertirse en parte integrante del vocabulario cotidiano, cumpliendo principalmente como calificativo que denota distinción o *status* superior; una característica ya notoria en la burguesía europea y que se mantiene incluso en la actualidad, porque es difícil negar que aún hoy día el propietario comúnmente es tratado en forma preferencial, ligándosele con el éxito, la inteligencia y el respeto.

El análisis de la palabra *proprietas*, de donde derriba *propiedad*, también revela características esenciales de la misma; tal es el caso de la individualidad y por ende, la capacidad de excluir a los demás, y también el poder inmediato ejercido sobre el bien por parte del titular.

“Aparte, propiedad es atributo o cualidad de una persona o de una cosa, como cuando decimos: *Ella es propietaria de su inventiva*.

Etimológicamente, *propiedad* procede del vocablo latino *proprietas* y éste de *proprius*, propio (de uno). *Propio*, a su vez, descende de *propior*, donde pro- es un prefijo que significa *en favor de* o *antes*, y *prior* significa el *primero*, predecesor, anterior, el último pasado; así *propior*, finalmente, es *el que se haya más cerca*. Propio es igual a exclusivo, individual, peculiar, característico, esencial, específico. [...] De ahí que muchos países llamados poderosos, se abren, venden lo accesorio pero guardan sus tesoros, sus secretos, su ahorro, sus recursos. Gastan los ajenos cuando les es posible.”²⁸⁸

Desde sus orígenes y hasta en la actualidad el derecho de propiedad ha cala hondo en la sociedad. A través del tiempo, en el marco de un modelo económico predominantemente capitalista, se ha tendido a asociar a la propiedad privada y su acumulación como un

²⁸⁷ OCHOA CARVAJAL Raúl H., *Op. cit.*, p. 10.

²⁸⁸ HERNÁNDEZ MADRÍZ Walter, *Op. cit.*, p. 25.

indicativo de distinción y éxito, un juicio de valor que colabora en la difusión de ideas falsas y de fines individualistas que se mezclan erradamente con los derechos humanos.

B. El derecho de propiedad clásico

Se llama *derecho de propiedad clásico* a aquél emanado de la dogmática del Código Civil Francés y de la filosofía liberal representada en la Declaración de 1789, misma que ya se estudió ampliamente en el capítulo primero.

Es considerado el derecho subjetivo por excelencia, caracterizado por ser absoluto, individual y perpetuo. Otorga a su titular los más amplios atributos dominicales, facultándolo para ejercerlos a discreción, ya que las únicas limitaciones admitidas son aquellas establecidas previamente por ley, y en favor del interés público. Se trataba de una *plena in re potestas*, extraída del derecho romano e implementada por ser la mejor forma (para la burguesía) de contrarrestar el derecho de propiedad feudal, predominante durante el antiguo régimen.

Utilizando el sistema clasificatorio clásico de los derechos patrimoniales, el derecho de propiedad se ubica en la categoría de los derechos reales (*ius in re*), en contraposición a los derechos personales (*ius in personam*). Esta clasificación también experimentó variaciones y cuestionamientos a través del tiempo, tal y como se apreciará más adelante.

Dada la importancia de la comprensión del derecho real de propiedad, a continuación se explicarán algunas de las más relevantes variaciones teóricas acontecidas a lo largo del tiempo. Lo mismo se hará en cuanto a los atributos del dominio, termino comúnmente usado en la dogmática jurídica como sinónimo de propiedad.

C. El derecho real de propiedad

JEAN CARBONNIER define al derecho real usando una fórmula clásica:

“El derecho real es el poder jurídico que se ejerce directamente sobre una cosa y que faculta para obtener todo o parte de su utilidad económica. Dado que hay diversas clases de cosas, también son diferentes las especies de derechos constituíbles sobre ellas.”²⁸⁹

²⁸⁹ CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t I, Vol. I, 1960, p. 176.

Bajo esta concepción, los derechos reales y por tanto el de propiedad, solo podían establecerse respecto a cosas corporales, jamás en cuanto a bienes inmateriales, pues inicialmente se creía que *los derechos reales se distinguían por constituir una relación jurídica inmediata y directa entre una persona y una cosa*, en oposición a los derechos personales, los cuales recaen sobre personas. Como se exigía una relación “inmediata” y “directa”, ésta solo era posible en cuanto a cosas (por definición, corporales), únicas sobre las que se puede ejercer un apoderamiento material con dichos requisitos, no en cuanto a bienes cuya falta de corporeidad imposibilitaba un apoderamiento de este tipo.

No tardaron en surgir críticas a la teoría tradicional. Una de las más importantes fue la teoría personalista u obligacionista, y PLANIOL fue uno de sus más destacados partidarios. Él, en su momento, advirtió que en la dinámica del derecho real el poder jurídico no puede constituir una relación de derecho entre una persona y una cosa, porque en realidad las relaciones de derecho solo pueden darse entre personas ya que el Derecho está creado para ser aplicado únicamente a personas, no así a las cosas, que a lo sumo pueden ser objeto de derecho, mas nunca sujetos de derecho.

En la teoría obligacionista propuesta por PLANIOL, *“el derecho real se descompone en una relación de derecho entre el titular del derecho y todas las demás personas obligadas a respetar su derecho; por lo que se crea una obligación pasiva universal.”*²⁹⁰ Bajo esa lógica la naturaleza del poder que confieren los derechos personales y los derechos reales se vuelve prácticamente idéntica. En ambos casos el titular lo que hace es exigir de otra u otras personas el cumplimiento de un deber jurídico, por lo que el mismo derecho real constituye entonces un derecho personal, de ahí que sea llamada “teoría personalista.”

La principal diferencia extraída está en el número de relaciones jurídicas. Para los derechos reales el número es ilimitado, por tratarse de una “obligación pasiva universal”, mientras en los personales se limita a sujetos determinados y cuantificables.

Los hermanos MAZEAUD, por su parte, señalan una serie de inconsistencias en la teoría obligacionista de PLANIOL. Juzgan excesivo colocar en el patrimonio de cada persona un número ilimitado de deudas. Por otra parte argumentan que si bien es cierto solo

²⁹⁰ PLANIOL, citado en: MAZEAUD Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, Parte Segunda, Vol. IV, 1969, p. 265.

las personas pueden ser sujetos de derechos, nada impide una relación de derecho en la cual no haya ningún sujeto pasivo.

Los juristas franceses consideran que la crítica de PLANIOL está fundada sobre una confusión de lenguaje de la que es responsable la teoría clásica, para la cual el derecho real es oponible a todos, mientras el personal solo lo es al deudor o deudores determinados; concluyendo que el derecho real creaba una relación pasiva universal.

“En verdad, la tesis clásica utiliza el término *oponible* en dos sentidos muy diferentes, que es necesario distinguir. Decir que el derecho real es oponible a todos, significa que el derecho existe con respecto a todos, que no puede ser desconocido por nadie; decir que el derecho personal no es oponible más que al deudor, significa que ese derecho no puede crear obligaciones sino contra el deudor; sólo él está obligado. Resultaría absolutamente inexacto, tomando la palabra oponible en el primer sentido, decir que el derecho personal es inoponible a los terceros; el derecho personal no obliga a los terceros, pero existe a su respecto con el mismo título que el derecho real.”²⁹¹

Tanto el derecho real como el personal existen para todas las personas y nadie puede no reconocerlos. Si bien el derecho personal solo obliga, por ejemplo, a los contratantes, eso no implica que sus efectos jurídicos puedan ser desconocidos o eventualmente no afectar a terceros; consecuentemente un tercero que desee contratar con uno de los sujetos partes de una obligación ya establecida no puede pensarse ajeno a esa obligación, si tiene un objeto que le relaciona con su interés contractual, pues ello podría acarrearle alguna responsabilidad.

De las anteriores controversias podemos concluir que el poder jurídico del titular de un derecho real no recae directamente sobre una cosa; lo correcto es afirmar que el derecho real es una relación jurídica inmediata y directa que tiene por objeto un bien. Se trata de una relación de derecho puramente abstracta, por lo que en teoría nada podría impedir que también pudiese aplicarse a bienes inmateriales, como sucede actualmente; aunque para ese momento la mayoría de doctrina (JOSSERAND era una de las pocas excepciones), incluyendo a los MAZEAUD, no lo aceptase así.

²⁹¹ MAZEAUD Henri, Léon y Jean, Parte Segunda, Vol. IV, *Op. cit.*, p. 267.

Normalmente con los cambios en las condiciones político-económicas vienen cambios en las instituciones jurídicas, como sucedió cuando, ya entrado el siglo XX, algunos autores –atendiendo al mayor valor económico que progresivamente fueron alcanzando los bienes incorporeales y aunándose la previamente acontecida “crisis del derecho de propiedad”²⁹²– comienzan a elaborar lo que se conocería como la *teoría pluralista del derecho de propiedad*, para explicar lo que vendría a ser el cambio de paradigma marcado por el paso de “la propiedad” (absoluta, unitaria) a “las propiedades” (maleable, plural y objeto de una función social).

De ahí que posteriormente sea más común encontrar teorías sobre la clasificación de los derechos patrimoniales, alternativas a la clásica o a la obligacionista. Estas nuevas teorías en nuestra opinión son, en muchos casos, más acordes con la realidad y superan ampliamente la antigua premisa de la relación de poder absoluta, directa e inmediata sobre la cosa. A continuación citamos dos ejemplos reseñados por DIEZ-PICAZO Y GULLÓN:

“...CICU entiende que la idea del derecho real es una respuesta al problema del “tener”, mientras el llamado derecho personal o de crédito responde a la idea del “deber tener”. Insistiendo sobre esta idea y profundizando en ella, BETTI considera que los derechos reales resuelven la cuestión de la atribución o asignación de los bienes entre los diversos miembros de una misma comunidad jurídica, mientras que el derecho personal o de crédito contempla el fenómeno de los bienes y servicios.”²⁹³

En suma, lo que deseamos rescatar es la dinámica del cambio experimentado en la teoría de los derechos reales con relación al derecho de propiedad y cómo ha venido modificándose para adaptarse a nuevas perspectivas teóricas y a las nuevas condiciones de mercado.

Para el derecho fundamental de acceso a los beneficios de la cultura esto no es ninguna ventaja, claro está, pues el derecho de propiedad otorga amplias facultades –aún cuando tiene por objeto un bien incorporal– que legitiman al titular para impedir, limitar o

²⁹² Por la cual la propiedad pierde su carácter unitario al disgregarse, en razón de su función social (tema de suma importancia que se abordará más adelante), en varios derechos de propiedad.

²⁹³ CICU y BETTI citados en: DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2. ed., Vol. III, 1977, p. 43.

condicionar, por ejemplo, al pago de una determinada suma de dinero, el acceso al bien de su propiedad, como ocurre actualmente en los casos de obras artísticas, científicas o literarias; pero también en el ámbito alimentario o de la salud, en estos casos con el agravante de que, al tener el derecho de propiedad por objeto *bienes fundamentales*, como lo son las medicinas o los alimentos y las semillas, un acceso tan limitado, producto del régimen jurídico de la propiedad intelectual, colisiona directamente con derechos fundamentales.

Ahora bien, no es suficiente con abordar el derecho de propiedad solo desde la perspectiva de los derechos reales. También es necesario saber cuáles son y en qué consisten el conjunto de facultades por las cuales se clasifica como un derecho real, motivo por el cual también analizaremos más profundamente el instituto jurídico del dominio.

D. El dominio, los atributos del derecho de propiedad

Para analizar el instituto de la propiedad desde el dominio se hace necesario apartarnos un poco de la teoría y remitirnos a la dogmática emanada del Código Civil Francés y que a su vez se esparce por la mayoría de códigos civiles con influencia del derecho continental.²⁹⁴ La claridad en cuanto al contenido de la figura del dominio nos posibilita perfilar más claramente la naturaleza jurídica del derecho de propiedad y comprobar su incompatibilidad con la categoría de los derechos fundamentales.

Para la tradición clásica, el dominio debe entenderse como el derecho más absoluto porque otorga al propietario *todos* los poderes posibles sobre la cosa. Ese conjunto de poderes conforma la trilogía: *ius utendi* (derecho de servirse de la cosa), *ius fruendi* (derecho de percibir sus productos) e *ius abutendi* (derecho a disponer de la cosa), referidos a los tres atributos de la propiedad: *usus, fructus y abusus*.

²⁹⁴ Así por ejemplo, en Costa Rica el Código Civil, siguiendo al artículo 544 del Código Civil Francés y por ende toda la tradición filosófico-jurídica que lo origina, dispone, eso sí, en forma más precisa y detallada, si se compara con el citado 455, lo siguiente :

“**Artículo 264.-** El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa compete los derechos:

1º De posesión.

2º De usufructo.

3º De transformación y enajenación.

4º De defensa y exclusión.

5º De restitución e indemnización.”

En el presente apartado seguiremos al profesor JEAN CAMBONNIER, quien, haciendo glosa del artículo 544 del Código Civil Francés, expone el contenido detallado de los tres atributos mencionados.

El **usus**. Aunque no está indicado expresamente en el Código Civil Francés, posiblemente por considerarse que ya se encontraba incluido dentro del significado de “gozar”, es definido por el citado autor de la siguiente manera:

“El *usus* sirve para designar la modalidad de goce consistente en retirar personalmente –individualmente o para la familia– la utilidad (o placer) que, por sí mismo, pueda proporcionar una cosa improductiva o inexplorada; por ej., habitar una casa, llevar unas alhajas.”²⁹⁵

Como sucede con los otros atributos, el *usus* además de garantizar la utilización de la cosa en beneficio del titular, también lo faculta para no utilizar la cosa. Así que el propietario, señor de sus bienes, podía optar por usarlos en la forma que mejor le pareciese, independientemente de la naturaleza del bien, o podía simplemente no usarlos sin que eso afectase su derecho.²⁹⁶

Mediante el **fructus** el propietario adquiere el poder de aprovechar, en un sentido amplio, los frutos obtenidos a partir del bien objeto de propiedad.

“El *fructus* es el goce, o sea el derecho a disponer de los productos de un bien a virtud de actos materiales de goce, [...] o actos jurídicos [...] También debe reputarse comprendido en esta expresión el derecho a *no gozar* de un bien, esto es a dejar que permanezca inexplorado.”²⁹⁷

Los frutos se definen como aquellos productos obtenidos a partir de un bien, sin alterar su substancia. Pueden ser clasificados en naturales, industriales o civiles. Los naturales son los que espontáneamente produce la tierra, así como los productos y crías obtenidos de los animales habitantes en ella. Los frutos industriales son los obtenidos

²⁹⁵ CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. II Vol. I, 1960, p. 142.

²⁹⁶ La posterior incorporación de la función social de la propiedad vino a limitar esta facultad del propietario para no aprovechar sus bienes, pues *obliga* al otrora soberano absoluto a utilizarlos, además de en su propio beneficio, en el de la comunidad; es decir, lo compromete a velar también por los intereses colectivos, según sea la función social atribuida a sus bienes.

²⁹⁷ CARBONNIER Jean, *Op. cit.*, t. II Vol. I, p. 142.

mediante el empleo de fuerza laboral. (A éstos dos últimos -los naturales e industriales- también se les suele denominar frutos materiales). Y los frutos civiles son aquellos provenientes de actos jurídicos de disposición, el Código Civil costarricense (Artículo 288) menciona como tales a los “*intereses del dinero, alquiler de las cosas, y precio del arrendamiento de las fincas, edificios o cualquier otro inmueble...*”

También es factible que el bien objeto de propiedad no produzca ningún fruto; en tal caso se estaría ante un bien no fructífero al que sin embargo le subsiste la facultad del *usus* y del *abusus*.

El *ius abutendi* correspondiente al atributo del **abusus**, también llamado *ius disponendi* (derecho de disponer), consiste en que:

“El propietario puede disponer de la cosa a virtud de actos materiales, consumiéndola (si es consumible por el primer uso) destruyéndola (progresivamente mediante la extracción de productos o de una sola vez), o de actos jurídicos (enajenándola). En la estricta acepción de la palabra, el derecho de disponer viene a fundirse con la facultad de enajenar. La plena alienabilidad, cesibilidad y transmisibilidad de un bien es un atributo capital de la propiedad.”²⁹⁸

Además de ser “*un atributo capital de la propiedad*” la disponibilidad representa una característica mediante la cual se marca una importante diferencia respecto de los derechos humanos.

Pero el ser tan medular para el derecho de propiedad no implica que sea “intocable,” puede perfectamente estar sometida a limitaciones de carácter legal, judicial o negocial.²⁹⁹ La misma naturaleza del *ius disponendi* hace que éste sea a su vez plenamente alienable, cedible y transmisible, donde se evidencia precisamente otra de sus diferencias con respecto a los derechos humanos, que sí son inviolables y no se pueden someter a este tipo de limitaciones.

Todos los anteriores atributos son completamente aplicables a la propiedad intelectual. De esta forma, en lo que a derechos de autor se refiere, es claro que el autor de una obra

²⁹⁸ CARBONNIER Jean, t. II Vol. I, *Op. cit.*, p. 142.

²⁹⁹ v. DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, Vol. III, *Op. cit.*, p. 116.

artística, literaria o científica, si así lo desea puede conservar la obra para su propio disfrute, como podría ser el caso del escultor o pintor que decide conservar sus obras, sin que sea jurídicamente posible que otra persona pueda poseer una reproducción si no es con la autorización del artista, situación que le garantiza el uso exclusivo. Los autores o los titulares derivados pueden obtener frutos civiles mediante los contratos de edición (artículos del 21 al 40 de la LDA), de representación (artículos del 41 al 47 LDA), de ejecución pública y radiodifusión (artículos 50 y 51 LDA); solo por mencionar unas pocas de la infinidad de modalidades de explotación económica de una obra. Y por último también pueden enajenar total o parcialmente el bien (obra literaria, artística, o científica) de su propiedad (artículos del 88 al 93 LDA), además de poder transmitirlo mediante sucesión (artículo 94 LDA).

1. Características del dominio

Las características del dominio son tres: absoluto, exclusivo y perpetuo.

El carácter **absoluto** del dominio se ha relativizado con el paso del tiempo debido a gran cantidad de restricciones que han recaído sobre él, principalmente lo relacionado con la propiedad inmueble. La función social de la propiedad es sin duda el criterio más debilitante para este tradicional señorío absoluto. Criterio por el cual la propiedad deja de ser un poder a entera discreción del titular (cuyas excepcionales limitaciones debían estar previamente establecidas por ley) y pasa a obligar al propietario a respetar y propiciar el interés social de su derecho de propiedad. Pese a ello, al derecho de propiedad se le continúa considerando como el derecho real más absoluto pues sigue manteniendo gran cantidad de atribuciones y también porque posee efecto *erga omnes*; además de que en la práctica el principio de función social tiene poca aplicación.

”...el dominio es el derecho real que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa; lo cual no impide la existencia de restricciones que, configurando el estatuto normal del dominio, no alcanzan a borrar este carácter.”³⁰⁰

“El absolutismo del derecho de propiedad se afirma no solamente por su *oponibilidad* a terceros, sino también *en cuanto a su titular: es un derecho*

³⁰⁰ MARIANI DE VIDAL Mariana, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Zavallá, 7 ed., t. I, 2004, p. 298.

*excluyente e individual; en cuanto a los poderes que confiere es un derecho total y soberano; en cuanto a su duración, es un derecho perpetuo.*³⁰¹

Exclusivo. La exclusividad es otra característica básica del derecho de propiedad, reflejo de la corriente individualista que lo implementó. Se relaciona con el carácter absoluto precisamente porque al recaer todas las facultades en un solo titular –la copropiedad es una excepción y la propiedad individual la regla– el individuo (propietario) llega a adquirir un verdadero señorío sobre el bien.

