

Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la propiedad intelectual

Juan Manuel Terán Contreras

Se exploran los derechos respecto de diversos tipos de bienes intangibles de la cultura contemporánea, desde la perspectiva del carácter personal, patrimonial o colectivo que típicamente se atribuye a tales derechos, a fin de aportar una perspectiva de conjunto que permita visualizar mejor los diversos intereses que pueden entrar en conflicto respecto de dichos bienes y que requieren equilibrio. Al final se plantea que en el fenómeno actual de la celebridad se entrecrucen de manera dramática los tres tipos de derechos. La perspectiva implica que la referencia a "propiedad" intelectual, necesariamente incluye la propiedad privada (derechos personales y patrimoniales) y la propiedad colectiva (derechos colectivos) respecto de los bienes intangibles.

Sumario: Introducción. / I. Una perspectiva diferente sobre los derechos de propiedad intelectual. / II. Los derechos personales. / III. Los derechos patrimoniales. / IV. El proceso político en curso en la propiedad intelectual. / V. Los derechos colectivos. / VI. Excepciones a los derechos exclusivos. / VII. Las marcas colectivas y las denominaciones de origen. / VIII. El dominio público. / IX. El ámbito privado. / X. Los símbolos nacionales, el patrimonio nacional y las ideas. / XI. La cultura popular (el folklore) / XII. Las leyes y la lengua. / XIII. El fenómeno de la celebridad hoy. / Conclusiones.

introducción

Los bienes intangibles en la cultura contemporánea van adquiriendo mayor relevancia frente a los bienes tangibles. Es un lugar común que vivimos hoy sumergidos en un universo de símbolos e información en el que, aun las cosas tangibles que podemos tocar y oler tienen un sentido y una función principalmente simbólica o informativa. Recuérdese la frase de Me Luhan, de que compramos el producto "para acceder a su imagen". Gran parte de la riqueza contemporánea es de carácter simbólico: desde los valores bursátiles (las acciones y los títulos de deuda son meros registros electrónicos respaldados por actos jurídicos) hasta las marcas internacionales notorias (Nike, Coca Cola, etc.), pasando por los ídolos o celebridades cuya realidad es la imagen

que proyectan independientemente de su humanidad corporal y psico-espiritual.

En el derecho, la intangibilización y la simbologización de la cultura y de la economía han repercutido en una importancia creciente de la llamada "propiedad intelectual", un campo jurídico que aglutina el derecho de patentes y el derecho marcario, junto con los derechos de autor y otros ámbitos normativos referidos a intangibles, como los relativos a la biotecnología y a las obtenciones vegetales.¹

1. Vgr. Unión de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes.

La apropiación de intangibles como las invenciones -a través de las patentes-, las marcas -por medio de su registro o uso y las obras científicas, literarias y artísticas-, a través de los derechos de autor, siempre ha presentado problemas especiales. Juegan con la problemática aspectos prácticos -como lo es el hecho de que lo intangible del objeto indirecto de apropiación no es asible ni controlable físicamente, y es por esencia reproducible y comunicable. También juegan aspectos ideológicos-, como lo es la monopolización de la información frente a los reclamos de la libre competencia. Y aspectos ético filosóficos respecto de los méritos y límites de la inventiva, la innovación y la creatividad. Hoy está en boga la ideología simplista del incentivo a la inventiva y creatividad vía el monopolio -más o menos temporal-² de la explotación comercial del intangible supuestamente creado o inventado. El asunto, sin embargo, es mucho más complejo. Cuando esa ideología se hizo constitucional, el tema era marginal. La economía y la cultura no habían sido dominadas por lo intangible y lo simbólico. La inercia del pensamiento no ha reparado seriamente en ello y la tarea de revisión de las viejas premisas no es sencilla. Hay una colisión de perspectivas al respecto entre las culturas tradicionales, comunitarias y solidarias, que comparten espontáneamente los productos de la inventiva, y la cultura tecnológica, individualista y competitiva, que premia la apropiación excluyente.

Este artículo trata de contribuir a una revisión de los temas aglutinados con la etiqueta de "propiedad intelectual", aportando una perspectiva jurídica diferente para ver el horizonte de lo intangible y lo simbólico.

Esta perspectiva diferente deja de lado, inicialmente, la inercia óptica que da por sentada la legitimidad de la "propiedad" intelectual, o sea la adjudicación privada temporal de intangibles supuestamente creados o inventados, como un "incentivo" a la tal creatividad o inventiva. No se trata de cuestionar de entrada la legitimidad de semejante apropiación ni la eficiencia social de semejante in

centivo. Simplemente se deja de lado para revisar en fresco el horizonte de los intangibles que generan el intelecto y el espíritu, y su ubicación típica en la actualidad como bienes colectivos, patrimoniales o personales. La expectativa es que ésta hojeada permita visualizar con otra claridad lo que está en juego cuando se legitima la monopolización temporal privada o se propone como eficiente socialmente el "incentivo" de tal monopolización.

Por ello, la exploración general de los intangibles que se presentan en este artículo se finca en los diversos intangibles de cuño intelectual y espiritual que se presentan en la cultura contemporánea y cómo se van situando por tratamiento típico en la gama de situaciones jurídicas posibles, desde lo colectivo hasta lo personal. Más que una revisión crítica es un reafocamiento de la lente de visualización, para retomar la visión del bosque en la consideración de esos intangibles, incluyendo los que se consideran apropiables.

Este reafocamiento se dirige al mismo tiempo a los procesos histórico-políticos en curso, en el desarrollo de las instituciones jurídicas relativas a los temas de propiedad intelectual, para que sirva en la visualización de las tendencias actuales del tratamiento jurídico de los diversos bienes intangibles que genera la cultura contemporánea. Se trata de apoyar hacia una perspectiva del bosque en el tiempo actual.