“Por ser absoluto el derecho de propiedad, su titular es, en principio, el único que puede ejercer sobre la cosa las atribuciones que lleva consigo: un propietario no tiene que soportar a nadie, sea quien sea.”³⁰²

También implica una potestad elemental: excluir a las demás personas no titulares, lo que corresponde a la facultad de defensa y exclusión. Nuevamente una de las características, analizadas en el capítulo anterior, incompatibles con la teoría de los derechos fundamentales acogida en este trabajo.

“El derecho de dominio supone, como es lógico, la posibilidad de monopolizar el goce de una cosa. La facultad de exclusión se canaliza sobre todo a través de las acciones protectoras del dominio, pero tiene un aspecto preventivo, que mencionan algunos preceptos de nuestro Código Civil. Se trata, sobre todo, de obtener una perfecta individualización de la cosa, especialmente cuando es inmueble...”³⁰³

Por último, el dominio tiene la característica de ser **perpetuo**.

“Perpetuo: El derecho de dominio no requiere que se lo ejercite para conservarlo, es decir, que no se extingue por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, cuyo no ejercicio acarrea su pérdida...”³⁰⁴

El derecho de propiedad desde un punto de vista lógico: nunca se extingue (a menos que el bien objeto de derecho lo haga), puede ser transmisible mediante algún acto o negocio jurídico, pero no se termina. Sin embargo es una característica puesta en

³⁰¹ MAZEAUD Henri, Léon y Jean, Parte Segunda, Vol. IV, *Op. cit.*, p. 34.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ DIEZ-PICAZO Luis, GULLÓN Antonio, *Op. cit.*, Vol. III, p. 118.

³⁰⁴ MARIANI DE VIDAL Marian, *Op. cit.*, pp. 299-300.

entredicho por la nueva posibilidad de extinguir el derecho de propiedad, y de la que ya se hizo una breve mención.³⁰⁵

E. Crisis de la figura tradicional de dominio

El dominio, entendido mediante los tres atributos ya estudiados es en sí mismo un contrasentido, ya que se opone a la idea del derecho de propiedad como unitario y absoluto.³⁰⁶

Siguiendo la doctrina del derecho de propiedad como *plena in re potestas*, hay una corriente de pensamiento, principalmente de origen anglosajón, que tiene por factor determinante para la configuración del derecho real de dominio la concurrencia de una determinada suma de atributos, a lo que se denomina *paradigma cuantitativo de la propiedad*. Implica a su vez la idea de que el derecho de propiedad es una suma de derechos o facultades. Esta perspectiva tiene como contraparte al *paradigma cualitativo de la propiedad*, en el cual lo determinante para identificar al derecho de propiedad radica principalmente en la concurrencia de la eficacia *erga omnes* y el *ius abutendi*, es decir el derecho de disponer de la titularidad de los bienes objeto de propiedad, por considerarla la facultad más elemental;³⁰⁷ algo que ya había sido resaltado en la definición dada por CARBONNIER.³⁰⁸

Dice SCHWEMBER que la base del paradigma cualitativo se encuentra en la *tesis de la disponibilidad general de los bienes*. Para la explicación del origen de dichas tesis acude a los filósofos del idealismo alemán, en especial a KANT. En ellos la propiedad se justifica en tanto condición necesaria de la expresión o realización de la libertad en el mundo sensible.

“Pero además Kant parece creer –y es bastante verosímil, por cierto– que no se ganaría mucho si se pudiera justificar la tesis de la disponibilidad de los bienes pero no su posterior apropiación privada. Por ello, desde el punto de vista trascendental, la justificación de la disponibilidad de los bienes constituye solo el

³⁰⁵ Véase *supra* pp. 104-105.

³⁰⁶ v. LOPEZ y LOPEZ Ángel M., El derecho de propiedad. Una *relectio*, *Anuario de derecho civil*, España, Vol. 51, N°. 4, 1998, p. 1644.

³⁰⁷ v. SCHWEMBER AUGIER Felipe, ¿*Plena in re potestas*? Paradigmas y problemas en torno a la definición de la propiedad en la filosofía política y jurídica contemporánea, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°. 15, 2012, p. 68, <http://www.rtfed.es>, consultado el 10 de abril de 2013.

³⁰⁸ Véase *supra* n. 298, p. 166.

primer tramo que debe recorrer la filosofía del derecho para reconstruir el conjunto total de las condiciones necesarias para la realización de la acción libre en el mundo sensible. El segundo, lo constituye la justificación del efecto *erga omnes* inherente a la propiedad.”³⁰⁹

Lo que a primera vista notamos es la ya criticada unión de dos situaciones jurídicas contrapuestas dentro del derecho de propiedad: la libertad, por un lado, y la disposición de la titularidad sobre bienes determinados así como la oponibilidad a terceros, por el otro. Sin embargo creemos que la confusión no afecta el argumento de la esencialidad del *ius abutendi* como consecuencia de la tesis de la disponibilidad de los bienes, siempre que se entienda disponibilidad no en su sentido genérico, sino como la posibilidad de disponer de la titularidad de los bienes específicos objeto de propiedad, y desde un punto de vista estrictamente concerniente al negocio jurídico. El mismo utilizado por SCHWEMBER con posterioridad, en su conclusión —esta vez de forma correcta—, para enumerar los alcances de la tesis de la disponibilidad general de los bienes para la propiedad, dentro del paradigma cualitativo:

“Si efectivamente la facultad de disposición es la facultad esencial, definitiva de la propiedad (y en el entendido de que la facultad de disposición se materializa en la destrucción o enajenación de la cosa), la *alienabilidad*, entonces, podría servir como criterio para determinar qué cosas (corporales e incorpóreas) son susceptibles de ser objeto de la propiedad. En consecuencia, y en conformidad con dicho criterio, las cosas o los bienes que no son susceptibles de ser alienadas o transferidas a otros, no son susceptibles tampoco de propiedad.”³¹⁰

Consecuentemente bajo esta tesis la disponibilidad de la titularidad del derecho de propiedad y el efecto *erga omnes* son los elementos que determinan cuando estamos ante un derecho real de dominio. Por el contrario atribuírselo a una enumeración más o menos amplia de facultades, como pretende el paradigma cuantitativo, no aporta un criterio explicativo satisfactorio.

³⁰⁹ SCHWEMBER AUGIER Felipe, *Op. cit.*, p. 93.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 99.

De esta conclusión se desprende que todo aquel bien o derecho imposible de transmitir no puede ser considerado un derecho de propiedad, como sería el caso de los llamados derechos de la personalidad, o bien de los derechos fundamentales. Lo que nos conduce nuevamente a la imposibilidad—bajo una correcta teoría— de admitir a la propiedad privada como derecho fundamental, ya que éstos en ningún caso pueden ser transmisibles.

Sección II

Ruptura del concepto unitario de derecho de propiedad

En este punto nos colocamos ante un derecho de propiedad enfrentado a nuevas estructuras sociales y económicas que reclaman cambios profundos. Las decadentes condiciones sociales provocadas por el derecho de propiedad clásico y por la revolución industrial, dejan manifiesta la imperante necesidad de someter a la propiedad privada no solo a los intereses individuales de su titular, sino también a los intereses sociales; es así como comienza a tomar fuerza la teoría de la función social del derecho de propiedad, la cual se analizará seguidamente.

Pero también las nuevas necesidades del modelo capitalista pugnaban por aprovecharse del nuevo paradigma para continuar beneficiándose de esta institución. En este contexto la teoría pluralista del derecho de propiedad permite mostrar cómo los intereses económicos coadyuvan para que el régimen de la propiedad privada que, pese a la implementación del principio de función social, continuó manteniendo gran parte de su característico contenido clásico, se expandiera, más expresa y contundentemente, a otros tipos de bienes, como fue el caso de los bienes inmateriales.

A. La función social del derecho de propiedad

Ya que la teoría y la dogmática de la función social del derecho de propiedad marcan un parte aguas en lo que a la transformación del derecho de propiedad se refiere, hemos decidido abordarla por separado, pero antes aclarando que ello no significa que hubiese acontecido de manera aislada respecto de los otros procesos ya mencionados, pues para muchos de ellos fue un factor decisivo.

La función social de derecho de propiedad es el resultado de un nuevo paradigma, uno que vino a modificar profundamente la antigua concepción liberal de la propiedad, la cual

rápidamente demostró ser un verdadero obstáculo para el bienestar social de los seres humanos,³¹¹ tal y como lo habían advertido años atrás los opositores al proyecto burgués que la concibió.

“Los códigos civiles eran depositarios de una amplia idea de libertad como fundamento de la sociedad occidental actual y sin la cual no podríamos vivir, pero al mismo tiempo eran fuente generadora de desigualdades que no eran posibles de aceptar desde el punto de vista ético y moral.”³¹²

Esto se debió principalmente a que la ideología liberal partía de una discriminatoria igualdad formal, proveniente de la perspectiva del sujeto como libre, igual y soberano,³¹³ además de varón, blanco y propietario; pero en la realidad material esta máxima no se aplicaba pues se excluía a toda una clase social, mayoritaria, que contaba solo con su fuerza de trabajo, y más bien se veía perjudicada por todos los privilegios que el derecho civil otorgaba al propietario. De manera que la misma idea de propiedad *igual* libertad, contenida en los códigos civiles, fue causante de esas grandes desigualdades sociales.

Pero para que apareciese la función social del derecho de propiedad también influyeron una serie de factores político-económicos, propios del siglo XIX y de su gran auge industrial y urbano, que apuntaban a la relativización del derecho de propiedad clásico:

“Tras el proceso de industrialización la forma de vida de la ciudadanía va a experimentar un cambio sustancial, tornándose más compleja respecto de lo que ya ocurría en el ámbito rural. Se produce un proceso de migración de las urbes con la consiguiente concentración de las masas de población en reducidos espacios y aumentan los conflictos de intereses derivados del ejercicio del derecho de propiedad... [por otra parte, en cuanto al papel desempeñado por las muchas leyes especiales emitidas en ese entonces, señala]... la posición que asumen las leyes

³¹¹ v. RÍOS ÁLVAREZ Lautaro, El principio constitucional de la función social de la propiedad, *RSJ Tomo LXXXIV*, N°. 2, s. f., p. 116, <http://doctrina.vlex.cl>, consultado el 4 de abril de 2013.

³¹² CORDERO QUINZACARA Eduardo, De la propiedad a las propiedades, la evolución de la concepción liberal de la propiedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXI, 2° semestre de 2008, p. 505, <http://www.scielo.cl>, Consultado el 10 de abril de 2013.

³¹³ v. LÓPEZ Y LÓPEZ Ángel M., *Op. cit.*, p. 1644.

especiales, existentes antes del *Código* unas veces, otras posteriores al mismo, pero que originalmente fueron concebidas como excepciones y fragmentaciones del sistema codificado unitario, pero que adquieren con las grandes crisis derivadas de la Primera Guerra Mundial y revoluciones coetáneas una especial densidad, tanto cuantitativa (por su número, hasta llegar a ser la parte más absoluta del ordenamiento jurídico), como cualitativamente (pierden su carácter jurídico excepcional, pues dejan de ser “legislaciones de coyuntura” y se transforman en normas habituales y permanentes). De esta manera, las Leyes especiales contribuyeron a crear una nueva dimensión o *statu quo* social del Derecho en un camino o dirección que no dejaban posibilidad alguna de retorno.”

Ante esta situación las críticas al modelo liberal de la propiedad, que también sirvieron de sustento e inspiración para el surgimiento de la función social del derecho de propiedad, toparon esta vez con tierra más fértil. Además procedieron de variados frentes como el de los llamados socialistas utópicos (SAINT SIMON, FOURIER, OWEN, PROUDHON, CABET, BLANE), de las ideas marxistas y del socialismo científico (MARX Y ENGELS),³¹⁴ de la sociología de COMTE Y DURKHEIM,³¹⁵ y también desde la doctrina social de la iglesia católica y su concepción cristiano-tomista del derecho de propiedad, de la que se considera como el más importante precedente moderno a la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa LEÓN XIII, con la que comienza a tomar forma lo que la iglesia Católica llamaría la “Cuestión Social”, mediante la cual invita a construir un orden económico fundado en la justicia.³¹⁶

En el campo jurídico la función social de la propiedad estuvo impulsada por juristas como IHERING, quien en su momento afirmó que el derecho de propiedad no podía ser “*un castillo inaccesible... (dejado al arbitrio)... de la incomprensión, el capricho, la terquedad y el más frívolo y desafortado egoísmo del individuo*”, por lo que contra la concepción individualista, propone una “*teoría social de la propiedad.*”³¹⁷ Pero sin duda uno de los más

³¹⁴ CORDERO QUINZACARA Eduardo, *Op. cit.*, p. 505.

³¹⁵ OCHOA CARVAJAL Raúl H., *Op. cit.*, p. 24.

³¹⁶ RÍOS ÁLVAREZ Lautaro, *Op. cit.*, p. 118. Pero lo cierto es que con muchos siglos de anterioridad, los llamados “padres de la iglesia católica” SAN BACILO (330-389), SAN JUAN CRISÓSTOMO (347-407), SAN AGUSTÍN (354-430), SAN JERÓNIMO (340-420) y SAN AMBROSIO (340-397), entre otras destacados intelectuales de la iglesia de ese entonces, arremetieron fuertemente en contra de la propiedad privada por considerar que estaba en contra de los principios cristianos más elementales. v. NOVOA MONREAL Eduardo, *Op. cit.*, pp. 74-76.

³¹⁷ IHERING citado en: *Ibíd.*, p. 47.

representativos fue el iuspublisista francés LÉON DUGUIT, por ser quien, a inicios del siglo XX, aporta una estructura más definida de la función social del derecho de propiedad.

Para DUGUIT el Derecho Subjetivo es la base del sistema jurídico emanado de la Declaración de 1789 y del Código Civil de 1804, y consiste en una construcción de orden metafísico e individualista, artificial y por ende completamente ajena a la realidad social, ya que se reduce al poder de imponer la voluntad de una persona por sobre la de otra.

“Tomad lo que se ha convenido en llamar derechos, los que son más familiares; veréis fácilmente que se traducen siempre de hecho en el poder que tengo de imponer, incluso por la fuerza, a otros individuos mi propia voluntad. [...] Tengo el derecho de propiedad: tengo el poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad, de usar como me parezca de las cosas que posea a título de propietario.”³¹⁸

DUGUIT realiza estas valiosas críticas muy seguramente gracias a la influencia conjunta de las corrientes de pensamiento citadas al inicio, pero principalmente por los estudios sociológicos de COMTE y DURKHEIM, quien fuera su colega. Él mismo destacó de COMTE el haber notado, hacía ya mucho tiempo atrás, estos graves defectos en el sistema jurídico occidental.³¹⁹

En su trabajo DUGUIT opta por una noción realista y socialista, –pero socialista en tanto constituye un sistema jurídico fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo, en oposición al fundado sobre la idea del derecho subjetivo, que por el contrario consiste en un individuo que se opone a los otros–, que necesariamente debe modificar el anticuado derecho de propiedad, implementando en su lugar la función social del derecho de propiedad o *propiedad-función*, como él mismo la denomina.

³¹⁸ DUGUIT Léon, *Las transformaciones del derecho, público y privado*, Buenos Aires, Editorial Helenista, 1975, p. 175.

³¹⁹ “Esto es lo que Augusto Comte, el gran pensador, había afirmado hace más de medio siglo, en términos muy enérgicos, que me permitiré recordarlos: “La palabra Derecho debe ser tan desterrada del verdadero lenguaje político, como la palabra causa del verdadero lenguaje filosófico. De estas dos nociones teológico-metafísicas, la una (la del Derecho) es desde luego inmoral y anárquica, como la otra (la de causa) es irracional y sofística...No puede existir verdadero Derecho sino en tanto que los poderes reguladores de voluntades sobrenaturales. Para luchar contra esas autoridades teocráticas, la metafísica de los cinco últimos siglos introdujo los pretendidos Derechos Humanos, que no entrañaban más que una función negativa. Cuando se ha intentado darles un destino verdaderamente orgánico, pronto han revelado su naturaleza antisocial, tendiendo siempre a consagrar la individualidad. En el estado positivo, que no admite ningún título celeste, la idea del Derecho desaparece irrevocablemente. Cada cual tiene deberes y para con todos, pero nadie tiene algún derecho propiamente dicho... En otros términos, nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber” *Ibid.*, p. 176.

“El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.”³²⁰

De esta forma pareciera que DUGUIT elimina por completo aquel derecho individualista y absoluto que hace del titular un verdadero sobrearado respecto del destino de sus bienes, pudiendo incluso no hacer uso de ellos o destruirlos sin importar los intereses de sus congéneres; pero no es así del todo, más bien modifica su finalidad sin pretender eliminar el derecho de propiedad privada.³²¹ Hecha la aclaración el autor concluye determinando el contenido de la propiedad-función de la siguiente forma:

“1ª El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y específicamente de las suyas propias [...]

2ª El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias.”³²²

La teoría de DUGUIT, de la que solo se ha hecho un breve bosquejo, fue acogida en parte por otros muchos juristas, y decimos en parte porque para el jurista francés “[...] *la propiedad no es un Derecho; es una función social*”³²³ (recordemos que él negaba la existencia del derecho subjetivo por considerarlo artificial y metafísico), pero para la gran mayoría de juristas el derecho de propiedad como derecho subjetivo debía mantenerse, eso sí, aplicándosele la función social de forma externa. De manera que para éstos el derecho

³²⁰ DUGUIT Léon, *Op. cit.*, p. 179.

³²¹ “Y trataré de evitar todo equívoco. Jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la noción jurídica sobre la cual descansa su protección social, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que proceden del poder público. Es más, diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional” *Ibid.*, pp. 240-241.

³²² *Ibid.*, p. 243.

³²³ *Ibid.*, p. 179.

de propiedad *tiene* una función social –versus los que creían, al igual que DUGUIT que la propiedad *es* una función social–, tesis que al final es compatible con la concepción clásica del derecho de propiedad pero matizada con la función social, de ahí que RIPERT afirmase que la idea de una función social del derecho de propiedad es la última carta que juega la ideología liberal, en pugna por preservar ese derecho en su sentido absoluto o clásico.

De todas formas esta concepción mayoritaria de la función social del derecho de propiedad representó una variación positiva a favor de los intereses sociales, pero lo cierto es que también constituyó una adaptación de la concepción liberal, que ya de por sí venía experimentándose a raíz de otros factores como por ejemplo la creciente cantidad de leyes especiales que otorgaban regímenes jurídicos distintos entre sí dependiendo del tipo bien, y también las fuertes limitaciones al derecho de propiedad.

Su consolidación definitiva como principio del derecho se da en el campo dogmático al incorporársele en casi la totalidad de constituciones occidentales. Eso sí, manteniéndose la figura del derecho subjetivo de propiedad, al cual se le atribuye una función social.

1. La función social del derecho de propiedad en el derecho constitucional comparado

El primer precedente lo marcó la Constitución de Weimar del 11 de noviembre de 1919, al incorporar la función social, en los términos recién mencionados (manteniendo la concepción liberal de la propiedad), en el último párrafo del artículo 153:

“La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley.

Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización.

La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.”

Este artículo tendrá una influencia similar a la que tuvo en su momento el 544 del Código Civil Francés, ya que también sirvió de inspiración y ejemplo para las futuras constituciones de la segunda posguerra, entre las cuales destacan la Constitución italiana de 1947, aún vigente, que la contempla en el segundo párrafo del artículo 42:

“La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización.