1. Una perspectiva diferente sobre los derechos de propiedad intelectual

Para adquirir una visión del sentido de los derechos de propiedad intelectual, es pertinente explorar los derechos personales o individuales, los patrimoniales y los colectivos que pueden recaer sobre bienes intangibles de carácter intelectual o espiritual. Esta perspectiva se puede así contrastar con la visión tradicional de la "propiedad intelectual" enfocada principalmente a los bienes y derechos intangibles de carácter patrimonial y su eventual protección legal.

Los derechos personales o individuales en el campo de la propiedad intelectual se denominan normalmente derechos "morales" porque se vinculan a la personalidad o espíritu del individuo y no están destinados al tráfico mercantil; así, se distinguen de los derechos de carácter patrimonial que, no obstante poderse atribuir también a personas físicas, son susceptibles de tráfico mercantil y, de hecho, éste es su destino natural. En las patentes de invención y en los derechos de autor, tal es el caso de de-

2. La duración del monopolio temporal de explotación comercial respecto de intangibles de "propiedad intelectual" oscila normalmente entre 5 años, renovables ilimitadamente, para las marcas, hasta la vida del autor más 90 años post-mortem para las obras literarias, artísticas y científicas. En México, la vigencia del registro de una marca es de 10 años (Ley de Propiedad Industrial, *en adelante* "LPI", art. 95) y la vigencia de los derechos patrimoniales de autor dura la vida del autor más 75 años (Ley Federal del Derecho de Autor, *en adelante* "LFD", art. 29, fracción I). Algunos derechos de explotación comercial de intangibles, sin embargo, no están limitados temporalmente y su constitucionalidad puede ser cuestionable; tal es el caso de los llamados "secretos industriales" (LPI, art. 82-86 bis 1).

recho de paternidad que se atribuye al inventor o inventores, y al autor o autores, respectivamente, para ser reconocidos como tales,³ independientemente de la titularidad de los derechos patrimoniales respectivos sobre la invención generada o la obra creada. Tanto los derechos morales como los patrimoniales, en tanto que derecho atribuibles a las personas o individuos, son producto histórico de la revolución industrial y burguesa, de la revolución francesa si se quiere, que reconoce los derechos del hombre. Antes, las patentes de invención y de edición de obras eran *privilegios concedidos* por los monarcas, los papas, otras autoridades o estamentos.⁴ La importancia inmensa de los simbólico, informativo y comunicacional llega con la revolución que podemos denominar "comunicacional", parafraseando la consabida referencia a la revolución industrial. Mucha de la riqueza convencional de hoy es puramente simbólica. Pensemos tan sólo en las cifras multimillonarias de cuentas de banco, sueldos, premios, etc. de las estrellas deportivas, cifras que no podrían ser consumidas por sus dueños mediante satisfactores económicos concretos, simplemente porque ni el cuerpo ni el tiempo lo permitirían. Son cifras que operan como meros satisfactores psíquicos de carácter simbólico, denotan capacidades potenciales de consumo irrealizables en la práctica.

II. Los derechos personales

Los derechos estrictamente personales respecto de bienes simbólicos incluyen no sólo los de carácter moral de las creaciones del espíritu, como pueden ser las invenciones y las obras artísticas, también se pueden considerar como tales derechos personales el derecho al nombre y a la imagen personal; como

veremos mas adelante, estos últimos adquieren una importancia patrimonial cuando se trata del nombre o la imagen de personajes famosos, ídolos o celebridades.

Aquí es importante comentar una diferencia radical entre los sistemas de propiedad intelectual de tradición romano-germánica y los de tradición anglosajona, que son las dos grandes tradiciones jurídicas de occidente. En el derecho de tradición romano-germánica se da mayor importancia a los derechos morales de carácter personal que en el derecho de tradición anglosajona, esto es clarísimo tratándose de los derechos de autor. En el derecho romano-germánico se distinguen perfectamente los derechos morales de los autores, de sus derechos de carácter patrimonial destinados al tráfico mercantil; los derechos morales de paternidad e integridad respecto de la obra son irrenunciables, inembargables e imprescriptibles y normalmente no se agotan con el transcurso del tiempo; su ejercicio pasa a los herederos o, a falta de éstos, a las instituciones de salvaguarda del patrimonio nacional. En cambio, los derechos patrimoniales de exclusividad en la explotación de la obra son temporales y, normalmente, susceptibles de enajenación parcial o total sin mayores restricciones. El derecho moral de paternidad que corresponde al inventor también normalmente participa de las mismas características de irrenunciabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad y duración indefinida. Por obvias razones, en el campo de las invenciones, sin embargo, no existe un derecho moral del inventor a la integridad de la invención como el que existe en el terreno de las obras protegidas por derechos de autor. En el derecho de copia anglosajón, lo común es que no se reconozcan derechos morales a los autores, o que, al igual que los patrimoniales, esos derechos como el de paternidad e integridad de la obra sean susceptibles de enajenación, con lo que de hecho, por su mercantilidad su naturaleza es de carácter patrimonial y no de carácter moral. En lugar de ser derechos personales como en la tradición romano-germánica de los derechos de autor, son derechos patrimoniales al igual que los derechos exclusivos de explotación. La diferencia esencial entre ambos sistemas inclusive queda relevada en los términos con que se designan, por una parte, los "derechos de autor" en el derecho romano-germánico y, por la otra, el "derecho de copia" (*copyright*) en el derecho anglosajón.

Los derechos de propiedad intelectual susceptibles de identificarse también como "derechos empresariales", a diferencia de los personales o individuales y los colectivos, son propiamente los derechos de

3. La LPI no menciona el derecho de paternidad del invento; sin embargo, el artículo 4 del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial suscrito y ratificado por México dispone: "El inventor tiene derecho de ser mencionado como tal es la patente". Por lo que respecta a los autores, la LFDA dispone entre los derechos morales del autor: "Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima" (art. 21, fracción II).
4. Vgr. Véase LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, París, Bogotá, Buenos Aires, 1993, pp. 30-31: "Los privilegios eran *monopolios de explotación* que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y librerías, por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura... Los privilegios más antiguos que se conocen son los cedidos por la República de Venecia en 1469, por el plazo de cinco años, a Giovanni Da Spira, introductor de la imprenta en territorio véneto".

carácter patrimonial, respecto de los cuales una empresa o negociación mercantil, puede adquirir derechos de apropiación, control y disposición. Esto es así porque los derechos morales se atribuyen a individuos en lo personal, son derechos vinculados a la personalidad y al espíritu de la persona y, en consecuencia, no son susceptibles de tráfico mercantil, por lo que una empresa o negociación mercantil no puede acceder a su apropiación y control. Los derechos patrimoniales, en cambio, pueden ser atribuidos de origen a una negociación mercantil, o ésta puede acceder a ellos en el curso del tráfico mercantil, mediante su adquisición, licenciamiento, etc. Lo natural, además, lo *in rerum natura*, es que estos derechos de carácter patrimonial se exploten por la vía de la empresa o negociación mercantil, a través de algún contrato que atribuye ciertos derechos a la empresa para llevar a cabo la explotación.

Históricamente, el contraste entre la tradición de los derechos de autor y la del derecho de copia (<copyright), en cuanto a los derechos morales, explicó en buena medida la división de los tratados internacionales de la materia en dos instrumentos diferentes: La Convención de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas,⁵ originado en Europa occidental en 1886 conforme a la tradición romano-germánica, y la Convención Universal sobre Derechos de Autor,⁶ celebrada después de la Segunda Guerra Mundial para acomodar la tradición anglosajona sin compromiso de por medio sobre los derechos morales. La tendencia hoy es a mercantilizar la materia en la línea del derecho de copia (*copyright*), al embate de la acción política de EUA -respaldado por su poder comercial- como país predominantemente de tradición jurídica anglosajona y a través de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como organización sucesora del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en la regulación del comercio internacional. Este último proceso se comenta en detalle más adelante y es otro caso en el que la dogmática jurídica no pudo aislarse de la política, sino que más bien sucumbió a ella.

III. Los derechos patrimoniales

Hoy el enfoque que más se tiende a enfatizar en el campo de los derechos de propiedad intelectual es el empresarial corporativo. En las patentes de propiedad industrial poco se enfatizan los derechos morales del inventor o creador,⁷ en parte quizá porque siempre se han visto los derechos del gestador sobre las creaciones técnicas como menos cercanos al espíritu que los derechos de los autores de obras artísticas como las canciones o los poemas, en los que se expresa el alma, además de que por la propia naturaleza de la invención los derechos morales de los inventores tienen que ser más limitados que los de los autores. Y en el campo de los derechos de autor, los derechos morales de los autores se enfatizan cada vez menos ante el impulso político, claramente de carácter mercantil, con el que últimamente se han tratado los temas de propiedad intelectual.

Al ir adquiriendo mayor importancia económica la simbología, la información y la comunicación, en los países industrializados se ha dado una competencia cada vez más intensa en productos del campo de la propiedad intelectual y en EUA ha surgido la preocupación de proteger mejor los derechos respectivos dentro y fuera del país. En lo interno, para cambiar la actitud tradicional de los tribunales -otrotra poco empática hacia las patentes y otros derechos de propiedad intelectual, por ser éstos contrapuestos a la libre competencia- se estableció en 1982 un tribunal revisor de todas las decisiones jurisdiccionales de primera instancia en la materia,⁸ con una disposición favorable a la defensa de los derechos de propiedad intelectual. En lo externo, se utilizó la amenaza de aplicación de sanciones comerciales a los países que nos protegieran los derechos de propiedad intelectual de las empresas estadounidenses, reformándose para ello en 1988 el artículo 337 de la ley de Aranceles (sobre el comercio exterior) de 1933.⁹ También en lo externo, se llevó el tema al seno del GATT hasta desembocar en el acuerdo de Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

10. En México, el decreto por el que se promulga el texto de la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 1968.
11. En México, el decreto que promulga la Convención Universal sobre Derecho de Autor se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1957.

7. Véase *vgr.* nota 3 *supra*.
8. Este tribunal es la Corte Federal de Circuito de Apelación, el cual en las palabras de un experto, "es una especie de criatura única, un tribunal nacional de apelación para las patentes" WARSHOFKY, Fred, *The Patent Wars-The Battle to Own the World's Technology*, John Wiley & Sons, Inc., Nueva York, 1994, p. 65.
9. Véase *op. cit.*, pp. 100-109.

(ADPICS), mejor conocido por sus siglas en inglés como TRIPS, pasando por el ingreso de EUA al Convenio de Berna aparentemente sin la intención de cumplirlo por lo que hace a los derechos morales y la aprobación del Tratado Trilateral de Libre Comercio de América del Norte en el que no se asume ningún compromiso de protección de los derechos morales de los autores. Es preciso detallar un poco ese proceso político, porque implicó un sacudimiento dogmático importante en los derechos de autor. Por otra parte, el proceso político, considerado en sí mismo y de manera aislada como factor histórico, quizá es insuficiente y más bien un elemento secundario para explicar el fenómeno de la mercantilización progresiva de los derechos de propiedad intelectual, tenidos en la tradición dogmática como estrechamente vinculados a la personalidad y el espíritu del hombre. Los fenómenos históricos contemporáneos conllevan fuerzas sociales de tal naturaleza que promueven esa mercantilización probablemente con mayor intensidad que los dictados ideológicos, doctrinarios o morales de la acción política o jurídica. Me refiero al desarrollo exponencial de la tecnología del transporte y las comunicaciones en el presente siglo, a la explosión urbana, al crecimiento insusitado de los medios de comunicación colectiva, a la masificación de la cultura y a la difusión generalizada de la tecnología informática. Todos estos son poderosos transformadores del ambiente que motiva y orienta la acción del hombre y que le plantea las opciones de actuación y su viabilidad. *Y-malgré tout-* es un ambiente poco propicio para la espiritualidad y muy propicio para los apetitos mundanos y la codicia mercantil. Piénsese tan sólo en las infinitas opciones hedonistas que provee la disponibilidad de dinero en el contexto actual, en comparación con el ambiente rural agrícola de hace apenas tres siglos.