La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, la que determina sus modos de adquisición y de goce, así como sus límites, a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia.”

La actual Constitución alemana o Ley Fundamental del Bonn (1949) utiliza una fórmula más depurada en los artículos 14 y 15, referentes al derecho de propiedad y su respectiva función social:

“Artículo 14:

(1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.

(2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

(3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización.

La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.”

Artículo 15:

Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o de otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la

indemnización. Con respecto a la indemnización se aplicará por analogía lo establecido en el artículo 14, apartado 3, frases 3 y 4.”

La Constitución Política de Costa Rica de 1949, en nuestra opinión, representa una excepción a esta regla, ya que el ordinal 45, sobre la propiedad privada, no hace referencia en un modo satisfactorio a que el derecho de propiedad se encuentre sujeto a una función social, por lo menos en los términos de las constituciones recién analizadas. Veamos:

“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”

Esto se debe a que el primer párrafo del artículo 45 es, en palabras de RODOLFO P. ESCALANTE: “...*casi una copia al carbón del artículo 29 de la Constitución de 1871...*”³²⁴ con excepción del segundo párrafo, agregado con motivo de la reforma introducida por el capítulo de garantías sociales en 1943, reforma realizada en cuanto al derecho de propiedad “*para prevenir que la legislación laboral pudiera ser tachada de inconstitucional.*”³²⁵

Y es que como no podía ser de otra forma, las discusiones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tópico de la propiedad levantaron gran polémica entre los diputados, pues la mayoría conservadora defendía a ultranza la subsistencia de la antigua Constitución de 1871, y solo permitía algunos cambios pero sin modificar su orientación político-filosófica de corte liberal clásico. Según ellos la Constitución de 1871 estaba plenamente vigente porque contenía, en las palabras del Diputado RICARDO ESQUIVEL FERNÁNDEZ, aquellos principios “inmarcesibles” y “eternos” como la igualdad entre los hombres, la libertad personal, el respeto absoluto a la propiedad privada y la libertad de pensamiento, entre otros; en consecuencia no aceptaban la el Proyecto de

³²⁴ PIZA ESCALANTE Rodolfo, “El concepto constitucional de propiedad”, *Constitución Política y propiedad*, San José, Editorial Uruk, 1984, pp. 42-43.

³²⁵ *Ibid.*, p. 43.

Constitución,³²⁶ al cual acusaban de propiciar el “socialismo de Estado” con posturas “extremistas”. Por su parte la minoría que promovía el nuevo proyecto se defendió rechazando dichas aseveraciones señalando que su iniciativa era más bien “progresista”, y aclarando que su interés estaba en darle a Costa Rica una nueva Constitución acorde con las necesidades y condiciones de ese momento histórico; máxime que el país era uno de los pocos del continente americano que no contaba con una Constitución actualizada, como expusieron en concienzudos discursos los Diputados GONZALO ORTIZ MARTIN, FERNANDO VOLIO SANCHO y FERNANDO FOURNIER ACUÑA.³²⁷ Ellos además argumentaban que la función social de la propiedad ya estaba en la Constitución de 1871, agregada mediante la Ley N° 24 del 2 de julio de 1943, y la propuesta solo se encargaba de darle un desarrollo más adecuado.

Sin duda el Proyecto de Constitución contaba con una redacción más actual y acorde con la correcta finalidad de la función social de la propiedad, sin embargo la

³²⁶ Que en lo referente a la propiedad privada decía:

“**ARTICULO 54.-** LA REPÚBLICA RECONOCE Y GARANTIZA LA PROPIEDAD PRIVADA, SIN PERJUICIO DEL DOMINIO EMINENTE DEL ESTADO SOBRE TODOS LOS BIENES EXISTENTES EN EL TERRITORIO NACIONAL.-”

“**ARTICULO 109.-** EL DOMINIO EMINENTE DEL ESTADO SOBRE TODOS LOS BIENES EXISTENTES EN EL TERRITORIO NACIONAL, LE CONFIERE DE MANERA EXCLUSIVA LAS SIGUIENTES FACULTADES:

1º)- IMPONER LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA PARA QUE ESTA CUMPLA SU FUNCIÓN SOCIAL.-

2º)- INTERVENIR O RESERVARSE LA EXPLOTACIÓN DE AQUELLAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN QUE SEA INDISPENSABLE HACERLO PARA RACIONALIZAR EL CRÉDITO O LA PRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y CONSUMO DE LA RIQUEZA.- CUANDO EL EJERCICIO DE ESTA FACULTAD IMPLIQUE EXPROPIACIÓN SE APLICARÁ LO DISPUESTO EN LE INCISO 8º.-

3º)- TOMAR LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA EL ARTICULO 137.-

4º)- FIJAR LOS IMPUESTOS PROCURANDO QUE SEAN PROPORCIONALES Y PROGRESIVOS, ASI COMO DETERMINAR LAS GARANTÍAS PARA SU PERCEPCIÓN.-

5º)- DETERMINAR LA FORMA EN QUE EJERCERÁ LA PROPIEDAD EXCLUSIVA SOBRE LAS AGUAS PUBLICAS, LOS YACIMIENTOS DE CARBÓN, MINAS DE PIEDRAS PRECIOSAS Y MINERALES, LOS DEPOSITOS DE PETRÓLEO Y DE CUALQUIER OTRA SUSTANCIA HIDROCARBURADA EXISTENTE EN EL TERRITORIO NACIONAL.-

6º)- EJERCER AUTORIDAD EXCLUSIVA EN EL ESPACIO SITUADO SOBRE EL TERRITORIO Y AGUAS TERRITORIALES DE LA REPÚBLICA.-

7º)- REGLAMENTAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES, PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE TODA CLASE DE ENERGÍA FÍSICA Y DEMÁS SERVICIOS PÚBLICOS.-

8º)- DECRETAR LA EXPROPIACIÓN DE BIENES POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA O DE NECESIDAD SOCIAL, PREVIA INDEMNIZACIÓN A JUSTA TRANSACCIÓN DE PERITOS.-

9º)- DAR LEYES PARA IMPEDIR TODA PRÁCTICA O TENDENCIA MONOPOLIZADORA.-

10º)- SOMETER A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE INTERVENCIÓN O EXPROPIAR LAS EMPRESAS EN MONOPOLIO DE HECHO.-

11º)- DICTAR LEYES QUE PRESERVEN LA PEQUEÑA PROPIEDAD Y QUE EVITEN EL MANTENIMIENTO DE FUNDOS OCIOSOS CUANDO PUEDAN SER EXPLOTADOS O CULTIVADOS.-

12º)- LIMITAR EL EJERCICIO DEL DOMINIO CUANDO SEA INDISPENSABLE POR MOTIVOS DE DEFENSA NACIONAL.-

13º)- EJERCER SOBERANÍA EXCLUSIVA DENTRO DE LOS LÍMITES QUE PERMITA EL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO, EN LAS ZONAS DEL MAR QUE CORRESPONDAN AL TERRITORIO NACIONAL, TODO SIN PERJUICIO DE LO QUE DISPONGAN TRATADOS INTERNACIONALES.-

14º)- AUTORIZAR A LAS INSTITUCIONES AUTÓNOMAS RESPECTIVAS PARA INTERVENIR EL MERCADO CON EL PROPÓSITO DE REGULAR CIENTÍFICAMENTE LA PRODUCCIÓN Y LOS PRECIOS.- EN LOS CASOS DE LOS INCISOS 1º, 2º Y 3º SE REQUIERE LEY EXTRAORDINARIA.”- «El proyecto de Constitución de la Junta Fundadora de la Segunda República», *El Espíritu de 48*, <http://www.elespiritudel48.org/docu/pc.htm>, consultado el 20 de agosto de 2013.

³²⁷ v. Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949, Acta N°. 45, 46, *Op. cit.*, pp. 353-386

mayoría conservadora se impuso, manteniéndose el artículo anterior (actual artículo 45). Posteriormente el Diputado Carlos Rivera Bianchini presentó un proyecto de Ley para modificar los artículos 45 y 69 de la Constitución Política del 49, pero este nuevo intento de socializar el derecho de propiedad tampoco surtió efectos.

Por esos motivos la actual Constitución tiene –en cuanto a la función social de la propiedad– un articulado tan pobre en comparación a otras naciones, y es del que se ha tenido que valer la Sala Constitucional³²⁸ para desarrollar nuestro limitado principio de función social de la propiedad.

Un ejemplo más reciente y mucho más feliz lo ofrece la Constitución española de 1978, que además posee la destacada particularidad de que en lugar de garantizar el “derecho *de* propiedad” como es el común en la gran mayoría de constituciones, utiliza una nomenclatura diferente: “derecho *a la* propiedad”, la cual cambia por completo su contenido pues al redactarse de esa forma se refiere más bien a un *derecho a ser propietario*, debiendo por tanto corresponderle al Estado español un comportamiento activo tendiente a proveer o facilitar los medios indispensables para que todos posean la cantidad necesaria de bienes; en lugar de solo limitarse a una actitud pasiva de no intromisión, como normalmente corresponde al “derecho *de* propiedad”:

Artículo 33

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

³²⁸ "1.) La inviolabilidad de la propiedad privada es una garantía de rango constitucional recogida por el canon 45 de la Carta Política. Este derecho contrariamente a como se le concebía en otros tiempos, no es de naturaleza estática, sino que conforme a las exigencias de nuestro tiempo se le ha de considerar elástico y dinámico, esto es, que atribuye a sus titulares, tanto interna como externamente las facultades, deberes y limitaciones. **El poder del propietario sobre la propiedad está determinado por la función que ésta cumpla.** El objeto del derecho de propiedad ha sufrido transformaciones importantes. Actualmente, no sólo es tutelable el derecho de los propietarios, sino también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquél. El derecho objetivo enmarca del contenido de los derechos subjetivos. Cada objeto de derecho implica una peculiar forma de apropiación. Así por ejemplo las facultades del dominio relativas a un fundo agrícola son muy distintas de las correspondientes a una finca ubicada en el sector urbano de intensa utilización". **Sala Constitucional**, Resolución 5097-93. Véase en ese mismo sentido las resoluciones 4545-96, 4856-96, 6705-05, 6054-08 y 17214-10, todas de la Sala Constitucional.

La función social vino a responder a la imperiosa necesidad de ponerle coto a ciertos abusos provocados por la concepción liberal del derecho de propiedad, al mismo tiempo que la preservaba. Esa fórmula tan convenientemente ecléctica hizo que fuese ampliamente aceptada, como lo muestran los ejemplos recién mencionados. Pero también fue el efecto de la realidad jurídica, una realidad en la que el derecho de propiedad respondía a criterios funcionales y no sólo a la voluntad soberana del propietario.

De manera que en el fondo los bienes objeto de propiedad, dependiendo de su naturaleza, desempeñan una función específica y a la cual le corresponde un régimen jurídico igualmente específico (y no unitario); así por ejemplo, las casas de habitación destinadas a ser arrendadas poseen legislación, principios y costumbres particulares, en respuesta a su función social, como también debería tenerlo la propiedad intelectual. Es aplicable desde este punto de vista la observación de PUGLIATTI en cuanto a que no hay una función social de la propiedad, sino *funciones sociales concretas*.³²⁹ Comulgando con esa misma lógica está la *teoría pluralista de la propiedad*, la cual creemos es el corolario de todo el proceso de cambio que hemos venido reseñando hasta aquí, pero también el inicio de una nueva forma de interpretación del derecho de propiedad.

B. La teoría pluralista de la propiedad y el paso de la propiedad a las propiedades

El paso de la propiedad a las propiedades es una clara muestra de la llamada *mutabilidad o plasticidad* del derecho. Y para el caso específico del derecho de propiedad fueron dos los principales agentes de cambio, estrechamente relacionados entre sí: en primer lugar la proliferación de leyes especiales completamente funcionales, rompiéndose así la unidad pretendida con el código civil, y en segundo lugar la función social de la propiedad.

Es a FILIPPO VASSALLI en 1938, a quién se le atribuye –siguiendo el ya citado trabajo de CORDERO QUINZACARA– haber sido el primero en desarrollar de forma más sistemática el fenómeno de la pluralidad de propiedades, evidenciado en la imposibilidad material del concepto unitario y absoluto de la propiedad ante la inevitable disgregación de la misma en varias propiedades:

³²⁹ PUGLIATTI citado en: DE LOS MOZOS Jose Luis, “Teoría general de la propiedad”, *La propiedad*, San José, Editorial Juricentro, 1983, p. 32.

“Para corresponder al estado actual de las leyes, que han disciplinado de modo muy variado los poderes del propietario, reconocer que no hay una sola propiedad, que existen más bien propiedades, en cuanto a que el interés público es que la apropiación de los bienes comporta *status diversos* en armonía con los propósitos perseguidos que varían bastante.”

El segundo factor de cambio, que se puede analizar consiste en la función social del derecho de propiedad, a la que se ha calificado como “*la verdadera línea de fractura*” que comenzó a dividir el derecho de propiedad. Éste a su vez se encuentra estrechamente relacionado con el factor anterior.

“Se viene afirmando desde hace mucho tiempo que en el derecho de propiedad “a la verdadera línea de fractura se llega cuando, abandonando la idea de goce *pro se*, se entra en el concepto de función de carácter social”, pues el moderno derecho de los bienes se encuentra caracterizado precisamente por el pasaje de la dimensión estructural a la dimensión funcional, que en el caso de la propiedad deja de ser una fórmula genérica para adquirir el carácter de calificación jurídica.”³³⁰

La diferencia entre ambos está en que la función social tiene la particularidad de incorporar un juicio de valor respecto a la importancia de la función que debe jugar el bien objeto de propiedad para los intereses de una sociedad, colocando el interés colectivo por encima del interés individual del titular; mientras que desde la perspectiva de la pluralidad de leyes especiales destaca un aspecto más bien relacionado con la conveniencia práctica y técnica legislativa.

Posteriormente otros juristas, principalmente italianos, como SALVATORE PUGLIATTI, RODATÀ, y PAOLO GROSSI, desarrollaron más ampliamente la teoría *pluralista de la propiedad*.³³¹

Para entender este cambio en el concepto de propiedad –nos dice ZELEDÓN ZELEDÓN³³²–es necesario tomar en consideración aspecto de orden político-económico. Hay un cambio desde una sociedad de propietarios (de inmuebles) a la que precisamente se

³³⁰ ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo, “Se busca un nuevo concepto de propiedad”, *La propiedad, Op. cit.*, p. 54.

³³¹ v. CORDERO QUINZACARA Eduardo, *Op. cit.*, 514-516.

³³² ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo, “Se busca un nuevo concepto de propiedad”, *La propiedad, Op. cit.*, pp. 49-54.

dirigía el Código Civil, a otra basada en el capital industrial y comercial, la cual tendría su legislación más representativa en el código de comercio.

Así que, en la nueva sociedad capitalista, basada principalmente en el comercio y la industria y ya no tanto en la propiedad inmueble, los bienes de producción se modifican afectando a su vez al derecho de propiedad. Destacamos este factor porque creemos que – aunque no sea precisamente el enfoque dado por el autor citado– más que una variación se da más bien una ampliación de la cantidad y tipos de bienes de producción sujetos a nuevas modalidades de apropiación. Es además una medida evolutiva del capitalismo para ampliar la cantidad de medios de producción, con los que pueda garantizar un aprovechamiento exclusivo mediante la aplicación del derecho de propiedad, el cual, como ya mencionamos, si bien sufrió importantes cambios que limitaron su concepción absoluta, sigue manteniendo un *núcleo duro* consistente en la facultad de disposición de la titularidad y la efectividad *erga omnes*.

“A esto se debe añadir la creación de una categoría multiforme, como son las llamadas “propiedades especiales”, que se han formulado para comprender en ellas diversas formas de pertenencia o de titularidades (minas, aguas, obras literarias, artísticas o científicas [patentes de invención, capital accionario]) que no encajan bajo el concepto de propiedad diseñado por el *Código*. Por último, también aparece lastrada de esta tradición el propio concepto de propiedad asumido en el *Código Civil*.”³³³

Vista de esta forma la *crisis del derecho de propiedad* –llamada así por creerse que constituía una peligrosa degradación del concepto clásico– fue en realidad una conveniente adaptación que debió hacer el liberalismo para su preservación. Sin embargo en la actualidad vemos que derechos como el de acceso a la propiedad y el principio de función social no pasan de ser meros discursos retóricos, que en la práctica son muy pobremente aplicados.

Hasta aquí creemos haber dejado claro cuál es la dinámica y la naturaleza del derecho de propiedad, mismas que juzgamos perfectamente compatibles con los derechos de propiedad intelectual y los derechos patrimoniales de autor.

³³³ CORDERO QUINZACARA Eduardo, *Op. cit.*, p. 518.

Seguidamente se abordará de manera más específica a la propiedad intelectual, enfatizando como se ha hecho hasta ahora en los derechos de autor. Pero también se abordarán otros debates puntuales relacionados con la supuesta fundamentalidad de la propiedad intelectual y/o autoral, y su consecuente colisión con el derecho fundamental de acceso a los beneficios de la cultura.

Capítulo VI

Análisis general de la propiedad intelectual desde una perspectiva crítica

"En la actualidad nos hacen creer que ayudar a un amigo es moralmente equivalente a atacar un barco. Te llaman pirata."

Richard Stallman

La propiedad intelectual también es la propiedad sobre un medio de producción, ya que en eso la ha convertido el mercado capitalista globalizado. La industrial cultural se apoderó de las manifestaciones artísticas y científicas. Con los adelantos tecnológicos incluidos como parte del derecho de acceso a la cultura sucede lo mismo, afectándose áreas especialmente sensibles como el caso de los medicamentos y la tecnología alimentaria. Un patrimonio cultural que debería ser común a todos los seres humanos y estar dirigido a mejorar la calidad de vida, es en realidad la propiedad más preciada de poderosas empresas transnacionales para las que el lucro es más importante que la difusión cultural y el progreso humano.

El régimen de la propiedad intelectual, fruto de este contexto, esconde sus verdaderos fines al punto de usar a los mismos derechos culturales como mampara. En este capítulo final se entrará de lleno a demostrar esta dinámica utilitarista de la propiedad intelectual, tratando de evidenciar sus falacias más recurrentes y de resaltar el grave perjuicio que le infringe al derecho de todo ser humano de acceder a los beneficios culturales, y con ellos a una vida más satisfactoria y digna.

Sección I

Algunos aspectos teórico-filosóficos

Una vez demostrada la plena factibilidad teórica en cuanto a la aplicación del derecho de propiedad privada a los bienes inmateriales, cosa que de por sí en la práctica es evidente, en la presente sección se ahondará en dicha condición, pero más específicamente

en lo referente a los derechos autorales ya que para muchos juristas éstos no pueden ser objeto del derecho de propiedad.

Por otra parte también se comprobará cómo la supuesta incorporación de la propiedad intelectual y/o los derechos de autorales en los más importantes tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos representa un factor determinante para el conflicto entre los conceptos de propiedad intelectual y de acceso a los beneficios culturales. Esta supuesta incorporación es una tesis ampliamente difundida, incluso por ciertas instituciones especializadas en el tema de los derechos humanos, como veremos a continuación.

A. Propiedad intelectual, conceptos básicos

Nuestro punto de partida será el derecho subjetivo de propiedad intelectual, el cual definimos, con base en lo hasta ahora estudiado, como un derecho de propiedad (especial) – por recaer sobre un bien incorporeal (creaciones originales del intelecto humano como pueden ser las obras artísticas, literarias y científicas, las patentes de invención, las marcas o signos comerciales, etc.), y por tener un tiempo limitado– que otorga al titular un poder jurídico con eficacia *erga omnes* junto con otras amplias facultades, de las que es indispensable el *ius disponendi*, es decir, la plena disposición de la titularidad del derecho.