IV. El proceso político en curso en la propiedad intelectual

Pero, volvamos al proceso político impulsado y capitaneado por EUA respecto de los derechos de propiedad intelectual a partir de los inicios de la década pasada. El proceso se vincula al desarrollo de las nuevas industrias y mercados en el campo de la informática; al explosivo crecimiento del mercado de las computadoras personales (PCs) y del soporte lógico o software que las acompaña. La protección de software de las antiguas computadoras grandes (mainframe computers) de uso institucional y em

presarial se podía llevar a cabo de manera efectiva mediante cláusulas contractuales de confidencialidad entre proveedor y usuario. Al nivel del derecho de propiedad intelectual en el plano internacional, se exploraba a la sazón en la división de propiedad industrial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual la posibilidad de un eventual tratado *sui generis* para proteger el software computacional, lo que se denominaba en francés el "logiciel" y en español el "soporte lógico". Pero al surgir las computadoras personales y el software del mercadeo masivo a múltiples usuarios, los compromisos de confidencialidad vía el derecho contractual ya eran insuficientes para una adecuada protección contra la reproducción no autorizada de software. A pesar de su escasísimo sustento en la dogmática jurídica, comienza entonces a gestarse en EUA la tesis de que la protección idónea para el software es la del derecho de copia tradicionalmente aplicado a las obras de carácter artístico. Para ello, la idea va mucho más allá en cuanto a su impacto dogmático porque pretende necesariamente que el software es "obra" en el sentido del derecho de copia tradicional -esta idea provoca un shock magno en la comunidad jurídica dedicada a los derechos de autor. Además, esta idea surge y se abre rápidamente paso, con peso político por delante mucho más que con peso intelectual,¹⁰ a pesar de que los antecedentes de exploración de la protección de propiedad intelectual para el software ubicaron el tema, durante muchos años, en el ámbito de la propiedad industrial y no de los derechos de autor según se acaba de mencionar.

Poco después, no obstante que EUA no había contemplado seriamente incorporarse al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en virtud de que éste exige el compromiso, no susceptible de reserva, de proteger los derechos morales de los autores, dicho país promovió su ingreso al referido Convenio, al mismo tiempo que en el seno del GATT amenazaba con aplicar sanciones comerciales a los países que no protegieran los derechos de propiedad intelectual de las empresas estadounidenses y se reformaba al efecto la legislación estadounidense de comercio exterior. La intención política consistía en lograr que el software producido por empresas estadounidenses quedara protegido por el régimen del derecho de copia

10. Para un artículo orientado a la argumentación intelectual del punto de vista estadounidense véase MILLER, Arthur R., "Copyright Protection for Computer Programs, Databases and Computer Generated Works: Is anything New Since Contu?", en *Harvard Law Review*, vol. 106, núm.5, marzo de 1993, pp. 977-1073.

sin la necesidad de celebrar un nuevo tratado al efecto, que automáticamente quedara amparado por la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y por la Convención Universal sobre el Derecho de Autor. En una etapa subsecuente, con la amenaza de las sanciones comerciales de por medio, el mencionado país promovió que en el seno del GATT se asumiera la negociación de un acuerdo relativo a los compromisos de protección de los derechos de propiedad intelectual. En esto último jugaba un papel importante la estrategia para llegar a la protección de software como obra autoral pero, además, desde luego ya entraba en juego también un interés más amplio con motivo de la creciente importancia de los bienes y derechos de propiedad intelectual en general en la economía contemporánea. Se abre así la negociación del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o "TRIPS"¹¹ en el seno del GATT, el cual -ampliado- se convertiría eventualmente en la Organización Mundial del Comercio u OMC.

En el intervalo, entre la apertura de la negociación del ADPIC o TRIPS y su conclusión, surgió la negociación del Tratado Trilateral de América del Norte entre México, Canadá y EUA (TLCAN). Esta negociación incluyó desde el principio un capítulo de propiedad intelectual que, al interactuar con la negociación del ADPIC o TRIPS en cuanto a temática y desarrollo y concluirse antes que éstos, resultó ser a la postre el primer tratado suscrito en la materia que reconoció formalmente al software como obra protegida por el derecho de copia. Además, se excluyó tanto del TLCAN como del ADPIC cualquier compromiso de protección de los derechos morales de los autores. Con ello quedó claro que al incorporarse a la Convención de Berna, con todo y el compromiso de protección de tales derechos morales, EUA nunca tuvo la intención de asumir efectivamente dicho compromiso.

La protección del software por un régimen jurídico de propiedad intelectual tradicionalmente idóneo para la protección de las obras literarias y artísticas, además de dar al traste con la dogmática que apuntalaba dicha protección en función del vínculo de las creaciones autorales con la personalidad y el espíritu del autor, implicó un viraje definitivo de ese régimen jurídico hacia el enfoque patrimonial y, en consecuencia, de carácter empresarial o corporativo. Los editores de libros y música son tradicional

mente industrias comprometidas con el arte y la literatura. En contraste, la industria del software tiene sin duda una orientación puramente lucrativa y, en el mejor de los casos, técnica; pero, sin duda, en general alejada de las preocupaciones espirituales de las artes y de la literatura. En el plano internacional este viraje va adicionado con una serie de compromisos de carácter procedimental, en el ADPIC y en el TLCAN, para que las autoridades de los países ejerzan el poder coactivo jurisdiccional y/o administrativo en protección ejecutiva de los derechos de propiedad intelectual.

Este último ha dado lugar en México al otorgamiento de poderes coactivos¹² de dudosa constitucionalidad, a órganos descentralizados como el Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Hay que recordar el largo proceso para que se legitimaran constitucionalmente los poderes coactivos de las autoridades fiscales, no obstante tratarse de la protección de fondos públicos por parte de órganos centrales del gobierno; por lo que no debe sorprender el cuestionamiento de semejantes poderes coactivos a órganos descentralizados de la administración para la protección de intereses empresariales de carácter privado.

Además de lo anterior, ahora la tendencia patrimonialista, empresarial o corporativa, de los derechos de propiedad intelectual se dirige a pretender un control de la administración territorial de los mercados de sus productos fundado en los derechos de propiedad intelectual. Esta pretensión se conoce como la cuestión de la "importancia paralela". Para explicarla, en primer término hay que aclarar que, por lo que toca a los derechos de autor y al derecho de copia, tradicionalmente se ha considerado que los derechos de carácter patrimonial en relación con cada ejemplar producido al amparo de tales derechos se agotan con la primera enajenación del ejemplar, (la llamada *doctrina de la primera enajenación*). Es decir, el titular de los derechos no puede pretender que sus derechos le dan la capacidad de controlar las enajenaciones sucesivas del ejemplar. Ahora, desde el enfoque patrimonial esta empresarial se cuestiona esa doctrina de la primera enajenación. Se aduce que como los derechos de propiedad intelectual son derechos territoriales, o sea que son derechos de exclusividad en la explotación dentro del territorio del Estado que los otorga o reconoce, el titular debe tener también el derecho de autorizar o no la importación de los productos o ejemplares lícitamente producidos en otro Estado al

11. TRIPS corresponde a las siglas en inglés de "Trade Related Intellectual Property Rights" y es como mas se conoce este acuerdo.

12. Véase LPI, arts. 203-212 bis 2.

amparo de la autorización del propio titular; de ahí la denominación del punto como la cuestión de la importación "paralela". En el fondo de esta cuestión lo que se encuentra es el interés de las empresas que operan a escala transnacional, de administrar los mercados y los precios de manera diferenciada en distintos países, pero la idea choca frontalmente con las políticas de liberalización del comercio que motivan precisamente la celebración de tratados como el TLCAN y los acuerdos de la OMC. Cuando la tecnología del transporte y las comunicaciones y los tratados de liberalización comercial logran una amplia eliminación de barreras al comercio internacional, el control de la importación paralela por los titulares de derecho de propiedad intelectual permitiría privatizar de hecho las fronteras comerciales al poner en sus manos la posibilidad de parcelar los mercados y diferenciarlos a su arbitrio. Por ello las autoridades comerciales de varios países, como México entre otros, se ha opuesto a semejante pretensión. Pero es una pretensión que sigue en la palestra de las discusiones en los foros internacionales a pesar de contraponerse a la ideología y práctica de la liberalización comercial.

V. Los derechos colectivos

El marco de los derechos individuales o personales y de los patrimoniales o empresariales de propiedad intelectual, así como la tendencia contemporánea al enfoque que privilegia estos últimos, nos sirven para considerar ahora los derechos colectivos de propiedad intelectual. Al utilizar la terminología seleccionada de "derecho colectivos de propiedad intelectual" debo admitir que puede haber cierta contradicción entre el carácter colectivo de tales derechos y la insistencia en la referencia a los mismos como la "propiedad" intelectual. La fórmula, sin embargo, es deliberada. Trato de dramatizar así las tensiones a que se sujeta la idea de "propiedad" cuando se habla de los bienes y derechos protegidos en este campo, que es algo presente a todo lo largo de cualquier reflexión que se haga al respecto. Lo que espero es que esta manera de considerar las diversas cuestiones relativas a los intangibles que caen o se acercan al campo de la llamada propiedad intelectual, nos de luz sobre los significados de control y exclusividad que implican los derechos involucrados, así como los grados de tal control y exclusividad, y aún la carencia de éstos -al nivel dogmático, al nivel histórico y al nivel operativo.

Por ello, al tratar de los que aquí se denominan "derechos colectivos" en relación con esos intangibles, es preciso tener presente la pregunta sobre ¿cuáles son los criterios idóneos o arbitrarios en juego -como resultado del proceso histórico- para lo apropiable y para lo privado frente a lo colectivo? Conviene pensar al efecto en aspectos como la pasibilidad técnica, (a factibilidad operativa, la convivencia social, los valores en conflicto y su jerarquización, y las políticas deseables.

El interés público siempre ha estado presente en la dogmática y en la legislación de la propiedad intelectual para limitar el otorgamiento de derechos exclusivos de explotación, o para permitir excepciones a éstos. En materia de patentes de invención siempre han existido categorías no susceptibles de patente por razones de interés público. Un ejemplo clásico han sido los productos medicinales o los procedimientos para producirlos; las empresas fabricantes de productos farmacéuticos han combatido esta excepción con éxito creciente conforme se expande el enfoque empresarial respecto de los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, de manera más general, los altos costos fiscales asociados a la medicina halopática y a sus medicamentos en los países industrializados ahora estimulan el rescate de las múltiples medicinas tradicionales como la herbolaria y la acupuntura y, en los países industrializados, la promoción del consumo de medicamentos designados genéricamente, a precios más económicos que los amparados por marcas registradas.