Esta definición es a su vez compatible con los instrumentos legales más influyentes de la materia a nivel nacional, por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución Política:

“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca, o nombre comercial con arreglo a la ley.”

El Código Civil costarricense también sigue la misma línea. Este instrumento legal hace mención del derecho de propiedad autoral –que incluye dentro del Título correspondiente al dominio– en esta forma:

“Artículo 275.- Las producciones del talento humano son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales.”

El jurista italiano GIUSEPPE BRANCA también es partidario de que jurídicamente se haga extensible el derecho de propiedad a los bienes inmateriales, y para ello realiza una

descripción de varios elementos característicos en la propiedad intelectual e industrial que apoyan su posición teórica:

“Las características de uno y otro derecho son: 1) ya lo hemos visto: tienen por objeto un bien inmaterial e incorpóreo (lo que no es de llamar la atención, si se recuerda que no es la cosa en sí lo que cuenta en las relaciones jurídicas, sino lo que de cualquier modo satisface las necesidades humanas [...] tienen una duración limitada en el tiempo, después de la cual, no pasan a otros, sino que dejan de existir para el primitivo titular y para cualquier otros sujeto; 3) son patrimoniales y transferibles, pero a título original no pueden adquirirse sino por la creación de la obra como producto de la *propia* labor intelectual: es ése un nuevo reconocimiento de la importancia que tiene el trabajo del hombre³³⁴ en la moderna sociedad capitalista e individualista; 4) en consecuencia, a nuestro juicio, no son admisibles ni la usucapión, ni la posesión por parte de quien no sea titular.”³³⁵

Por su parte la Sala Constitucional, en el voto N° 2134-95, sostiene una tesis muy similar: “*La propiedad intelectual es un derecho real, en virtud de que supone un poder jurídico ejercitado por una persona determinada, para aprovechar los beneficios personales y patrimoniales producto de su creación, pudiendo oponerse ese derecho erga omnes*”. Más adelante y en cuanto al carácter temporal de la propiedad intelectual indica: “*Lo anterior justifica el por qué la patente tiene un tiempo restringido de duración, que a su vez constituye la característica esencial de este tipo de propiedad, es decir: la temporalidad del derecho.*”

Al tener la propiedad intelectual por objeto un bien inmaterial, las facultades que se le atribuyen evidentemente no pueden ser las mismas del derecho de propiedad sobre bienes materiales, de ahí que sea limitado en el tiempo y no acepte ni la usucapión, ni la posesión.

La doctrina mayoritaria opta por dividir el derecho de propiedad intelectual en dos subcategorías principales: el derecho de autor y conexos, y la propiedad industrial. A grandes rasgos, las obras literarias, artísticas y científicas constituyen el objeto del derecho

³³⁴ Recordemos que LOCKE se sustentó en la teoría del valor del trabajo, vista como uno de los principales fundamentos para la apropiación privada.

³³⁵ BRANCA Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 201.

de autor; las interpretaciones y ejecuciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, las fijaciones de fonograma y las emisiones radiofónicas son el de los derechos conexos. Y el objeto de la propiedad industrial serían las patentes de invención, las marcas, los dibujos y modelos industriales, indicaciones geográficas y la protección contra la competencia desleal.

Otra manera de ver las clases de propiedad intelectual es mediante sus cinco formas básicas: el secreto comercial, la patente, los derechos de autor, las marcas y los diseños, los cuales consisten en:

- “1. El secreto comercial es habitualmente información comercial o industrial valiosa que una empresa quiere evitar que otros conozcan.
2. La patente es el derecho temporal a excluir a otros de utilizar una invención nueva y útil.
3. El derecho de autor es el derecho temporal de un autor o artista a evitar que otros comercialicen copias de su expresión creativa.
4. La marca es comúnmente una palabra o denominación que sirve para identificar exclusivamente la fuente de un producto o servicio.
5. La máscara es la expresión de un diseño de elementos de un chip semiconductor que es exclusiva de su creador; conceptualmente cae entre la patente y el derecho de autor.”³³⁶

Específicamente en cuanto a los derechos de autor, también somos partidarios de la tesis que considera a los llamados derechos autorales, principalmente los intereses patrimoniales, como derechos reales de dominio sobre bienes incorporeales. Por ello es más correcta la denominación “propiedad autoral” en lugar de “derecho de autor” o “derechos de autor”, misma que acogen la Constitución Política y el Código Civil; además, según algunas interpretaciones que analizaremos más adelante, es la aplicada en ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Un claro ejemplo de esta misma tendencia lo encontramos en Italia: “*La jurisprudencia italiana ha considerado al derecho patrimonial del autor como un “derecho*

³³⁶ BRENES Juan Carlos, CRUZ Oscar, *Aplicación de las normas de observancia sobre propiedad intelectual*, San José, Editorial Juritexto, 2007, pp. 15-16.

real sobre bien inmaterial de naturaleza sustancialmente idéntica al derecho de propiedad.”³³⁷ Más adelante nos referiremos a otras tesis relativas a la naturaleza jurídica de los derechos autorales y, principalmente, a las teorías personalistas.

Un inconveniente que puede surgir de esta consideración es la aparente extrapatrimonialidad de los intereses o derechos morales, que también son parte de los derechos de autor; sin embargo, aparte de utilizar una denominación claramente cuestionable³³⁸ esta característica actualmente no parece tan exacta, pero sobre ese punto se ampliará posteriormente en el apartado dedicado a las teorías personalistas de los derechos de autor, dejando solo manifiesta, de momento, esta inquietud.

Y es que para efectos de esta investigación, dado que decidimos dar énfasis al derecho de acceso a la cultura pero desde el enfoque de la cultura humanista, nos centramos principalmente en la propiedad autoral; pero eso no significará que pasamos por alto la imperiosa y *vital* necesidad de denunciar los efectos negativos para los derechos humanos producidos por la propiedad industrial, en razón de la cual se llega a limitar o impedir de plano el acceso a los medicamentos (incluidos dentro de las patentes de invención), permitiendo la apropiación de organismos vivos que estén genéticamente mejorados o no, y resultando entonces múltiples los derechos humanos seriamente afectados por motivo de la propiedad industrial. El derecho a la vida, a la salud, de acceso a los alimentos, a la autodeterminación de los pueblos, de acceso a la cultura, son solo algunos de los derechos a los que se superpone el derecho de propiedad privada intelectual.

Pero como se ha demostrado en el capítulo tercero, el acceso a la cultura humanista, esa cultura mediante la cual el ser humano puede emanciparse de múltiples ataduras personales y exteriores, no es menos importante. Es precisamente la primacía de propiedad autoral, utilizada en la mayoría de los casos por los titulares derivados, una de sus principales barreras –de ahí la motivación para elegir este aspecto en especial–.

Como en repetidas ocasiones hemos mencionado a lo largo de este trabajo, uno de los principales problemas a nivel teórico-jurídico que hace más profundo el conflicto entre

³³⁷ CASTRO LOBO Manuel, *Derechos de autor y conexos en Costa Rica*, San José, Editorial Alma Mater, 1999, p. 26.

³³⁸ “Discutido y censurado el término «derecho moral», está, sin embargo, aceptado doctrinal y legislativamente. Se observó, en efecto, que el término «derecho moral» resulta impropio «al no poder dudar que todo derecho es moral, aunque no toda moral sea derecho»” ESPÍN CÁNOVAS Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 53.

derechos es la inclusión de la propiedad privada, y también, en opinión de una amplia porción de la doctrina, de la propiedad intelectual o bien de la propiedad autoral, dentro de la categoría de los derechos humanos. Ahora mostraremos en qué consisten dichas tesis y cuáles son sus principales argumentos

B. La propiedad intelectual y/o autoral como derecho humano

Debido a la corriente de pensamiento que entre los siglos XVII y XVIII asimiló erróneamente el derecho a la libertad con el de derecho de propiedad privada, se sentó un precedente de tipo ideológico que a la postre conduciría a que se elevase ésta última al nivel de derecho humano. Dicha tendencia, predominante por su conveniencia para los intereses económicos de la clase burguesa-capitalista, en adelante se expandió por la casi totalidad de la doctrinaria jurídica occidental, consolidando la equivocada e interesada fundamentalidad de la propiedad privada y, junto con ella, la de la propiedad intelectual. Esto se consiguió definitivamente con la inclusión expresa dentro de los más relevantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos del derecho de propiedad privada y, posteriormente, con lo que para muchos son los derechos de autor, tal y como se puede apreciar en los artículos 2 y 17 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DUDHC),³³⁹ los artículos 17 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),³⁴⁰ 15 c., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),³⁴¹ el artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CASDH),³⁴² y 14 c., del

³³⁹ Véase *supra* n. 2, p. 8.

³⁴⁰ **Artículo 17. 1.** Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. **Artículo 27. 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. 2. 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.

³⁴¹ **Artículo 15. 1.** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

³⁴² **Artículo 21. 1.** Derecho a la Propiedad Privada. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Protocolo de San Salvador (PSS),³⁴³ –éstos dos últimos dentro de un ámbito regional– y por último a nivel interno de cada país en las Constituciones Políticas; para Costa Rica en los numerales 45 y 47 de la Constitución Política.

Es importante puntualizar cuáles son los principios enunciados por el anterior conjunto de artículos, y por los cuales se cree que la propiedad intelectual es un derecho humano. Se trata, primero, del derecho de “*propiedad privada*” y luego, el derecho de las personas a “*beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*” (este último es el que supuestamente incluye a la propiedad intelectual y/o autoral). Sobre el primero ya nos hemos referido ampliamente, y en resumidas cuentas se trata de una forma de apropiación con efectos *erga omnes*, exclusiva y excluyente, sobre bienes de todo tipo –muebles, inmuebles, corporales, incorporeales, etc.– y que faculta al propietario para disponer de ellos. Cualquier artículo que garantice ese derecho, dentro de un instrumento internacional sobre derechos humanos capaz de hacerlo efectivo o dentro de una constitución política, sería razón suficiente para elevar a rango de derecho fundamental a la propiedad intelectual (propiedad autoral y propiedad industrial) por tratarse de una de las muchas formas de apropiación excluyente. Por otra parte, el segundo incluye una situación un poco diferente pero complementaria o de refuerzo para el primer derecho, que ya de por sí da a los autores la inviolabilidad de su propiedad privada intelectual. La función de éste último es garantizar, puntualmente, una retribución económica para los *autores* de obras literarias, artísticas y científicas. En nuestra opinión ésta es una facultad ya implícita en el derecho de propiedad privada, dada por el *ius fruendi e ius disponendi*, mediante los cuales el autor puede obtener los beneficios económicos mencionados ya sea cediendo la explotación económica de su obra por un periodo determinado o enajenándola del todo.

³⁴³ **Artículo 14.** Derecho a los Beneficios de la Cultura 1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Pese a no cumplir con las características teóricas de los derechos fundamentales, ambos principios son los mayores sustentos dogmáticos usados para justificar la fundamentalidad de la propiedad intelectual, o bien de la propiedad autoral.³⁴⁴

De la lectura de las normas citadas, así como las argumentaciones de quienes las utilizan, nos damos cuenta que los partidarios de la fundamentalidad de la propiedad intelectual o en su defecto de los derechos de autor, han justificado su postura utilizando a los derechos culturales como fundamento, pese a las muchas diferencias que los separan y a los efectos negativos que tienen los primeros, en realidad imposibles de conciliar con los derechos culturales. (En una forma muy similar se utilizaron los derechos de libertad, al

³⁴⁴ “El día 10 de diciembre de 1998 habrán pasado cincuenta años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esta declaración en el artículo 27, párrafo 2, el derecho de autor aparece por primera vez como derecho humano.” UCHTENHAGEN Ulrich, El derecho de autor como derecho humano, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, N°. 3, 1998, <http://dialnet.unirioja.es>, consultado el 20 de enero de 2012., “Finalmente hay que acotar que el derecho de autor en el marco de los derechos fundamentales de cuarta generación protege dos ámbitos de la libertad humana con respecto al sujeto autor: a) Protege la condición de autor a partir de la creación de la obra, en razón de defender una titularidad originaria o derivada. Se trata de reconocer en esta vertiente un atributo humano del creador. b) Protege la libertad de creación generando un margen de protección previo a la creación de la obra que posibilita la libertad de concepción del objeto intelectual.” CASTRO BONILLA Alejandra, Derecho de autor y nuevas tecnologías, *Op. cit.*, pp. 253-254., v. CASTRO BONILLA Alejandra, El derecho de autor como un derecho humano, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, N°. 50, 2002., “Para concluir, se debe reconocer que bajo el concepto de propiedad intelectual yacen derechos que podemos catalogar de fundamentales, los que además están preceptuados en el exhaustivo acervo del Derecho internacional que permite la interrelación entre el derecho de propiedad y otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, el derecho a la información, el derecho a un ambiente saludable, y el derecho al desarrollo. GONZÁLEZ PORRAS Andrés, *La tutela constitucional de la propiedad intelectual*, s. l. n. f., “El reconocimiento en cabeza del derecho de autor de un derecho de propiedad sobre su obra, congénere del derecho de dominio sobre las cosas materiales (muebles e inmuebles), tuvo el propósito –y el valor– de satisfacer los justos anhelos de los creadores, dotándolos de un derecho fundamental, claro e inequívoco” [La autora se refiere a los inicios del derecho de autor (etapa de la revolución francesa), seguidamente señala que en la actualidad ya no es posible asimilar los derechos de autor con el derecho de propiedad y expone sus razones, sin embargo mantiene el criterio favorable a la fundamentalidad de los derechos de autor] “Finalmente en el siglo XX el derecho de autor es universalmente reconocido como *derecho humano*. En la *Declaración Universal de Derechos Humanos* proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, se incluye en el artículo 27 el derecho a la cultura y el derecho de autor.” LIPSZYC Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Editorial UNESCO, 1993, pp. 20, 38., “El derecho que tiene el titular a impedir que terceros hagan copias de su obra sin su autorización es el derecho fundamental amparado en la legislación de derecho de autor. A su vez, el derecho a controlar el acto de reproducción, se trate de la reproducción de libros por un editor o la fabricación por casas discográficas de discos compactos de interpretaciones y ejecuciones grabadas de obras musicales, constituye la base jurídica de muchas formas de explotación de las obras protegidas.” OMPI, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, <http://www.wipo.int/about-ip/es/>, consultado el 20 de mayo de 2013. “La presente ponencia tiene por objeto acreditar la vinculación existente entre los Derechos de Propiedad Intelectual y los Derechos Humanos, y más concretamente como los primeros son una especie de los segundos y coadyuvan a la vigencia y eficacia de otros derechos humanos.” [...] “Los fundamentos de la Propiedad Intelectual se encuentran en los aspectos constitutivos del ser humano, y ésta es inherente a la persona debiéndose por lo tanto proteger adecuadamente a los derechos intelectuales para permitir un desarrollo adecuado e integral de la persona.” VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ Santiago, Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual, *Revista jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, s. f., pp. 1, 13, <http://www.revistajuridicaonline.com>, consultado el 2 de marzo de 2013., “La sistemática invocación del derecho de autor como parte de los derechos humanos, que se efectuara en los convenios y declaraciones internacionales a lo largo de casi medio siglo, dio, como fruto más importante, su incorporación al rango de norma constitucional en numerosos países que modernizaron, de esta manera, su estatuto básico.” GOLDSTEIN Mabel, *Derecho de Autor*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1995, p.39.

ligárseles con el derecho subjetivo de propiedad privada). Y es que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en el Protocolo de San Salvador, se coloca lo que para muchos son los derechos de propiedad intelectual o de autor dentro del mismo artículo que garantiza varios derechos culturales, entre ellos nuestro derecho de acceso a los beneficios de la cultura, con el argumento implícito de que estos dependen uno del otro y por tanto se encuentran estrechamente ligados.

C. Observación general N° 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A raíz de la controversia suscitada entre quienes consideran al derecho de propiedad intelectual como derecho fundamental y sus opositores, en el 2005 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), emitió la Observación general N° 17 donde expone su opinión sobre los alcances del párrafo primero del artículo 15 del PIDESC, además de su relación con la propiedad intelectual y los derechos culturales.

El CDESC es un órgano consultor con independencia de criterio, creado en mayo de 1985 mediante la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para supervisar el cumplimiento del PIDESC. Está formado por 18 expertos independientes, nombrados por periodos de cuatro años.

Las discusiones previas al proceso de redacción de la Observación general iniciaron en 1999. El primer intento de aprobación en el 2004 estuvo lleno de polémica ya que varias ONG denunciaron secretismos en su elaboración. Por otra parte, llama la atención la existencia de discrepancias entre los mismos miembros del Comité, así como las preocupaciones manifiestas de otros órganos de Naciones Unidas en cuanto a los efectos negativos que la Observación general pudiese tener en contra de derechos humanos como el de acceso a los beneficios de la cultura y el derecho a la educación:

“En paralelo al Comité, también otros órganos de derechos humanos de Naciones Unidas abordaban la relación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos. En agosto del 2000 la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adopta la resolución 2000/7 sobre “Propiedad intelectual y derechos humanos”, en la que afirma que existen efectivamente conflictos entre ambos campos y que la propiedad intelectual afecta negativamente a derechos

como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y los derechos de los pueblos indígenas, e insta a los gobiernos a dar primacía a los derechos humanos. Dicha resolución sería seguida por otra, la 2001/21, en la que la Subcomisión señala también los problemas que los derechos de propiedad intelectual causan para la satisfacción de otros derechos, como el derecho al desarrollo a la educación, al trabajo. Por otro lado, tanto el Secretario General de las Naciones Unidas como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y sus Relatores Especiales, han dedicado su atención –y sus críticas– a efectos concretos de la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre los derechos humanos [...]³⁴⁵

Desde el primer intento de aprobación en el 2004 y hasta el 2005, se suspendió toda discusión pública sobre el tema, un indicador que sin duda levanta sospechas sobre el resultado final de la Observación general, de la cual haremos algunas observaciones.

El primer cuestionamiento que se nos presenta, es con relación a algo que, si bien no se puede atribuir directamente al Comité, resulta ser que tampoco éste hace nada por enmendarlo y más bien lo continúa. Se trata de la inclusión del derecho de las personas a beneficiarse de los intereses morales y materiales de sus obras, dentro de un artículo 15, evidentemente abocado a derechos culturales. A nuestro juicio el primer derecho no guarda relación con los derechos culturales, pero ésta es una situación más bien acuerpada en la Observación porque justifica su presencia en el artículo 15 aduciendo que *“fomenta la contribución activa de los creadores a las artes, a las ciencias y al progreso de la comunidad”* (§.4).

Los derechos culturales deben garantizar la libre creatividad, la participación y el acceso a los bienes culturales; mientras el derecho de propiedad intelectual tiene por objetivo garantizar los beneficios económicos de los autores con el fin de retribuir su trabajo intelectual, de manera que se trata de un derecho más bien perteneciente al campo laboral. La creencia en la supuesta función incentivadora ejercida por el derecho a

³⁴⁵ SEUBA Xavier, “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes”, *Herramientas para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Barcelona, Editorial Observatori DESC, 2006, <http://www.upf.edu>, consultado el 2 de mayo de 2013.

beneficiarse de los intereses morales y materiales de las obras para la producción cultural tampoco es un argumento válido para incluirlo como parte de los derechos culturales. Aunque la libertad de pensamiento sea indispensable para el adecuado desarrollo de los derechos culturales, eso sin duda no la hace un derecho cultural. Este tipo de justificaciones forzadas evidencian un poderoso interés en hacer pasar, a toda costa, a la propiedad intelectual por un derecho cultural.

Luego, como un elemento que refuerza nuestra aseveración, el Comité, aunque aparentemente trata de separar la propiedad intelectual del derecho de toda persona a beneficiarse de los intereses morales y materiales de sus obras: *“Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 14.”* (§.3) resaltando, entre otras cosas, las características propias de los derechos humanos que son incompatibles con ella, como por ejemplo la disponibilidad; el resultado final, si unimos sus apreciaciones, es poco satisfactorio debido a la ambigüedad y falta de claridad en sus criterios, lo que a la postre más bien agrava el conflicto entre derechos, o en el mejor de los casos lo mantiene. Veamos, dice el Comité: *“Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana.”* (§.2) En el anterior extracto el Comité señala la incompatibilidad de los derechos humanos con *“la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual”*. Nos preguntamos ¿Cuál sistema de propiedad intelectual no es incompatible con los derechos humanos? ¿Cuál sistema de propiedad intelectual no permite la transmisión de la titularidad de los bienes objeto de propiedad, y además no los limita en el tiempo, como para justificar no incluir a la propiedad intelectual propiamente dicha, en su totalidad? Con esa afirmación sugieren que hay algunos sistemas de propiedad intelectual que no son contrarios a los derechos humanos, pero ¿Cuáles son esos sistemas? Nunca los mencionan porque no existen. Deberían afirmar que la propiedad intelectual, por naturaleza, no es compatible con los derechos humanos, lo que en numerosas ocasiones omite mediante apreciaciones evasivas, pese a reconocer, como consta en la cita recién hecha y en los argumentos de los párrafos 1, 2, 3 y 7, la existencia

de numerosas diferencias teóricas y prácticas por las cuales ambos son completamente incompatibles.

Continuando con esa misma ¿línea? de argumentación, nuevamente en el párrafo segundo concluye: *“Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual...”* Y se repite en el párrafo 10: *“Sin embargo, la protección prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe reflejar necesariamente los medios de protección que se encuentran en los actuales regímenes de derechos de autor, patentes u otros regímenes de propiedad intelectual...”*.

Aún más contradictorio y ambivalente es que en la Observación se proponga a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), un organismo dedicado exclusivamente a la regulación del comercio de bienes objeto propiedad intelectual, como un ente “indicador de puntos de referencia” para la protección de los intereses morales y materiales de los autores: *“Los Estados podrán obtener orientación sobre los indicadores apropiados, que deberían abordar los distintos aspectos del derechos a la protección de los intereses morales y materiales del autor, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, (OMPI) la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y demás organismos especializados del sistema de Naciones Unidas...”* (§.49)

Pero, por si esto fuera poco, también incluye a la Organización Mundial del Comercio (OMC) como organismo de referencia: *“El comité señala que, como miembros de organizaciones internacionales como la OMPI [...] y la Organización Mundial del Comercio (OMC), los Estados Partes tiene la obligación de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las políticas y decisiones de esas organizaciones sean compatibles con las obligaciones que han contraído en virtud del Pacto...”* (§.56) Estas entidades no guardan ninguna relación con los derechos humanos y si partimos de la premisa de que los derechos humanos deben estar completamente sustraídos del comercio, y que en la más básica jerarquía del derecho, están por encima de los *“derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual”*, (§.1) como lo afirma el mismo

Comité ¿porque hacer obligatorios los mandatos de entidades meramente comerciales, que más bien son –como veremos más adelante– quienes propician a escala mundial el desconocimiento de los derechos culturales? Esta medida agrava el conflicto porque son precisamente la OMPI y OMC quienes impulsan (obligan) a nivel mundial a la implementación de plazos de “protección” elevados, de mínimo cincuenta años tras la muerte del autor, y además instan a los estados a prohibir todo tipo de uso no autorizado por sus tratados y convenios.³⁴⁶

Lo correcto sería someter a la OMPI y OMC a las disposiciones de PIDESC y de los organismos especializados en la protección de los derechos humanos, como lo son la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS); pero nunca llegar al absurdo de colocarlos al mismo nivel. Todo lo señalado hasta ahora sobre las marcadas contradicciones en el contenido de la Observación nos hace sospechar aún más sobre si verdaderamente habría algún tipo de injerencia externa presionando al Comité, que hubiese condicionado su opinión.

Salvo algunas excepciones, la Observación general N° 17 contiene una importante cantidad de mitos sobre la propiedad intelectual. En un próximo apartado expondremos más detalladamente cuáles son esos mitos, pero de los incluidos propiamente en la Observación evidenciamos el expresado en el siguiente párrafo: “... *los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las ideas culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en conjunto.*” (§.1) Es preocupante que una entidad en principio garante de los derechos humanos tenga una opinión tan tergiversada sobre la propiedad intelectual. Un régimen jurídico dedicado en su mayoría a guardar el monopolio sobre la explotación económica de bienes culturales no puede hacerse pasar por el mejor amigo y protector de la cultura. La propiedad intelectual solo permite la difusión de una obra si se paga el respectivo tributo económico exigido principalmente por los intermediarios de la industria cultural: su principal finalidad es la económica, antes que

³⁴⁶ Véase *infra* n. 364, pp. 206-207.

la difusión cultural. Entendemos por qué hubo criterios contrarios incluso a lo interno de la comisión, pues es claro que la Observación general en realidad no ayuda a resolver el marcado conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos culturales, sino más bien lo contrario.

Pero también hay que reconocer la presencia de unos cuantos puntos positivos en materia de derechos humanos, entre los que destacamos el dar la razón de lo inapropiado de imponer plazos de “protección” excesivamente amplios: *“El periodo de protección de los intereses materiales en virtud del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe por fuerza abarcar toda la vida del autor.”*(§.16), con lo que estamos plenamente de acuerdo. Pero si se valora en su totalidad la Observación general en realidad no aporta resultados satisfactorios.

D. Teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor

Siendo consecuentes con las premisas teóricas ya expuestas, ninguno de los tipos de derechos de propiedad existentes deben ser considerado como derecho humano, y ya que así lo son la propiedad autoral y la propiedad industrial, la regla les aplica a los dos, por más empeño que se dedique a hacer pasar a la propiedad intelectual como una garantía para la libertad del autor; –mismo argumento usado para la propiedad sobre bienes materiales–, o como un indispensable factor de incentivo al desarrollo cultural; cuando en realidad se trata de una protección para la rentabilidad económica de las obras por las que se benefician principalmente los intermediarios (industriales o comerciantes del la cultura-entretenimiento), quienes reducen a las obras artísticas y literarias a meras mercancías, de las que procuran sacar el máximo beneficio económico al menor costo. Pero aún aceptando hipotéticamente la incompatibilidad del derecho de propiedad privada autoral, debemos insistir en que ningún derecho patrimonial puede ser compatible con los derechos fundamentales, y precisamente el llamado derecho autoral posee un innegable contenido patrimonial. La misma imposibilidad se le aplica a cualquier derecho singular, como es el caso de los derechos morales de autor. Sin embargo la dualidad entre derecho moral (extrapatrimonial e indisponible) y el derecho patrimonial (individual y disponible), contenida en el seno de los derechos de autor, es otro elemento que muestra una incorrecta organización teórica. Nuevamente estamos ante dos situaciones jurídicas de naturaleza

distinta y contrapuesta, conllevando en no pocos casos a la profundización del conflicto entre derechos.

Es por eso que seguidamente analizaremos algunos de los postulados teóricos que más han influenciado en la dualidad señalada: la teoría personalista de los derechos de autor y también las teorías dualistas y monistas.

1. Teorías personalistas. Derechos de la personalidad y derechos personalísimos

Para las teorías personalistas el derecho del autor es un derecho de la personalidad. Son las más antiguas y fueron sostenidas, entre otros, por GIERKE, BESELER, GAREIS Y BIRKMAYER, pero su principal antecedente es IMMANUEL KANT (1724-1804).³⁴⁷

Generalmente se ubican dentro de la categoría de las teorías monistas, llamadas así porque atribuyen a la autoría un único derecho subjetivo que comprende facultades morales y patrimoniales y, según sea el caso, puede predominar la moral o la patrimonial. (Esta teoría tiene mayor acogida en Alemania).³⁴⁸ Sin embargo también pueden estar parcialmente presentes en las dualistas en tanto se crea que el derecho moral es un derecho de la personalidad.

Para KANT “*el derecho de autor es en realidad un derecho de la personalidad, un ius personalissimum [...] el escrito del autor es un discurso dirigido al público a través del editor. En el ejemplar del libro como producto artístico corporal tiene lugar un derecho real. Por otro lado, el libro como mero discurso que el autor dirige a su círculo de lectores representa para Kant un derecho personal.*”³⁴⁹ Esa distinción entre la creación intelectual por un lado y el respectivo soporte material por otro, origina lo que la doctrina conoce comúnmente como *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. El derecho de personalidad señalado por KANT relaciona estrechamente al autor con el *corpus mysticum* creado por él.

Las críticas a la teoría personalista cuestionan la supuesta interdependencia o inherencia de la obra y el autor:

³⁴⁷ DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, Vol. III, *Op. cit.*, p. 211.

³⁴⁸ v. BERCOVITZ Rodrigo, “Introducción a la propiedad intelectual”, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Editorial, Tirant Lo Blanch, 4 ed., 2009, pp. 23-24.

³⁴⁹ LIPSZYC Delia, *Op. cit.*, p. 24.

“Se observa en seguida, una radical disparidad entre el derecho de autor y los demás derechos de la personalidad. En los verdaderos derechos de la personalidad el bien jurídico protegido es siempre un aspecto de la persona, algo que forma parte integrante de la persona y que es indispensable de ella: el cuerpo, el honor, la fama, la imagen, no pueden separarse de la persona. La obra de ingenio, en cambio, una vez creada asume una existencia separada, se independiza del autor, sale de su órbita y gana autonomía. Por eso en algún sentido, la obra es hija del autor. Pero el hijo es algo distinto y separado del padre.”³⁵⁰

Compartimos la apreciación de DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, pues es claro que la obra, pese a emanar del autor, tiene esa posibilidad de separarse de él. Una característica confirmada precisamente por el escritor Jorge Luis Borges, en su relato corto titulado *Borges y yo*, del que rescatamos el siguiente fragmento:

“Nada me cuesta confesar que ha logrado ciertas páginas válidas, pero esas páginas no me pueden salvar, quizá porque lo bueno ya no es de nadie, ni siquiera del otro, sino del lenguaje o la tradición. Por lo demás, yo estoy destinado a perderme, definitivamente, y sólo algún instante de más podrá sobrevivir en el otro.”

Desde una perspectiva ontológica, lo bueno, la literatura, la música, las obras artísticas en general, nacen para expresar algo –como bien lo resalta KANT–, para ser apreciadas; entonces esa es su razón de ser, al igual que la obra científica nace para ser estudiada. Pero también es necesario notar que nacen no solo del autor en tanto sujeto individual, sino que proceden también de una tradición, se forman a partir de ideas y acciones de otros sujetos y por tanto son deudoras de esa tradición, a la cual debe alimentar. Interpretamos que por ese motivo Borges dice que su obra solo pertenece al lenguaje y a la tradición. El escritor argentino con esta metáfora dice que su obra, aunque sirve para justificar su existencia, no se puede entender como algo inseparable de él, porque va más allá, trasciende respecto de Borges.

Pero si se mira el problema desde su faceta estrictamente jurídica, la respuesta es aún más simple, tal como veremos al finalizar este apartado.

³⁵⁰ DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, Vol. III, *Op. cit.*, p. 211.

Continuando el análisis de la justificación de las teorías personalistas, en nuestra opinión, por la naturaleza del contenido de las mismas, así como el momento histórico de su origen (con KANT 1724-1804), es claro que se encuentran estrechamente relacionadas con las tesis liberales responsables de incluir al derecho de propiedad privada en la categoría de los derechos humanos.³⁵¹ Esta teoría hace parecer a la creación intelectual como un bien objeto de un derecho de la personalidad del autor –como lo hizo en su momento JOHN LOCKE, cuando incluyó dentro del mismo concepto de propiedad a los bienes, a la vida y a la libertad, ligando a la persona con su propiedad– Pero lo cierto es que la creación intelectual es, jurídica y materialmente hablando, independiente del autor, haciéndose esto más palpable ante la posibilidad que tiene de disponer o de transferir la titularidad sobre dicha creación (enajenándola, cediéndola, donándola, etc.), mientras que los derechos de la personalidad son imprescriptibles, irrenunciables, indisponibles, e intransmisibles,³⁵² condiciones que se encuentran ausentes tanto en el derecho de propiedad intelectual que se comenzaba a esbozar en ese entonces, como también en el actual. Esto salvo que se entienda al derecho moral del autor como un derecho de la personalidad completamente independiente de los derechos patrimoniales³⁵³ en cuyo caso habría que cuestionarse la aplicación de esas características que le hacen ser un supuesto derecho de la personalidad, pues al menos en la legislación costarricense los derechos morales se han relativizado considerablemente. Por ejemplo el artículo 13 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos vigente dice sobre los derechos morales:

“Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su sesión, el autor conserva sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral.”

³⁵¹ Al respecto hay que recordar las palabras ya citadas de JEAN LE CHAPELIER “El más sagrado, la más personal de todas las propiedades es el trabajo fruto del pensamiento de un escritor (...) en consecuencia, es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten los frutos de su trabajo; es esencial que durante su vida y por algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio sin su consentimiento.”

³⁵² v. BRANCA Giuseppe, *Op. cit.*, p. 104

³⁵³ Así lo sostiene también BRANCA: “El derecho moral de autor o de inventor no debe confundirse con la propiedad de la obra del ingenio [...] una cosa es la propiedad (cuyo contenido es la publicación, la actuación, la utilización de la obra, que es disponible y no entra en los derechos de la personalidad) y otra, es el derecho moral, que se hace valer mediante la reivindicación de la paternidad de la obra o del invento, oponiéndose a la publicación [...] a los plagios, mutilaciones, deformaciones, etc., retirando la obra del comercio por graves razones morales [...] este derecho, atinente a la persona, es intrasmisible, indisponible, etc.” *Ibid.*, p. 106.

Sin embargo en el artículo siguiente, donde se enuncian las facultades del derecho moral, es posible apreciar cómo la indisponibilidad, irrenunciabilidad y perpetuidad, características definatorias, se ven claramente comprometidas.

“... a) A menos que se acuerde de otra manera, mantener la obra inédita, pudiendo aplazar, por testamento, su publicación y reproducción durante un lapso hasta de cincuenta (50) años posteriores su muerte. b) Reivindicar la autoría de la obra. c) Oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o de cualquier atentado a esta que cause perjuicio a su honor o a su reputación. d) A menos que se acuerde de otra manera, retirar la obra de circulación, previa indemnización a los perjudicados con su acción.”

Nuestro punto se aprecia más claramente si comparamos el artículo 14 actual con su antecesor, el aplicado con anterioridad a la reforma del 2008, sucintada como una de las muchas condiciones de “modernización” del ordenamiento jurídico exigidas para la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos:

“... a) Mantener la obra inédita pudiendo aplazar, por testamento, su publicación y reproducción durante un lapso hasta de cincuenta años posteriores a su muerte. b) Exigir la mención de su nombre o seudónimo, como autor de la obra, en todas las reproducciones u utilizaciones de ella. c) Impedir toda reproducción o comunicación al público de su obra, si se ha deformado, mutilado o alterado de cualquier manera. ch) Introducir modificaciones sucesivas a la obra. d) Defender su honor y reputación como autor de sus producciones. e) Retirar la obra de circulación e impedir su comercio al público, previa indemnización de los perjuicios causados con su acción.”

Modificaciones como éstas abren la posibilidad para que se negocie sobre la aplicación o desaplicación de facultades propias del derecho moral, lo que dentro de la lógica capitalista es perfectamente comprensible, ya que a ningún titular derivado le conviene que el autor posea tales facultades pues pueden llegar a comprometer sus intereses económicos.

En todo caso una adecuada distinción conceptual ayuda a dilucidar mejor el problema. Lo primero es precisar la diferencia entre derechos de la personalidad y derechos personalísimos,³⁵⁴ por cierto es a éstos últimos a los que refiere el artículo 13 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Así las cosas, se está ante un derecho personalísimo cuando “... *el ejercicio y la defensa de una determinada situación de poder solo puede ser realizada por el propio titular: un derecho es personalísimo cuando su ejercicio no puede ser confiado a otro. El carácter de personalísimo encierra una idea de infungibilidad, de imposibilidad de sustitución. [...] implica también la imposibilidad de disponer del poder jurídico que es, por esto mismo, intransmisible, inalienable e irrenunciable.*”³⁵⁵ Una cualidad que consecuentemente no coincide con los derechos de la personalidad, los cuales recaen sobre un bien de la personalidad. De manera que, concluyen DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, “*El derecho de autor contiene facultades que son personalísimas, [como sucede con los derechos o intereses morales] pero no es un derecho de la personalidad.*”³⁵⁶

Ahora bien, aún haciendo esta precisión conceptual es notorio que, salvo la facultad de reivindicar la autoría de la obra, las restantes prerrogativas del derecho moral no son indiscutiblemente indisponibles; así que además de no poder ser un derecho de la personalidad, tampoco sería factible considerado enteramente como un derecho personalísimo. Incluso es factible considerar que por estas aparentes posibilidades de disposición de la titularidad, algunas facultades del derecho moral bien pueden haberse transformado en derechos patrimoniales, aunque aparenten ser extrapatrimoniales.

2. Teorías dualistas y monistas

La dualista es la postura más aceptada en los ordenamientos jurídicos de origen francés. A diferencia de las monistas, en la teoría dualista los derechos morales y patrimoniales son independientes uno del otro porque se les atribuye una naturaleza distinta. Ésta es también la teoría seguida en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.³⁵⁷ La teoría monista,

³⁵⁴ Una distinción obviada por Branca, véase *supra* n. 353, p. 201, y que lo hace incluir a los derechos morales en la categoría de los derechos de la personalidad.

³⁵⁵ DIEZ-PICAZO Luis y GULLÓN Antonio, Vol. III, *Op. cit.*, p. 213.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ “Artículo 13.- Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conserva sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral”

por el contrario, incluye dentro de un único derecho subjetivo a los intereses patrimoniales y morales.

Las teorías dualistas también son objeto de diversas críticas, como por ejemplo la siguiente, hecha desde una perspectiva monista del derecho autoral:

“La más importante y la más grave que puede hacerse a nuestro juicio, es la artificiosidad de escindir una institución unitaria en dos derechos subjetivos diferentes, pues precisamente la característica esencial del derecho subjetivo consiste en su unidad. [...] Pues bien, si esto es así, como parece, no creemos que pueda seriamente pretenderse que en la propiedad intelectual³⁵⁸ hay dos derechos subjetivos distintos: uno patrimonial y otro no patrimonial. La propiedad intelectual, tal y como ha sido configurada por el ordenamiento jurídico, aparece como una situación de poder, única autónoma, independiente y unitaria. Esto no impide que dentro de esta unitaria situación de poder se agrupen facultades de diversa índole.”³⁵⁹

Coincidimos con los profesores españoles en cuanto a que los derechos subjetivos son unitarios y por tanto dividir un derecho subjetivo es un error; pero a diferencia de ellos creemos que las características atribuidas a lo que se conoce como derecho moral (indisponibles y extrapatrimonial –aun sin ser derecho de la personalidad, sino más bien derechos personalísimos) son incompatibles con las particularidades propias de los derechos patrimoniales y específicamente del derecho de propiedad, lo que los hace imposibles de mezclar en un mismo derecho subjetivo, y por tanto los convierte a cada uno en derechos subjetivos independientes.