En los países socialistas -ya casi extintos- donde no se reconoce interés privado en el comercio y el interés público está representado exclusivamente por el gobierno, en lugar de la patente de invención se expedían "certificados de invención" para reconocer la paternidad del inventor, en tanto que derecho moral, y una pequeña remuneración. El derecho de explotación, sin embargo, fue siempre exclusivo del gobierno. Estos certificados están reconocidos por el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.¹³

13. Vgr art. 4-1.

VI. Excepciones a los derechos exclusivos

Por otra parte, las excepciones a la exclusividad de los derechos de propiedad intelectual en materia de patentes de invención siempre han contemplado, por razones de interés público, la posibilidad de autorizar la explotación a terceros en circunstancias de emergencia nacional, como una guerra o una epidemia, mediante el otorgamiento de lo que se denomina licencias "obligatorias". La legitimidad de tal medida nunca se ha cuestionado. Otra excepción, con frecuencia contemplada por las leyes de propiedad industrial, se refiere a la autorización de explotación a terceros cuando el titular no explota la patente, también por razones de interés público. La legitimidad de esta excepción es cuestionada por las grandes empresas que acuden con regularidad a las patentes "defensivas", cuya obtención sólo tiene el propósito de impedir que un competidor produzca lo patentado en merma de un mercado en explotación, o bien generar una barrera de innovaciones patentadas próximas a una innovación en explotación para mantener una ventaja en el mercado. En este cuestionamiento se confrontan dos perspectivas de dogmática jurídica contrastantes: la que afirma que el otorgamiento de la patente de invención es con el propósito de que sea explotada y la que afirma que el titular es libre de explotar o no el derecho de exclusividad que le da la patente; evidentemente que la primera perspectiva le da mayor peso que la segunda al interés general.

VII . Las marcas colectivas v las denominaciones de origen

Dentro del universo de lo que podemos llamar derechos colectivos de propiedad intelectual, en un sentido que concilia bastante lo colectivo y lo apropiable, se encuentran las marcas llamadas "colectivas"¹⁴ que se otorgan a las asociaciones de fabricantes o agricultores, siempre que sus productos tengan ciertas calidades comunes garantizadas por la asociación titular de la marca. Son marcas que pueden utilizar todos los asociados bajo la autorización de la asociación; la autorización se condiciona a la supervisión de la propia asociación para garantizar los elementos comunes de características y calidad que ampara la marca colectiva.

Las indicaciones de procedencia participan también de una naturaleza similar a la marca colectiva, aunque el uso de tales indicaciones es obligatorio. Las denominaciones de origen,¹⁵ que inclusive pueden gozar de un reconocimiento internacional, para identificar, de manera exclusiva, la procedencia geográfica de un producto -el caso del tequila y de varios vinos franceses- también implican derechos colectivos de propiedad intelectual respecto de los productores con derecho a aplicar la denominación de origen a su mercancía.

Lo reseñado, desde la invención no patentable por razones de interés público hasta los derechos colectivos de las marcas colectivas, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia, pasando por las licencias obligatorias, muestra un universo variado en cuanto al origen jurídico del derecho. El derecho de cualquiera a explotar la invención 110 patentable deriva de la legislación misma, como deriva también de la legislación el derecho (y la obligación) a utilizar la indicación de procedencia. Mientras que en los demás casos se requiere de un acto administrativo que lo autorice, sea el caso de la licencia obligatoria, de la marca colectiva o de la denominación de origen; además, esta última puede presuponer un acto administrativo internacional que reconozca el derecho exclusivo a la denominación de origen.

VIII. El dominio público

Dentro del espectro de los derechos colectivos sobre intangibles, aunque próximos a los derechos de propiedad intelectual, se encuentran los bienes y derechos otrora de propiedad intelectual privada que han caído en el dominio público. Esta situación ocurre jurídicamente de manera normal al expirar el plazo de protección y afecta en general sólo los derechos patrimoniales; los derechos morales, como se indicó, tienden a tener una duración indefinida, por lo que aún cuando ya no existan herederos identificados del autor o inventor que los ejerzan y su ejercicio corresponda a una dependencia o entidad pública no caen en el dominio público en el sentido técnico. En los regímenes de dominio público pagante, a pesar de que una obra artística pueda ser explotada por cualquiera por haber transcurrido el plazo de protección, o por encontrarse la obra en el dominio público por cualquier otra circunstancia, la ley impone la obli-

14. LPI, arts. 96-98.

15. LPI, arts. 156-168.

gación de pagar derechos de carácter fiscal por la explotación. Obviamente, se puede considerar que sobre estos bienes intangibles hay derechos colectivos de todas las personas puesto que nadie puede ser impedido de explotarlos.

Aquí es oportuno mencionar otra diferencia importante entre el derecho de copia anglosajón en materia autoral y los derechos de autor romano-germánicos. En el sistema anglosajón se requiere mencionar en la publicación de la obra la reserva expresa que se hace del derecho de copia, incluyendo el nombre del titular y la época de la primera publicación; de otra manera, no se genera el derecho de copia y la obra cae jurídicamente en el dominio público. Este es el caso de la mayoría de las películas de la época de oro del cine mexicano que, al ser exhibidas en EUA sin la mención de la reserva requerida conforme al sistema del derecho de copia anglosajón, cayeron en el dominio público en ese país y son de libre exhibición sin pagos de regalías. En contraste, en el sistema romano-germánico, los derechos de autor se generan con la mera creación de la obra sin necesidad de que medie ninguna formalidad, por lo que las obras sólo pueden caer en el dominio público por la expiración del plazo de protección. Esta diferencia entre los sistemas jurídicos anglosajón y romano-germánico también contribuyen a explicar históricamente el por qué de los dos tratados internacionales en la materia antes mencionados. La Convención de Berna sigue la tradición del Derecho romano-germánico que no impone requisitos formales para que surja la protección de los derechos de autor,¹⁶ en cambio la Convención Universal sobre Derechos de Autor da acomodo al sistema anglosajón que condiciona la protección al cumplimiento de formalidades.¹⁷