Sección II

La propiedad intelectual para la industria cultural

En el epílogo de nuestro recorrido, una vez conocidos los antecedentes filosóficos y jurídicos del derecho de propiedad privada capitalista y consecuentemente de la propiedad intelectual, y habiendo evidenciado su origen puramente liberal, iusnaturalista,

³⁵⁸ Para la doctrina española, propiedad intelectual y derechos de autor son sinónimos.

³⁵⁹ DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, Vol. III, *Op. cit.*, pp. 212-213.

individualista y utilitario,³⁶⁰ así como constatando que respondió casi enteramente a los intereses de una clase social privilegiada y minoritaria -dejando marginada al resto de la sociedad-; ahora nos encargaremos de analizar más específicamente las consecuencias que tiene todo ello para el derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.

En otras palabras, después de haber conocido la “razón” usada para justificar la imposición, a nivel mundial, de este instituto (razón que en realidad oculta a la gente sus verdaderas consecuencias y a sus verdaderos beneficiarios), en este último apartado nos abocaremos a cuestionarla, mostrando mediante el análisis crítico y realista las verdaderas intenciones que persiguen los grupos de poder económico –que actualmente se encuentran en *propiedad* de las más grandes empresas transnacionales– con respecto a la propiedad intelectual.

A. Los dueños de la propiedad intelectual

La insaciable necesidad de explotación económica del capitalismo conllevó a que el régimen de la propiedad privada se expandiera a más tipos de bienes, y ya no solo a los materiales. Hoy día la propiedad intelectual, de la mano de la globalización de los mercados, se constituye en uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el neoliberalismo, modelo hegemónico de carácter mundial.

Pero este nuevo modelo, nutrido por la especulación financiera y justificado a partir de premisas puramente ideales, que en palabras de BOURDIEU constituye una “*utopía que viste de razón matemática*”,³⁶¹ es absolutamente ajeno a la realidad social y precisamente por ese motivo sufre una profunda crisis, para muchos irreversible. Y es que al capitalismo le es imposible sopesar los estragos causados por la acumulación de enormes cantidades de capital en muy pocas manos, mientras los niveles de desarrollo económico se mantienen.³⁶² Una de sus estrategias, empleadas para evitar ser aniquilado por su propia crisis y mantenerse a flote al menos unos años más, es precisamente el apoderamiento de

³⁶⁰ Sobre este mismo aspecto pero desde una perspectiva libertaria se puede consultar a: KINSELLA Stephan, «Contra la propiedad intelectual», *Liberalismo.org*, <http://www.liberalismo.org>, consultado el 28 de setiembre de 2013.

³⁶¹ BOURDIEU Pierre, La esencia del neoliberalismo, *Revista Le Monde*, diciembre de 1998, <http://www.analitica.com>, consultado el 2 de julio de 2013.

³⁶² DIERCKXSENS Wim, “Otro mundo es posible, el conocimiento como patrimonio de la humanidad”, *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual biodiversidad y derechos de los pueblos*, Barcelona, Editorial Icaria, 2004, p. 211.

nuevas e importantes canteras para la extracción de ingresos, y la propiedad intelectual es una de ellas:

“Existe, por último, un tercer aspecto más reciente de este cuadro general de respuesta, ligado a los procesos de mundialización de la economía, que consiste en la resituación de la propiedad intelectual como eje cristalizado del comercio internacional. Podría decirse que éste se manifiesta en el consenso de los países desarrollados en el papel inestimable que la propiedad intelectual puede llegar a desempeñar en la eliminación del auténtico registro de la mala situación económica.”³⁶³

Las empresas transnacionales –los factores de poder más influyentes dentro del modelo neoliberal, ya que pueden acumular más capital que los mismos Estados– se apropian de bienes no escasos y disponen de ellos a su antojo. Conforman verdaderos oligopolios, prácticamente invulnerables, gracias al régimen jurídico que los ampara, donde la propiedad privada desempeña un papel medular. Pero no solo se aprovechan de los privilegios otorgados por la apropiación exclusiva de bienes culturales, también son quienes llevan la batuta en lo referente a la producción de leyes para la “protección” de la propiedad intelectual, así como las políticas internacionales que las aplican.

La Ronda de Uruguay, iniciada en 1986, fue uno de los grandes pasos dados por los centros de poder capitalista para asegurar la exclusividad del mercado globalizado, en detrimento de las naciones menos desarrolladas. Ahí se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC), que tuvo como precedente el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés).³⁶⁴ Las negociaciones en la Ronda

³⁶³ SECO MARTÍNEZ José M^a, ““Se ruega no tocar”. Propiedad Intelectual, una nueva forma de apropiación para una vieja sed de conquista”, *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual biodiversidad y derechos de los pueblos*, *Op. cit.*, p. 193.

³⁶⁴ Ya es muy sabido que la OMC, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) son la triada institucional que sustenta la base de las políticas comerciales neoliberales a nivel internacionales, y por tanto cómplices de la cada vez más profunda brecha económica a escala mundial y también de las actuales crisis económicas. Son instituciones que acumulan tanto poder que bien pueden conformar un “gobierno mundial de facto”; sobre este punto señala CHOMSKY: “Dije que el *Financial Times*, el periódico financiero más importante del mundo, avisa que existe un gobierno mundial de *facto*, no de masones sino de empresas transnacionales y de las instituciones que éstas están creando. Analiza al verdadero poder concentrado, a las empresas transnacionales, que son propietarias de casi todo el mundo. Los 500 de *Fortune* poseen en este momento [19 de mayo de 1995] un 63 por 100 del producto interno bruto de los Estados Unidos, y las empresas transnacionales tienen en sus manos una porción muy grande del comercio y la inversión mundiales y están generando un grupo de instituciones de carácter casi gubernamental. El *Financial Times* hace un listado de ellas: El Banco Mundial, el FMI (Fondo Monetario Internacional), antes Consejo del GATT (Acuerdo General sobre aranceles y Comercio), y hoy la Organización Mundial del Comercio. Esta es la visión del *Financial Times*,

de Uruguay versaron sobre temas diversos,³⁶⁵ pero el de la propiedad intelectual seguramente fue de los más fructíferos, principalmente en lo relacionado a la propiedad industrial. Acuerdos referentes a patentes de invención, o tecnologías médicas, alimentarias, informáticas, etc.,³⁶⁶ son de los más perjudiciales para los derechos humanos, con el agravante de que fueron redactados a la medida de las empresas multinacionales más interesadas en el dominio de los mercados relacionados con esas áreas.

“Así, a través del Comité de Propiedad Intelectual, creado seis meses antes del inicio de la Ronda Uruguay que daría nacimiento a la OMC, once grandes compañías (Bristol-Myers, Pfizer, IBM, Monsanto, CBS, Du Pont, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, Johnson & Johnson y Merck) consiguieron extender el régimen de protección de la propiedad intelectual al resto del mundo. Este caso es especialmente relevante porque la industria, tras identificar un problema comercial, vislumbró una solución y la plasmó en una propuesta concreta, buena parte de la cual forma parte del régimen jurídico internacional en esta materia. Tales actores privados, competidores habitualmente, trabajaron juntos, ejercieron su autoridad y consiguieron un resultado que reduce las opciones de ciertos Estados y ciertas empresas, mientras mejora sus propias perspectivas. Por ello se afirma que el régimen de protección de los derechos de la propiedad intelectual de la OMC es una construcción social de agentes privilegiados cuyos intereses fueron articulados a través de los Estados Unidos.”³⁶⁷

que resulta bastante aproximada. Sin embargo, no se trata de una conspiración mayor de la que representan las salas de juntas de las empresas.” CHOMSKY Noam y BARSAMIAN David, *Lucha de clases*, Barcelona, Editorial Crítica, 2003, pp. 92-93.

³⁶⁵ La misma OMC se enorgullece de la amplitud de las negociaciones: “Duró siete años y medio, casi el doble del plazo previsto. Hacia el final participaban en ella 123 países. Abarcó la casi totalidad del comercio, desde los cepillos de dientes hasta las embarcaciones de recreo, desde los servicios bancarios hasta las telecomunicaciones, desde los genes del arroz silvestre hasta los tratamientos contra el SIDA. Simplemente, fue la mayor negociación comercial que haya existido jamás y, muy probablemente, la negociación de mayor envergadura, de cualquier género en la historia de la humanidad.” Organización Mundial del Comercio, «La ronda de Uruguay», <http://www.wto.org>, consultado el 3 de junio de 2013.

³⁶⁶ Sobre ese aspecto señala LUIS PAULINO VARGAS: “Introducir la propiedad intelectual comporta, claramente, un movimiento hacia la consolidación del monopolio científico-tecnológico en manos de los países capitalistas altamente desarrollados y, en un nivel más específico, en manos del capital transnacional que tiene su asiento en esos estados. La normativa en esta materia centralmente responde a un criterio: “proteger el aprovechamiento redituable de una innovación tecnológica, levantando para ello barreras que impiden la utilización de esa tecnología, por nadie más que no sea el titular del derecho jurídico correspondiente.” VARGAS SOLÍS Luis Paulino, *El candado y la llave. Ideología y realidad de la propiedad intelectual*, San José, Editorial EUNED, 2010, p. 70.

³⁶⁷ S. K. SELL citado en: SEUBA Xavier, *Op. cit.*

Entre los muchísimos acuerdos multilaterales que se firmaron como resultado de la Ronda de Uruguay sobresale, para el objeto de esta investigación, el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS en inglés), que forma parte del anexo C1 del convenio para la creación de OMC de 1994 y, obliga a los Estados a implementar, –con la excusa de aumentar el desarrollo– procedimientos y recursos para que los titulares de los derechos puedan hacer efectiva la observancia de los mismos.

JOSÉ M^a SECO, después de analizar el Acuerdo ADPIC, destaca algunos puntos fundamentales que dejan de manifiesto sus verdaderas intenciones. Por ejemplo, para mencionar solo una de las muchas advertencias hechas por el autor, la posibilidad de patentar *cualquier* tipo de bien o procedimiento que cuente con las condiciones de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial; sin importar, como es lógico tratándose de un acuerdo comercial, la necesidad de sectores vulnerables de beneficiarse del conocimiento objeto de propiedad. Concluye:

“El Acuerdo ADPIC se descubre así como una fabulosa máquina de astucias, abordajes, enjuagues, de prácticas oligopólicas y enredos normativos que instaura una nueva forma de saltar pueblos enteros, de reducirlos con la simplicidad de un trámite, de vaciarlos entre clamores y trampas para regodeo de una minoría de países privilegiados.”³⁶⁸

Ésta misma lógica se aplica a la propiedad autoral aunque los efectos son diferentes pues no se impide el acceso a los adelantos tecnológicos, sino al conocimiento científico y a la expresión artística humana.

El acuerdo ADPIC incluyó dentro de su contenido sustantivo el reconocimiento de los Convenios de París, de Berna y la Convención de Roma, con lo que obligó a los 123 países en ese entonces participantes, a ratificarlos si aún no lo habían hecho. Todos los convenios mencionados están integrados, en su gran mayoría, por disposiciones que tienen el único fin de establecer a nivel internacional el cómo y el cuánto para la explotación patrimonial de las obras artísticas y científicas. Así por ejemplo, el Convenio de Berna Sobre la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, mediante el artículo 7.1, extiende

³⁶⁸ SECO MARTÍNEZ José M^a, *Op. cit.*, p. 201.

el periodo productivo (económicamente hablando) de dichas obras a un mínimo de cincuenta años después de la muerte del autor. –En Costa Rica el plazo de “protección” de las obras literarias y artísticas pasó de cincuenta a setenta años, debido a las condiciones impuestas por los Estados Unidos, en razón del TLC firmado con ese país en el 2008 (ver artículo 15. 5. 4 del capítulo 15 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos) –

De manera que el derecho de propiedad intelectual permite/impone la introducción en el mercado globalizado de las obras del ingenio humano, reduciéndolas a simples medios de producción e impidiendo su libre acceso, dadas las abrumadoras limitaciones que esto implica. Incluso las sociedades de gestión de derechos de autor, ideadas para sustraer a los autores de los vaivenes del mercado cultural, siguen estando sujetas a la especulación financiera.³⁶⁹

Son las empresas transnacionales quienes deciden cuál va a ser el modelo jurídico aplicable para la explotación de la industria cultural, y como es lógico las personas y los mismos autores no tienen ninguna participación más que en calidad de consumidores los primeros y de productores de materia prima los segundos. La siguiente cita nos da un claro ejemplo de ello.

“Desde fines de los años 80, empresas como la Walt Disney y la Time Warner comenzaron a preocuparse por algunas de sus obras, cuyos derechos de autor cesarían en los primeros años del nuevo siglo. La Disney se preocupaba por el personaje del Ratón Miguelito (Mickey Mouse), que pasaría a dominio público en 2003, Pluto en 2005 y Pateta y el Pato Donald en 2007 y 2009, respectivamente. La Warner ya se preocupaba por los derechos del personaje Perna Longa, que expirarían en 2015, y por los de una serie de obras cuyos derechos perseguía, entre ellas, la película "Lo que el viento se llevó", en el año 2014; y los de una serie de obras musicales de George Gershwin, entre ellas "Rhapsody in Blue" y la ópera "Porgy and Bess", en 1998 y en 2010, respectivamente.

³⁶⁹ v. DGA Comunes y Cultura Libre, «Capitalismo y propiedad intelectual, trabajo y derechos de autor – I y II», *Rebelión*, <http://www.rebelion.org>, consultado el 4 de junio de 2013.

“Como temían sufrir grandes perjuicios por la pérdida de los derechos de autor, Disney, Warner y la industria cinematográfica hicieron una fuerte campaña de lobby encabezada en el Congreso por el Senador Trent Lott. El resultado fue la ampliación, en 1998, de los derechos de autor con posterioridad al fallecimiento del autor, pasando de 50 a 70 años, para el caso en que el derecho fuese propiedad de una persona, y la ampliación de 75 a 95 años, para el caso en que el derecho fuese la propiedad de una empresa. De esta manera, además de las obras de las dos empresas, ganaban así más de 20 años de explotación comercial exclusiva de las novelas como "El gran Gatsby" de Scott Fitzgerald y "Adiós a las armas" de Ernest Hemingway (cuyos derechos detentados por Viacom vencerían en 2000 y en 2004, respectivamente) y las obras musicales como el "Concierto número 2 para violín" de Prokofiev y "SmokesGet in Your Eyes" de Kern e Harbach (cuyos derechos, de la Bocoyes & Hawks y de la Universal, vencerían en 1999 y en 2008, respectivamente).³⁷⁰

Es un hecho que condicionar el acceso a los bienes culturales al pago de una suma elevada de dinero, mantenida así por muchos años para maximizar los beneficios de las industrias del entretenimiento, limita la difusión del conocimiento y también conlleva a que solo ciertos sectores económicamente privilegiados sean quienes tengan más posibilidad de aprovecharlos, mientras la restante mayoría se ve obstaculizada para hacerlo. Pero el valor económico representa solo una de las muchas formas que tiene la propiedad intelectual para impedir el acceso a las obras, también está la prohibición de distribución, reproducción, y excesivos límites en cuanto a la creación de obras derivadas, entre otras, donde los convenios internacionales de la OMPI y OMC también influyen negativamente.

B. Mitos de la propiedad intelectual, las sinrazones de la razón para la apropiación del conocimiento humano

Posiblemente, bajo la lógica del actual sistema jurídico no existe nada que eventualmente no pueda ser objeto de apropiación humana, pero el colmo llega cuando se decide poner un candado al conocimiento humano y específicamente a las obras producto de su ingenio. La razón jurídica usada para permitirle al capitalismo esto esconde una sin-

³⁷⁰ ORTELLANO Pablo, «¿Por qué estamos en contra de la propiedad intelectual?», *Nodo 50*, <http://www.nodo50.org>, consultado el 5 de marzo de 2012.

razón aun mayor por tratarse en realidad una razón puramente utilitaria e individualista, hecha a la medida de unos cuantos para justificar su supremacía, la cual va en especial detrimento de nuestras naciones latinoamericanas y en general de todas aquellas excluidas de los centros de decisión en política internacional.³⁷¹

“La cultura liberal burguesa moderna y la expansión material del capitalismo produjeron una forma específica de racionalización del mundo. Esta racionalización, considerada como un principio organizativo, se define como una racionalidad instrumental positiva que no libera sino que reprime, aliena, y cosifica al hombre.”³⁷²

Como se ha venido demostrando a lo largo de la investigación, la propiedad intelectual es producto de esa racionalidad liberal burguesa y por tanto responde íntegramente a sus intereses, con el consecuente efecto alienador y cosificador que ello implica. En las siguientes líneas trataremos de desenmascarar o desmitificar dicha razón oficial, mostrando la realidad que esconde tras el discurso legitimador que la hace pasar por un instrumento de desarrollo económico y de incentivo para la creación cultural, entre otros, cuando en realidad sus efectos son precisamente lo contrario: el empobrecimiento económico de las naciones “no desarrolladas” y el de barrera para el crecimiento cultural y por ende, también para el crecimiento de ser humano como tal.

1. Hoy se plantea a la propiedad intelectual como un elemento indispensable para la vida en sociedad, pero lo cierto es que otras culturas prosperaron sin necesidad de la propiedad intelectual. En Grecia, por ejemplo, no se conoció nada similar, no existía dentro de esa sociedad de grandes filósofos, científicos y artistas, figuras jurídicas tan restrictivas como las actuales que “protegiesen” toda esa abundante producción cultural. Tampoco las tuvieron las culturas precolombinas en América y sin embargo su conocimiento técnico en arquitectura y astronomía es sobresaliente. La historia nos demuestra que el ser humano occidental solo empezó a preocuparse por la apropiación de las obras del ingenio humano

³⁷¹ Para un estudio serio sobre la crítica de la Razón Jurídica o Teoría Crítica del Derecho consultar a: WOLKMER Carlos Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006., SOLÓRZANO ALFARO Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, San José, Editorial EUNED, 2010., y DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Editora Desclée de Brouwer, 2003, <http://www.boaventuradesousasantos.pt>, consultado el 11 de julio de 2013, y NIETO Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

³⁷² WOLKMER Carlos Antonio, *Op. cit.*, p. 26.

cuando los beneficios económicos de los intermediarios de la industria cultural se vieron afectados; por ejemplo lo sucedido con la “invención” de la imprenta de tipos móviles de Gutenberg, la cual se convirtió en un detonante para la proliferación de la legislación sobre propiedad autoral. Con esta nueva máquina se deja atrás la copia manuscrita de libros, permitiéndose la producción y reproducción de libros en grandes cantidades a precios mucho más reducidos, o al menos tan reducidos como lo permitan las editoriales. Lo mismo sucede con los medicamentos, ya que antes de su industrialización no existía ningún interés por crear un elaborado sistema legal para regular el uso de las recetas.

2. Esto nos lleva a otro mito muy arraigado en materia de propiedad intelectual. Consiste en la creencia de que la propiedad intelectual protege a la obra, cuando en realidad lo que protege es el beneficio económico obtenido de la obra, pero no la obra en sí; es más, ni siquiera protege la actividad creadora. Por el contrario, todas las restricciones impuestas limitan su difusión y conocimiento, y benefician al autor siempre que su producto sea atractivo para los consumidores. ¿Cómo puede proteger a la obra ya creada (*corpus mysticum*) la prohibición de reproducción a menos que se posea el permiso del titular de los derechos patrimoniales? Acaso no es evidente que la verdadera protección requerida para la obra está en asegurar su libre distribución, para que el mayor número posible de personas la aproveche.

El *software libre* es una exitosa alternativa a las muchas limitaciones de la propiedad intelectual. Básicamente, consiste en todo tipo de herramientas informáticas (con la particularidad de poseer código fuente público), que van desde programas o aplicaciones sencillas y de uso general, hasta *software* especializado y muy complejo, e incluso sistemas operativos. El *software libre* impide, mediante licencias especiales (principalmente la GPL General Public License),³⁷³ la apropiación por parte del o los desarrolladores, permitiéndole al usuario modificarlo a su gusto y aportar, según sus conocimientos, al desarrollo del *software*. Dichas licencias también pueden aplicarse a otras obras literarias, artísticas y científicas, manteniendo los mismos requisitos de libertad. Por el contrario el *software propietario*, amparándose en la legislación sobre propiedad

³⁷³ Para más información de las licencias del proyecto GNU visitar: Sistema Operativo GNU <http://www.gnu.org>, consultado el 6 de junio de 2013.

intelectual, no permite el acceso al código-fuente, no pudiendo ser modificado ni compartido sin incurrir en un delito; además de ser caro.

El acceso al código-fuente es fundamental porque representa la publicidad de todo el saber implementado en la elaboración del *software*, es así porque el movimiento de software libre tiene como premisa ideológica la libertad del conocimiento.

““Software libre” significa que el software respeta la libertad de los usuarios y la comunidad. En términos generales, **los usuarios tienen la libertad de copiar, distribuir, estudiar, modificar y mejorar el software**. Con estas libertades, los usuarios (tanto individualmente como en forma colectiva) controlan el programa y lo que hace.”³⁷⁴

Hoy día el *software libre* está siendo usado por millones de personas en todo el mundo. Es muy fácil adquirir sistemas operativos completamente funcionales, libres, gratuitos y traducidos a gran cantidad de idiomas; incluso los gobiernos europeos y de otras latitudes están migrando a *software libre* por el gran ahorro que les representa. Las licencias de Microsoft son sumamente costosas, hasta para los gobiernos.

Otra alternativa aportada por el movimiento del *software libre* es el *copyleft*³⁷⁵ una nueva forma de compartir contenidos diversos (*software*, música, texto, etc.). Y más recientemente, en el año 2001, se crea la organización sin fines de lucro *Creative Commons* (CC), otra alternativa al *copyright* y a los derechos de autor, la cual permite a los autores elegir, mediante una serie de instrumentos jurídicos (licencias), el nivel de libertades con que deseen distribuir sus obras y, lo pueden hacer de forma onerosa o gratuita (aquí, como en el *software libre* libertad no es sinónimo de gratuidad),³⁷⁶ con la ventaja de que se respetan las ventajas del usuario.

³⁷⁴ Proyecto GNU, «¿Qué es software libre?», <http://www.gnu.org>, consultado el 5 de julio de 2013. RICHARD STALLMAN es el fundador del movimiento del software libre, el cual cimenta su ideología en cuatro libertades esenciales: Libertad 0: La libertad de ejecutar el programa para cualquier propósito. Libertad 1: La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y cambiarlo para que haga lo que usted quiera. (El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello). Libertad 2: La libertad de redistribuir copias para ayudar a su prójimo. Libertad 3: La libertad de distribuir copias de sus versiones modificadas a terceros. (Esto le permite ofrecer a toda la comunidad la oportunidad de beneficiarse de las modificaciones. El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello.)

³⁷⁵ Proyecto GNU, «¿Qué es copyleft?», <http://www.gnu.org>, consultado el 6 de junio de 2013.

³⁷⁶ Para información más detallada sobre las licencias CC v: *About The Licenses*, <http://creativecommons.org>, consultado el 5 de junio de 2013.

Son muchas las páginas *web* de interés científico, artístico e informativo que utilizan las licencias CC, y también son cada vez más los autores que publican sus trabajos utilizándolas, de forma digital e incluso en formato con soporte material. La más esencial diferencia respecto del *copyright* y, a los derechos de autor es la primacía del conocimiento humano por sobre el mercado cultural.

3. También se dice que los derechos patrimoniales percibidos por el autor representan una justa remuneración que incentiva la creación intelectual. Pero eso es una verdad a medias: es cierto que el autor se merece –en algunos casos, como cuando produce de forma independiente y no bajo el auspicio de una universidad o institución pública (por citar un ejemplo, al ser éstas las encargadas de remunerar el trabajo de autor)– recibir una remuneración proporcional al trabajo realizado; pero entonces ¿por qué se mantienen los derechos patrimoniales después de la muerte del autor? No es necesario demostrar que el autor no es capaz de producir después de su muerte, y por tanto su creatividad no necesita ser remunerada después. Con ese argumento no es posible justificar los periodos excesivos de apropiación aplicados a las obras artísticas, científicas y literarias, los cuales, insistimos, son mayormente aprovechados por titulares derivados, quienes en realidad, en su posición de dueños de los medios de producción, se aprovechan de la mano de obra del autor para conseguir benéficos económicos. Esa ha sido la finalidad de la propiedad intelectual desde sus inicios:

“Con la imprenta la producción cultural comienza por primera vez a generar riqueza. El impresor o editor se responsabiliza de una inversión inicial en infraestructura, que luego rentabilizará imprimiendo obras y vendiéndolas al público. Pero era preciso articular un mecanismo legal para asegurar al impresor un beneficio empresarial a cambio de su inversión (talleres, rotativas...). Este mecanismo consistía en un Privilegio, por el cual solamente el impresor, y nadie más, podía editar y distribuir las obras de un cierto catálogo.”³⁷⁷

4. Por otra parte, para negar y esconder la apropiación del conocimiento facultada por la propiedad intelectual, se argumenta que ella no se aplica a las ideas, sino que se aplica sólo a la manifestación de una idea.

³⁷⁷ «Historia de la propiedad intelectual en Propiedad intelectual», <http://www.eoi.es>, consultado el 5 de junio de 2013.

“El derecho de autor se diferencia de la patente porque no protege una idea artística o cultural, sino la expresión de esa idea. En la obra se plasma la forma en que el autor expresa las ideas y les da una forma original.”³⁷⁸

Otro ejemplo de esta creencia ampliamente extendida, pero esta vez empleando un uso terminológico bastante cuestionable, es el siguiente:

“Los defensores de la existencia del derecho de autor consideran que a pesar de que las ideas pertenecen a todos, el autor le da una nueva forma. Lo notable es la elección y combinación de las ideas. [...] los que atacan la existencia del derecho de autor, confunden el orden científico (de dominio público) con el orden artístico que implica el uso de un método, un estilo y un lenguaje muy personal. Si bien las ideas no son objeto de apropiación, sí los signos sensibles que el artista usa para expresarlas.”³⁷⁹

Pero se trata de un argumento falaz ya que una idea si no se manifiesta no es nada, no trasciende, no es útil para nadie, siquiera para su creador, es necesario manifestarla y por eso apropiarse de las manifestaciones es casi como apropiarse de la idea misma.

Este argumento normalmente se acompaña de una ferviente apelación a la *originalidad* de la obra. Se trata de un concepto sumamente subjetivo y cambiante, que en principio pretende identificar el aporte personal del autor como uno de los presupuestos esenciales para la apropiación de la obra. Esa visión liberal donde el sujeto es un individuo apartado de la comunidad, junto con las muchas limitaciones propias de los derechos autorales, desconoce el invaluable e indispensable aporte de otras personas que anteriormente también produjeron obras literarias, artísticas y científicas. Una obra es una suma incalculable de aportes anteriores, donde el aporte original realizado por quien pretende apropiarse de ella es casi siempre relativamente poco, consecuentemente dicha apropiación debe ser la mínima posible, y nunca por períodos tan abusivos como los actuales de hasta setenta años tras la muerte del autor.

³⁷⁸ PALACIOS MONTERO Ingrid, SUÁREZ BALTODANO Pedro, *Ensayos de propiedad intelectual*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 40.

³⁷⁹ CASTRO LOBO Manuel, *Op. cit.*, pp. 59-60.

5. Otra de las muchas bondades atribuidas de la propiedad intelectual, esta vez en cuanto a los Estados, es la supuesta protección del conocimiento perteneciente a cada uno de ellos, ya que los tratados internacionales obligan a las naciones a respetar los bienes intelectuales de los otros. Nuevamente no es cierto, como ya se ha señalado la legislación en su mayor parte está hecha por y para las empresas transnacionales y las naciones desarrolladas que las acogen en sus centros financieros. La propiedad intelectual obliga a pagar a los países del llamado segundo y tercer mundo, pero no aplica a las naciones capitalistas, quienes más bien se apropian del conocimiento milenario de éstas últimas y luego se lo venden a las primeras como si no fuera suyo:

“...las empresas de los EE UU son quienes violan los derechos de propiedad intelectual al apropiarse de los conocimientos ancestrales y plantas con propiedades curativas en los países en desarrollo y menos avanzados, para elaborar patentes y generar ganancias a partir de la “biopiratería”.”³⁸⁰

Es exactamente la misma lógica aplicada desde los orígenes de la propiedad privada, cuando la burguesía creó todo un sistema jurídico para proteger principalmente sus propiedades. Igual sucede con la propiedad intelectual, ya que naciones, ahora desarrolladas, cuando aún no alcanzaban este *status* no aplicaron en su jurisdicción la legislación internacional sobre propiedad intelectual porque atentaba contra su desarrollo, pero una vez alcanzaron una posición ventajosa sí la aplican y actualmente hasta la exigen a las naciones en vías de desarrollo.

“Durante el siglo XIX EEUU permanece fuera del sistema internacional de derechos de autor, no concediendo protección a las obras e invenciones extranjeras (hasta 1861 en materia de patentes, hasta 1891 en copyright). Los EE.UU. renunciaron, durante muchos años, a adherirse al Convenio de Berna (el más importante en materia de derechos de autor), por lo que no ofrecían, en suelo americano, ninguna protección a los autores europeos, y las obras de éstos circulaban en los EE.UU. sin generar derechos a sus creadores. La razón fundamental es que los EE.UU. (y otros países en desarrollo [Japón, Taiwán, Corea del Sur y China]) fueron durante el siglo XIX un deudor neto en derechos

³⁸⁰ Observatorio Sudamericano de Patentes, «Estados Unidos es el país que menos respeta los derechos de propiedad intelectual», *Revista Novo*, 2 de mayo de 2012, *Rebelión*, <http://www.rebelion.org>, consultado el 5 de junio de 2013.

de PI; esto es, que para su desarrollo se apoyaron en invenciones y obras protegidas originadas en otros países, y lo hicieron sin abonar contraprestación alguna.”³⁸¹

6. Todos los anteriores mitos sobre la propiedad intelectual sirven para evidenciar uno igualmente falaz: la supuesta interrelación entre cultura y propiedad intelectual, según el cual la cultura necesita de la propiedad intelectual ¡para preservarse y crecer! Así lo esquematiza RICARDO ANTEQUERA:

“La interrelación se hace por demás evidente en dos derechos como el cultural y el autorial cuando partimos de las siguientes premisas básicas:

SIN AUTOR NO HAY OBRA. TODA CREACIÓN SE NUTRE DE UN ORDEN CULTURAL PREEXISTENTE. LA DESPROTECCIÓN AL AUTOR DESALIENTA LA CREATIVIDAD INTELECTUAL.”³⁸²

Ahora podemos notar más fácilmente el error en este silogismo. La última premisa es falsa: la propiedad intelectual, y específicamente los llamados derechos autorales, no protegen la obra, protegen principalmente las ganancias económicas de los titulares derivados, mientras los autores les proporcionan a bajo costo su trabajo intelectual. La producción cultural es una característica intrínseca del ser humano y solo se limita impidiendo su creación, su expresión o el acceso a esta última, que es precisamente lo que hace la propiedad intelectual. La prueba está en los invaluables aportes culturales de los seres humanos de otros tiempos y de otras regiones, para quienes la propiedad sobre los obras del ingenio humano no existía y sin embargo su legado cultural es vasto e invaluable.

Y es que ¿desde qué tipo de lógica bizarra algo como lo siguiente constituye un incentivo para la creación intelectual?: *“Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagieren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la*

³⁸¹ Historia de la propiedad intelectual en Propiedad intelectual, *Op. cit.*

³⁸² ANTEQUERA PARILLI Ricardo, *Derecho de Autor*, Caracas, Editorial Venezolana C.A., Vol. I., 1998, p. 86.

respectiva autorización.” Lo anterior se vuelve aún más absurdo si se toma en cuenta que las líneas citadas fueron extraídas de un libro que contiene la magnífica novela *Pedro Páramo* de Juan Rulfo (editorial Catedra, 2012), quien de más está decir, ya no se encuentra entre nosotros. Esta es una de las muchas, muy comunes y acaso, temerarias advertencias sobre derechos de autor (propiedad autoral) colocadas al inicio de los libros, y donde claramente se está criminalizando la distribución de la cultura, así como prohibiendo completamente su comunicación al público de cualquier tipo; todo ello en defensa del derecho de propiedad intelectual.

Creemos que ésta equivocada integración de la propiedad intelectual y los derechos culturales bien puede constituirse en otro caso de *inversión de los derechos humanos*,³⁸³ ya que en muchísimas ocasiones se valen de los derechos culturales (consciente o inconscientemente) para legitimar a la propiedad intelectual, ocultando el verdadero efecto negativo y limitador que ejerce contra ellos e inclusive contra los derechos humanos en general. Así es precisamente como, en nombre de la protección de los derechos culturales, unos cuantos, dueños de poderosas industrias culturales, consiguen que se cometan transgresiones a los mismos derechos humanos de toda la población.

³⁸³ Véase *supra* n. 201, p. 104.

Conclusiones

1. El análisis historiográfico del derecho de propiedad nos permitió determinar que éste fue uno de los pilares sobre los cuales se sustentó el proyecto político emprendido por la burguesía europea en los siglos XVIII y XIX, y fue esta misma burguesía quien se encarga de colocarlo como pilar de los nuevos ordenamientos jurídicos surgidos a partir de esta época, y también de ubicarlo dentro de la categoría de los derechos humanos, ignorando su incompatibilidad estructural con dicha categoría y la desigualdad social que el modelo liberal de propiedad privada desencadenaría. De lo que después darían cuenta críticos del derecho de propiedad como Proudhon y Marx.
2. Y es que los derechos patrimoniales, dentro de los cuales se ubica el derecho real de propiedad, no se deben confundir con los derechos humanos ya que su estructura es muy distinta: mientras los derechos humanos son universales, indisponibles, dispuestos por principios de derecho fundamental, y se aplican en la esfera del derecho público mediante relaciones jurídicas intersubjetivas verticales; los derechos patrimoniales y como parte de ellos el derecho de propiedad intelectual, son por el contrario singulares, disponibles, predispuestos por normas, y aplicables en la esfera del derecho privado mediante relaciones jurídicas intersubjetivas horizontales. La creencia más o menos extendida de que el derecho de propiedad intelectual o bien el derecho autoral son, en todo o en parte, derechos humanos, también está cimentada en esta falta de distinción teórica, confirmándose nuestra primera hipótesis, a saber, *la propiedad privada es erróneamente calificada como derecho humano*.
3. El derecho de autor (subcategoría de la propiedad intelectual), así como cualquier otro derecho singular que le otorgue al titular un poder absoluto (*erga omnes*) sobre un bien, material o inmaterial y, al menos, la facultad de disponer de la titularidad de éste (*ius abutendi*), constituye un derecho de propiedad.
4. Por su parte el derecho de acceso a los beneficios de la cultura sí cumple cabalmente los requisitos necesarios para ser un derecho humano, pues además de aportarle numerosos beneficios al ser humano en tanto individuo (desarrollo de la

personalidad, toma de conciencia de la dignidad humana, pensamiento crítico e independiente, contribución como elemento lúdico y de contemplación estética), también lo hace en tanto es parte conformante de una colectividad (por su importancia para el desarrollo de la misma cultura y también para el de los grupos sociales; éste último en un sentido amplio, que no limitándose al desarrollo económico).

5. En nuestra opinión “cultura” es un sistema organizado de normas de comportamientos, conocimientos, creencias, arte, moral, costumbres y otros hábitos y capacidades que influyen como herencia social en el momento en que se integran al ser humano, por educación o imitación, haciendo que éste logre un desarrollo integra pleno, espiritualmente perceptivo y sensible. Puede ser adquirida, percibida, transformada y expresada, como parte del derecho de acceso a los beneficios de la cultura.
6. El derecho de todas las personas a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda en razón de las obras científicas, artísticas y literarias de que sea autora, no es un derecho equiparable al de propiedad intelectual o bien a los derechos de autor.
7. La gran mayoría de la legislación sobre propiedad intelectual, tanto a nivel nacional como internacional, tiene como principal propósito la protección de los beneficios económicos que los propietarios de la industria cultural obtienen de las obras artísticas, científicas y literarias.
8. El derecho de propiedad intelectual no protege al autor o a la obra elaborada por el autor, en realidad protege los beneficios económicos obtenidos a partir de la obra, y éstos a su vez son aprovechados principalmente por los titulares derivados. La propiedad intelectual convierte a la cultura en una mercancía sujeta a las leyes del mercado, lo que empobrece su calidad, además de limitar el acceso a los beneficios de la cultura para todas las demás personas y colectivos.
9. En razón de la función social que debe cumplir la propiedad, establecida en el artículo 45 de la Constitución Política (si bien pobremente incorporada, su contenido bien podría ampliarse jurisprudencialmente o con una necesaria reforma

constitucional, para adecuarlo verdaderamente a las necesidades de la colectividad), la cual también se puede ver materializada mediante el derecho de acceso a los beneficios de la cultura, se le deben imponer una serie de limitaciones que estén dirigidas a facilitar el acceso, el uso y disfrute de los bienes objeto de propiedad intelectual. Además de la función social de la propiedad, el derecho de acceso a la propiedad es indispensable para garantizar el derecho-libertad a ser propietario; a su vez el derecho de acceso a la propiedad está estrechamente relacionado con el derecho al trabajo y a una remuneración laboral justa.

10. La conformación que se dé al derecho de propiedad es determinante para cualquier Estado. Si se desea un modelo social de bienestar, igualitario, respetuoso de la dignidad humana, solidario, democrático y verdaderamente interesado por proteger e incentivar la cultura y sus manifestaciones, no es posible al mismo tiempo establecer un modelo de propiedad absoluto e individualista (propiedad privada), y, en el caso de la propiedad intelectual, con plazos de duración demasiado extensos. Para ser consecuentes –y haciendo referencia específica a la propiedad intelectual– se debe implementar un modelo donde predominen los intereses generales sobre los puramente individuales o comerciales, se garantice el acceso y uso libre, y que además, no se relegue la valiosa labor creativa del autor a un plano secundario.

Bibliografía

1. Tratados

- BONNECASE Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, México, Editorial Pedagógica, 1995.
- CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t I, Vol. I, 1960.
- CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. I, Vol. II, 1960.
- CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. II Vol. I, 1960.
- DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2 ed., Vol. III, 1977.
- HABA Henrique P., *Tratado básico de derechos humanos*, San José, Editorial Juricentro, t. I, 1986.
- JOSSERAND Louis, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial BOSCH, t. I, vol. III, 1950.
- MAZEAUD Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, Parte Primera, vol. I, 1969.
- MAZEAUD Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial EJE, Parte Segunda, Vol. IV, 1969.

2. Libros

- AA. VV., *El concepto de cultura: Textos fundamentales*, Barcelona, Editorial Anagrama, 1975.