IX. El ámbito privado

Como los bienes de propiedad intelectual son intangibles, sería muy difícil impedir su utilización en el ámbito privado. De hecho, sea en reconocimiento de esa realidad operativa o porque la explotación lucrativa del bien sólo puede darse mediante un uso relativamente público, la utilización de esos bienes en el ámbito privado no está restringida y es un de

recho colectivo. Podría afirmarse en consecuencia que en el ámbito privado todos los bienes y derechos de propiedad intelectual son colectivos, o que hay derechos colectivos universales a la utilización privada de dichos bienes. El principio es claro. Pero el alcance del ámbito privado puede no ser tan claro como en muchos contextos. Los linderos del ámbito privado para estos efectos dependen en parte de si las razones para esos derechos colectivos son de carácter operativo (la imposibilidad de controlar la utilización del bien intangible en ciertos ámbitos) o se refiere al carácter lucrativo de las utilidades amparadas por el derecho exclusivo de explotación. La cuestión no es académica y dan lugar a constantes conflictos, en los que se entrecruzan esos criterios, como cuando se utilizan las obras protegidas por derechos de autor en los grandes eventos familiares, en los clubes o en el interior de las empresas.

X. Los símbolos nacionales, el patrimonio nacional y las ideas

Hay bienes intangibles colectivos en el sentido de que no son susceptibles de apropiación privada pero cuya utilización normalmente se rige por ciertas disposiciones legales, con frecuencia de carácter constitucional. Este es el caso de los símbolos nacionales como la bandera, el escudo y el himno nacionales, que identifican a un Estado. Un caso similar es el de los escudos y banderas de los organismos internacionales. El símbolo olímpico es inclusive objeto de un tratado internacional específico que administra la OMPI.¹⁸ Estos símbolos no pueden, obviamente, utilizarse lícitamente como marcas de productos o servicios. La imagen de los héroes nacionales guarda una situación similar frente al derecho de la propiedad intelectual y hay normas de carácter penal que resguardan los símbolos nacionales contra actos irreverentes.¹⁹ Los monumentos que integran el patrimonio arqueológico, histórico o artístico de una nación, o de la humanidad bajo normas internacionales, también se pueden considerar bienes sujetos a derechos colectivos de propiedad intelectual. Es común que el régimen jurídico respectivo implique restricciones en cuanto a la reproducción de dichos monumentos y a la utilización de imágenes de los mismos.

16. Art. 4-2) "El goce y el ejercicio de dichos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad;...".

17. Art. III—1. (Dispone que cualesquiera de las formalidades exigidas quedan satisfechas si los ejemplares de la obra ostenta el símbolo "C" acompañado del nombre del titular del derecho de autor y de la indicación del año de la primera publicación).

18. Tratado de Nairobi sobre la Protección del símbolo Olímpico.

19. Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, arts. 191 y 192.

Las ideas en general son bienes colectivos por su propia naturaleza. La legislación de propiedad intelectual normalmente prevé de manera expresa que las ideas que portan las invenciones patentables y las obras protegidas por derechos de autor no están amparadas por ningún derecho de exclusividad. Se dice, por ejemplo, que todas las tramas literarias posibles ya están contenidas en la Iliada y la Odisea. Todo mundo puede seguir escribiendo novelas románticas o policíacas *ad infinitum* sin plagiar a nadie.

Los sistemas, quizá por ser una forma de ideas, tampoco son susceptibles de patente de invención y son, por lo tanto, bienes colectivos de libre utilización. Los juegos tampoco son patentables, aunque en este caso el tratamiento de los juegos como bienes colectivos deriva más bien de razones valorativas; se considera que los juegos no ameritan protección por el poco valor socialmente atribuido a la función lúdica; lo último no implica que no sean protegibles los diseños, dibujos, textos y melodías que puedan integrar un juego, en la medida en que constituyan obras autorales o dibujos o modelos industriales, al igual que puede protegerse la marca que lo identifique, pero el juego en sí es un bien colectivo.

XI. La cultura popular (el folklore)

Un tipo de bienes intangibles que amerita especial mención son los mitos y leyendas del folklore, al igual que la música, la poesía, las canciones y aun la medicina de la cultura popular. Hasta la fecha estos bienes son colectivos, en el sentido de que a nadie se atribuye el derecho exclusivo de autorizar su utilización o explotación. Hay una vieja discusión internacional en el seno de la UNESCO, cuyo resultado siempre ha sido el de negar a las comunidades tradicionales generadoras de la cultura popular derechos exclusivos sobre sus creaciones, so pretexto de la falta de un registro exhaustivo de las mismas que identifique indubitablemente su origen. En la OMPI se llegó a principios de los años ochenta a preparar un proyecto de ley tipo, para la protección de la cultura popular o folklore, como etapa preparatoria a la de un tratado internacional en la materia, pero la diferencia de criterios sobre si los derechos exclusivos debieran atribuirse a la comunidad generadora o al gobierno frustró el éxito del proyecto. En aquel entonces, los países del fenecido bloque socialista manifestaban gran interés en el proyecto por sus implicaciones para legitimar, como cuestión de propiedad intelectual, el control de la circulación de la canción y la poesía de protesta. Al ser anónimas estas canciones y poesías, se

caracterizarían como obras de cultura popular cuya utilización requeriría permiso del gobierno; otro caso típico de contraste entre la dogmática jurídica y la función efectiva de una institución legal.

Los bienes intangibles de la cultura popular o folklore hubieran pasado de ser bienes colectivos cuyo uso quedaría controlado por el gobierno.

Se observa cómo los bienes intangibles objeto de derechos colectivos de propiedad intelectual pueden variar substancialmente en su régimen. Desde el régimen de libre uso, hasta el sujeto a autorización del gobierno, pasando por el intermedio de la marca colectiva y la denominación de origen.