- AA. VV., *Constitución Política y propiedad*, San José, Editorial Uruk, 1984.
- AA. VV., *La propiedad*, San José, Editorial Juricentro, 1983.
- AA. VV., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 3 ed., 2007.
- AA. VV., *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 4 ed., 2009.
- AA. VV., *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual biodiversidad y derechos de los pueblos*, Barcelona, Editorial Icaria, 2004.
- ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANTEQUERA PARILLI Ricardo, *Derecho de Autor*, Caracas, Editorial Venezolana C.A., Vol. I., 1998.
- ANTILLÓN Walter, *Teoría del proceso jurisdiccional*, San José, Editorial IJSA, 2001.
- BECCARIA Cesare, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Temis, 2012.
- BOFANTE Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 5 ed., 1979.
- BRANCA Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, México, Editorial Porrúa, 1978.
- BRENES CÓRDOBA Alberto, *Historia del derecho*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.
- BRENES Juan Carlos, CRUZ Oscar, *Aplicación de las normas de observancia sobre propiedad intelectual*, San José, Editorial Juritexto, 2007.
- BUJARIN Nikolái y PREOBRAZHENSKI Eugenio, *ABC del Comunismo*, Barcelona, Editorial Fontamara, 1977.

- BUNGE Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1981.
- CASTRO BONILLA Alejandra, *Derecho de autor y nuevas tecnologías*, San José, Editorial UNED, 2006.
- CASTRO LOBO Manuel, *Derechos de autor y conexos en Costa Rica*, San José, Editorial Alma Mater, 1999.
- CHOMSKY Noam y BARSAMIAN David, *Lucha de clases*, Barcelona, Editorial Crítica, 2003.
- CHOMSKY Noam, *El gobierno en el futuro*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2005.
- COLE (G.D.H), *Historia del pensamiento socialista. Los precursores 1789-1850*, México D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 4 ed., Vol. I, 1975.
- CUCHE Denys, *La noción de Cultura en las ciencias sociales*, Buenos Aires, Editorial Nueva Visión, 2002.
- DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Editora Desclée de Brouwer, 2003.
- DI PIETRO Alfredo y LAPIEZA ELLI Ángel E., *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 2 ed., 1977.
- DUCHROW Ulrich y HINKELAMMERT Franz, *La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad*, San José, Editorial DEI, 2003.
- DUGUIT Léon, *Las transformaciones del derecho, público y privado*, Buenos Aires, Editorial Helenista, 1975.
- ENGELS Friedrich, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Moscú, Editorial Progreso, 1892.
- ESPÍN CÁNOVAS Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.

- FALZEA Ángelo, *Eficacia jurídica*, San José, Editorial IJSA, 3. ed., 2009.
- FERRAJOLI Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 7 ed., 2010.
- FERRAJOLI Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, t. I, 2011.
- FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- FISCHER Gustave Nicolás, *Campos de Intervención en Psicología Social*. París, Editorial Narcea, 1992.
- FRERARO José, *El capitalismo en la doctrina social de la Iglesia. ¿Bien común o propiedad privada?*, México, Editorial Ítaca, 2006.
- GALLARDO Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.
- GOLDSTEIN Mabel, *Derecho de Autor*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1995.
- GOMBRICH Ernts H, *Breve Historia de la Cultura*, México D.F., Editorial Océano, 2ed., 2004.
- GROS ESPIELL Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- GROS ESPIELL Héctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Editorial Libro libre, 1986.
- GURVITCH Georges, *Proudhon. Su vida, su obra y su filosofía*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1974.
- HABA Enrique P., BARTH José F., *Los principios generales del derecho*, Editorial IJSA, 2004.

- HAMPSON Norman, *Historia social de la Revolución Francesa*, Madrid, Editorial Alianza, 1974.
- HERNÁNDEZ MADRÍZ Walter, *Las fronteras de la propiedad intelectual*, Heredia, Editorial Universidad Nacional, 2002.
- HOBBS Thomas, *Leviatán*, <http://es.scribd.com/doc/119487813/Leviatan-Thomas-Hobbes>, consultado el 1 de febrero de 2013.
- IGLESIAS Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ediciones ARIEL, 6 ed., 1972.
- IHERING Rudolph, *La lucha por el derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 3 ed., 2007.
- JELLINEK George, BOUTMY Emile, DOUMEGUE Emile y POSADA Adolfo, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- JIMÉNEZ MADRIGAL Gustavo A., *Modernidad y derechos humanos*, San José, Editorial IJSA, 2007.
- LINTON Ralph, *Cultura y personalidad*, México D.F., Editorial Fondo de Cultura Económica de México, 1969.
- LIPSZYC Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Editorial UNESCO, 1993.
- LOCKE John, *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Editorial ALBA, 2003.
- MARIANI DE VIDAL Mariana, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 7 ed., t. I, 2004.
- MARÍAS Julián, *Historia de la filosofía*, Madrid, Editorial Revista de Occidente, 30 ed., 1978.
- MARX Karl, ENGELS Friedrich, *El capital visto por su autor*, México D.F, Editorial Grijalbo, 1970.

- MERCIER VEGA Luis, *Anarquismo, ayer y hoy*, Caracas, Editorial Monte Ávila, 1970.
- MONDOLFO Rodolfo, *Marx y Marxismo. Estudios Históricos-Críticos*, México D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2 ed., 1975.
- NIETO Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- NOVOA MONREAL Eduardo, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.
- OCHOA CARVAL Raúl H., *Propiedad y dignidad. El derecho de propiedad: ni derecho natural, ni derecho fundamental*, Bogotá, Editorial Temis, 2009.
- OURLIAC Paul y DE MALAFOSSE J., *Derecho Romano y francés histórico*, Barcelona, Editorial BOSCH, t. II, 1963.
- PALACIOS MONTERO Ingrid, SUÁREZ BALODANO Pedro, *Ensayos de Propiedad intelectual*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- PECES-BARBA Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Universidad de Madrid, 4 ed., 1986.
- PEREZ LUÑO Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 10 ed., 2010.
- PROUDHON Pierre, *¿Qué es la propiedad?*, Buenos Aires, Editorial Utopía libertaria, 2005, <http://www.nodo50.org>, consultado el 3 de febrero del 2013.
- ROUSSEAU Jean J., *El contrato social*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003.
- ROUSSEAU Jean J., *El origen de la desigualdad entre los hombres*, Argentina, Editorial Libertador, 2010.
- RUSSELL Bertrand, *Historia de la filosofía occidental*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 2 ed., Vol. II, 1972.

- SOBOUL Albert, *Comprender la Revolución Francesa*, Barcelona, Editorial Crítica, 1983.
- SOLÓRZANO ALFARO Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, San José, Editorial EUNED, 2010.
- ULATE CHACÓN Enrique Napoleón, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, San José, Editorial Cabalsa, 2007.
- VARGAS SOLÍS Luis Paulino, *El candado y la llave. Ideología y realidad de la propiedad intelectual*, San José, Editorial EUNED, 2010.
- WOLKMER Carlos Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 9 ed., 2009.
- ZELEDÓN ZELEDÓN Ricardo, *Derecho Agrario. Fundamentos*. San José, Editorial Investigación Jurídicas, 2007.

3. Revistas

- ALEXY Robert, ¿Derechos humanos sin metafísica?, *Revista Doxa*, N° 30, 2007, <http://rua.ua.es>, consultado el 15 de marzo de 2012.
- ALTIERE MEGALE Ángel, ¿Qué es Cultura?, *Revista Filosófica Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, La Lámpara de Diógenes*, Puebla, N° 4 Vol. 2, 2001, <http://www.lidiogenes.buap.mx>, consultado el 15 de junio de 2012.
- ANTILLÓN Walter, La insoportable levedad del derecho internacional, *Revista de ciencias jurídicas*, San José, N° 108, 2005, <http://www.latindex.ucr.ac.cr>, consultado el 2 de agosto del 2012.
- BOURDIEU Pierre, La esencia del neoliberalismo, *Revista Le Monde*, diciembre de 1998, <http://www.analitica.com>, consultado el 2 de julio de 2013.

- CARPIZO Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, N°. 25, 2011.
- CASTRO BONILLA Alejandra, El derecho de autor como un derecho humano, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, N°. 50, 2002.
- CORDERO QUINZACARA Eduardo, De la propiedad a las propiedades, la evolución de la concepción liberal de la propiedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXI, 2º semestre de 2008, <http://www.scielo.cl>, Consultado el 10 de abril de 2013.
- D´AURIA Aníbal, El Anarquismo ante la propiedad, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Crítica Jurídica*. México D.F. N° 26, 2007.
- GARCÍA CÍVICO Jesús, ¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009, <http://www.rtf.d.es>, consultado el 13 de junio de 2012.
- HABA Enrique P., ¿De qué viven los que hablan de derechos humanos?, *Revista Doxa*, N° 26, 2003, <http://www.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo del 2012.
- HINKELAMMERT Franz, La inversión de los derechos humanos: el caso de Jonh Locke, *Revista Pasos*, San José, N°. 85, 1999, p. 29, <http://www.dei-cr.org>, consultado el 15 de enero de 2013.
- JULIEN François, ¿Son universales los derechos humanos? *Revista Le monde diplomatique en español*, N°. 148, 2008, <http://www.webislam.com>, consultado el 1 de enero de 2013.
- LAGARRIGUE Maximiliano, Propiedad y autoridad en la teoría política de Thomas Hobbes, *Revista electrónica Papeles de trabajo*, N°. 8, nov. 2011, <http://www.idaes.edu.ar>, consultado el 1 de febrero de 2013.

- LOPEZ y LOPEZ Ángel M., El derecho de propiedad. Una *relectio*, *Anuario de derecho civil*, España, Vol. 51, N°. 4, 1998.
- LLOREDO ALIX Luis M., Apuntes para una crítica ideológica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli. Por una (meta) teoría popular del Derecho, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, N° 26, 2012, <http://ojs.uv.es>, consultado el 13 de diciembre de 2013.
- MARLASCA Antonio, El supuesto derecho natural a la propiedad, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XVII (46), 1979, <http://www.google.co.cr>, consultado el 10 de julio de 2012.
- MULLER CRELL Oscar Antonio, La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico valorativa, *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, N° 2, 2009, <http://revistas.javerianacali.edu.co>, consultado el 30 de setiembre de 2013.
- NEIRA Hernán, Límites de la propiedad en John Locke, España, *Cuadernos salamantinos de filosofía del derecho*, N° 29, 2002, <http://www.neira.cl>, consultado el 2 de julio de 2012.
- NEVES Marcelo, La fuerza simbólica de los derechos humanos, *Revista Doxa*, N°. 27, 2004, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo de 2012.
- Observatorio Sudamericano de Patentes, Estados Unidos es el país que menos respeta los derechos de propiedad intelectual, *Revista Novo*, 2 de mayo de 2012, *Rebelión*, <http://www.rebellion.org>, consultado el 5 de junio de 2013.
- PECES-BARBA Gregorio, La universalidad de los derechos humanos. *Revista Doxa*, España, N°. 15-16, 1994, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 1 de enero de 2013.
- PÉREZ LUÑO Antonio, Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), *Revista Doxa*, N°. 4, 1987, <http://bib.cervantesvirtual.com>, consultado el 15 de marzo de 2012.

- RÍOS ÁLVAREZ Lautaro, El principio constitucional de la función social de la propiedad, *RSJ Tomo LXXXIV*, N°. 2, s. f., <http://doctrina.vlex.cl>, consultado el 4 de abril de 2013.
- ROSALES RODRÍGUEZ Amán, Hacia un desarrollo de la cultura y una cultura del desarrollo, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, San José, 1990.
- RUBIO CERRACEDO José, El “discurso de la desigualdad” de Rousseau, como “historia de la filosofía”, *Thémata Revista de filosofía*, N°, 40, 2008. <http://www.publius.us.es>, consultado el 4 de julio de 2012.
- SCHWEMBER AUGIER Felipe, *¿Plena in re potestas?* Paradigmas y problemas en torno a la definición de la propiedad en la filosofía política y jurídica contemporánea, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°. 15, 2012, <http://www.rtfed.es>, consultado el 10 de abril de 2013.
- SEN Amartya, La cultura como base del desarrollo contemporáneo, *Revista Cultura y Desarrollo*, UNESCO, Vol. 2, 2003, <http://www.unesco.lacult.org>, consultado el 3 de julio del 2013.
- UCHTENHAGEN Ulrich, El derecho de autor como derecho humano, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, N°. 3, 1998, <http://dialnet.unirioja.es>, consultado el 20 de enero de 2012.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ Santiago, Derechos humanos y derechos de propiedad intelectual, *Revista jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, s. f., <http://www.revistajuridicaonline.com>, consultado el 2 de marzo de 2013.
- ZOLO Danilo y RÓDENAS UTRAY Pablo, Universalismo y «pluralismo» ante el nuevo orden mundial. Entrevista a Danilo Zolo, *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 27, 2006, <http://e-spacio.uned.es>, consultado el 13 de diciembre de 2013.

4. Sitios Web

- «Arte del Renacimiento en Europa», *Arte España*, <http://www.arteespana.com>, consultado el 10 de julio del 2013.
- «Colonización de África», *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultado el 20 de enero de 2013.
- «Cultura», *Organización de los Estados Americanos*, <http://portal.oas.org>, consultado el 21 de marzo del 2013.
- «Derechos de Tercera Generación o Derechos de Los Pueblos», *Cubaencuentro*, <http://www.cubaencuentro.com>, consultado el 31 de agosto de 2012.
- «El proyecto de Constitución de la Junta Fundadora de la Segunda República», *El Espíritu de 48*, <http://www.elespiritudel48.org>, consultado el 20 de agosto de 2013.
- «Historia de la propiedad intelectual en Propiedad intelectual», <http://www.eoi.es>, consultado el 5 de junio de 2013.
- «Propiedad Intelectual», *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultado el 6 de febrero de 2013.
- «Voltaire y el dinero», *Wikipedia*, <http://es.wikipedia.org>, consultado el 5 de febrero de 2013.
- AUSTIN Tomás M., «El concepto de “Cultura”», 1995, *Página del Profe Tomás Austin M.*, <http://www.lapaginadelprofe.cl>, consultado el 20 de Julio del 2013
- BORÍSOV, Zhamin y MAKÁROVA, ed., «Diccionario de Economía Política», *eumed.net*, 1965 web: <http://www.eumed.net>, consultado el 23 de marzo del 2013.
- Creative Commons, <http://creativecommons.org>, consultado el 5 de junio de 2013.
- DGA Comunes y Cultura Libre, «Capitalismo y propiedad intelectual, trabajo y derechos de autor I y II», *Rebelión*, <http://www.rebellion.org>, consultado el 4 de junio de 2013.

- GIDE Carlos y RIST Carlos, «Proudhon y el Socialismo de 1848», *antorcha.net*, <http://www.antorcha.net>, consultado el 3 de marzo del 2013.
- GIMÉNEZ Felipe, «Lecciones sobre Thomas Hobbes», *Filosofía y educación*, <http://www.filosofia.net>, consultado el 3 de febrero de 2013.
- HERREN Pascal, «Intervención humanitaria en Siria hace 150 años», *Red Voltaire*, 2012, <http://www.voltairenet.org>, consultado el 20 de enero de 2013.
- KINSELLA Stephan, «Contra la propiedad intelectual», *Liberalismo.org*, <http://www.liberalismo.org>, consultado el 28 de setiembre de 2013.
- MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», manuscrito #2, 1844, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo de 2013.
- MARX Karl, «Manuscritos Económicos y Filosóficos», Manuscrito #3, 1844, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo de 2013.
- MARX Karl, «Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política», 1859, *marxists.org*, <http://www.marxists.org>, consultado el 23 de marzo del 2013.
- Ministerio de Cultura y Juventud, <http://www.mcj.go.cr>, consultado el 3 de enero del 2013.
- OMC: <http://www.wto.org>, consultado el 3 de junio de 2013.
- OMPI, «Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos», <http://www.wipo.int>, consultado el 20 de mayo de 2013.
- ORTELLANO Pablo, «¿Por qué estamos en contra de la propiedad intelectual?», *Nodo 50*, <http://www.nodo50.org>, consultado el 5 de marzo de 2012.
- Proyecto GNU, <http://www.gnu.org>, consultado el 6 de junio de 2013.
- Tribunal Dignidad, Soberanía y Paz Contra la Guerra, «EE.UU. + OTAN: La «intervención humanitaria» viola la soberanía y los derechos humanos», *Red Voltaire*, 2006, <http://www.voltairenet.org>, consultado el 20 de enero de 2013.

5. Otros

- *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949*, versión digital revisada por Rodolfo Saborío Valverde, 2005, <http://www.cesdepu.com>, consultado el 25 de abril de 2013.
- ANTILLÓN Walter, *Los derechos y los humanos* (Hipótesis para una introducción al curso), s. l. n. f.
- AUDI Robert, ed., *Diccionario de Filosofía Akal*, Madrid, Editorial Akal, 2004.
- BARRANTES REYNOLDS María P., *El fundamento ideológico de los derechos humanos. Crítica ideológica al discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2008.
- BOETA ÁNGELES Sergio Augusto, “¿Limitar legalmente el acceso a la cultura?”, *Propiedad Intelectual, Nuevas Tecnologías y Libre Acceso a la Cultura*, Centro Cultural de España en México. Universidad de las Américas, 2008, <http://www.ccemx.org>, consultado el 8 de marzo de 2012.
- CABALLERO JUAREZ José A., *La intervención humanitaria en el Siglo XIX*, www.biblio.juridicas.unam.mx, consultado el 20 de enero de 2013.
- FERRAJOLI Luigi, *La Teoría General del Derecho: el objeto, el método, la función*, s. l. n. f.
- FREUD Sigmund, *El malestar en la cultura*, <http://www.dfpd.edu.uy>, consultado el 20 de julio del 2013.
- GAMBONE Larry, Proudhon y el Anarquismo. El pensamiento libertario de Proudhon y el movimiento anarquista, *Red Lion Press*, 1996, <http://disenso.files.wordpress.com>, consultado el 5 de abril del 2013.
- GARCÍA CANCLINI Néstor, *Todos tienen cultura: ¿Quiénes pueden desarrollarla?*, Washington., conferencia dictada en Washington el 24 de febrero

del 2005, con motivo del Seminario sobre Cultura y Desarrollo, en el Banco Interamericano de Desarrollo.

- GONZÁLEZ PORRAS Andrés, *La tutela constitucional de la propiedad intelectual*, s. l. n. f.
- HARNECKER Martha, *Socialismo y Comunismo*, Cuaderno N° 7, España, Editorial Akal, 1979, <http://www.rebellion.org>, consultado el 5 de marzo del 2013.
- PIZA ESCALANTE Rodolfo, *Derecho y derechos humanos*, texto recogido en el Segundo curso interdisciplinario sobre derechos humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos del 6 de setiembre de 1984.
- Proyecto de Ley General de Derechos Culturales, versión preliminar de julio del 2013, <http://politica.cultura.cr>, consultado el 11 de julio del 2013.
- SAN MARTIN SALA Javier, *Teoría de la Cultura*, [Resumen], Madrid, Editorial Síntesis, 1999, <http://www.google.co.cr>, consultado el 15 de enero del 2012.
- SEUBA Xavier, “Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes”, *Herramientas para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Barcelona, Editorial Observatorio DESC, 2006, <http://www.upf.edu>, consultado el 2 de mayo de 2013.
- UNICEF, «Comunicación, desarrollo y derechos humanos», <http://www.unicef.org>, consultado el 7 de agosto del 2012.
- WINOCUR Rosalía, *Cultura y Desarrollo humano. Aportes para la discusión*, México D.F., Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, 2010, <http://www.undp.org.mx>, consultado el 3 de enero del 2013.