XII. Las leyes y la lengua

Hay bienes intangibles que, a la manera de las ideas, son de imposible apropiación. Un tipo de éstos se refiere a las leyes, reglamentos y, en general, a las normas legales que expiden las autoridades cualquiera que sea la denominación del instrumento que las incorpore. Por ello, normalmente la legislación autoral las excluye expresamente de cualquier pretensión de exclusividad; los comentarios, índices, correlaciones y otros trabajos relativos al material normativo son desde luego obras protegidas por derechos autorales, pero nunca el texto en sí de las normas jurídicas. En algunos países, sin embargo, la publicación privada de estas normas queda sujeta a autorización gubernamental.

Un caso aún más evidente de bien intangible no apropiable es el de la lengua o el idioma. Es quizá el intangible colectivo por esencia. En ocasiones, la legislación pretende regular el uso del idioma con fines proteccionistas, hoy sobre todo para detener el embate del inglés que se infiltra subrepticia u ostensiblemente en todas las lenguas. Francia es el ejemplo clásico de legislación en defensa de la integridad del idioma nacional. En la práctica, es difícil que la regulación jurídica pueda tener mucho impacto en esta cuestión.

El carácter de bien colectivo de libre uso que tiene el idioma trae como consecuencia, en el terreno del derecho de propiedad intelectual, que una de las formas de perder el derecho a la exclusividad de una marca es que ésta se convierta en término genérico para designar el producto o servicio amparado. En la práctica esto es difícil de acreditar una vez que existe una marca registrada; es más común que se niegue el registro de una marca por considerarse que se trata de un término genérico o descriptivo de lo que pretende amparar. En México, por ejemplo, "Kleenex" y "va-

selina" son genéricos hace muchos años y, sin embargo, siguen registrados como marcas.

XIII El fenómeno de la celebridad hoy

Llegamos así a un fenómeno de la sociedad actual en el que se conjugan de modo simultáneo los derechos personales o individuales, los patrimoniales o empresariales y los colectivos de propiedad intelectual. Es el fenómeno del ídolo o celebridad como la difunta Princesa Diana de Inglaterra y, antes de ella, Marilyn Monroe y, en México, Pedro Infante, Mario Moreno "Cantinflas" o María Félix. Se trata de un ser humano cuya imagen es proyectada. Es un fenómeno contemporáneo que se explica merced al impacto de los medios de comunicación colectiva y al aislamiento del individuo que conlleva la macro urbanización de las metrópolis actuales. En el caso del ídolo o celebridad actual tenemos, a un tiempo: los ingredientes de los derechos colectivos de propiedad intelectual en la medida en que el ídolo o celebridad se convierte en un mito colectivo de libre acceso en cuanto tal; los ingredientes de los derechos patrimoniales o empresariales en la medida en que la celebridad misma es una negociación mercantil al representar un valor patrimonial superior al de la mayoría de las negociaciones en sentido estricto, y los ingredientes de los derechos personales en cuanto el ser humano hecho ídolo o celebridad reclama derechos de privada y derechos morales de identidad personal. En el acto de asedio de los *paparazzi* está presente esa trilogía de derechos. Los colectivos del derecho a la información acerca del mito que representa la celebridad; los patrimoniales o empresariales, de los cuales quiere acceder a una porción de paparazzo, y los personales, detrás de los cuales el ser humano hecho ídolo o celebridad reclama su derecho a unos momentos de vida privada.

Por esa conjugación de derechos contradictorios en el mismo cuerpo-espacio del ser humano ídolo o celebridad es que resulta tan difícil resolver los dilemas que plantea el fenómeno. En el fondo, todos los derechos -personales, patrimoniales y colectivos- tienen reclamos atendibles de legitimidad. ¿Cómo inclinar la balanza hacia uno de ellos? Se dice que mientras el ser humano ídolo o celebridad de encuentre en un lugar de propiedad privada no

lo pueden asediar los *paparazzi*, pero ¿eso hace ilícita la intrusión con un telefoto? El punto no es nada claro.

El valor patrimonial de la celebridad, que la convierte de facto en una negociación mercantil unipersonal integrada por la imagen y el cuerpo-espacio del ser humano ídolo o celebridad en vida, se observa en los pagos millonarios que se les ofrecen por patrocinar un producto o servicio, en los precios que alcanzan sus pertenencias, etc. Puede haber la tentación de inclinar la balanza contra sus derechos de privacidad ante las ventajas que representa el valor patrimonial, pero ¿a caso la celebridad deja de ser humano con necesidades, aunque sean mínimas, de intimidad? ¿Habrá a caso que distinguir entre el ídolo o celebridad contra su voluntad y la celebridad que busca serlo deliberadamente o como consecuencia natural de su profesión o actividad? ¿Cuáles son las responsabilidades de los medios que también lucran con los ídolos, en todo este fenómeno?

Hay muchas cuestiones pendientes de resolver en cuanto al fenómeno del ídolo o celebridad, pero sin duda nos enfoca de manera dramática la presencia de los tres tipos de derechos en el ámbito de los bienes intangibles.

Conclusiones

1. El universo de los derechos de propiedad intelectual abarca derechos personales, patrimoniales y colectivos.
2. La perspectiva que subdivide así los derechos permite comprender mejor su naturaleza y los intereses diversos que entran en juego en su regulación normativa.
3. El régimen jurídico reconoce lo que podemos denominar derechos colectivos de propiedad intelectual de muy diversas formas, desde los que son de libre uso hasta los sujetos a control gubernamental.
4. La celebridad o ídolo es un fenómeno que en la sociedad actual conjuga derechos personales, patrimoniales o empresariales y colectivos en el espacio-cuerpo de la celebridad, lo que magnifica en extremo los dilemas de reclamo de protección de unos derechos frente a otros.

