

Notas sobre los derechos intelectuales e industriales en el Código Civil

Guillermo Lohmann Luca de Tena

*Al Doctor José León Barandiarán,
creador e intérprete recreador de
nuestro ordenamiento jurídico.*

I. PROPOSITO Y NATURALEZA DEL ESTUDIO

SEGUN SE ANUNCIA en su membrete, no pretenden estas líneas sino repasar panorámicamente los aspectos más dominantes de las conocidas como Propiedad Intelectual e Industrial, que puedan extraerse luego de una rápida exégesis de las normas particulares que las gobiernan. Y después de este previo contacto, ofrecer unas primeras notas o reflexiones respecto de su conciliación con el nuevo Código Civil, que pretende constituirse en columna vertebral o marco de los derechos atinentes a estas 'propiedades'. Se trata aquí, en consecuencia, de desbrozar el follaje normativo y de explorar un poco el camino para saber cómo sería de aplicación genérica a estos regímenes especiales la regulación civilista de los bienes de la persona y del derecho real de propiedad.

Con arreglo a estos criterios, es útil poner de manifiesto, en esta ocasión, las peculiaridades de estas dos especies de 'propiedad', para conocer su respectiva verdadera extensión y confrontarla después con la de los mandamientos civiles.

II. DERECHOS INTELECTUALES

2.1. *Precisión conceptual previa*

Dijo Savigny, de la codificación —y vale para la legislación en general— que debe proponerse con la máxima certeza jurídica y que de ello depende el esmero en su ejecución. Y agregó que “lo que debe conservarse tiene que ser conocido a fondo y expresado correctamente”. El Código Civil ya está redactado y promulgado y serán otros más autorizados que yo quienes, en definitiva, juzgarán si los codificadores siguieron en estos temas el consejo de Savigny.

En lo que atañe a este estudio concreto, sí procuraremos atender a la recomendación, tratando de conocer y presentar los aspectos sobresalientes de estas dos figuras y de verificar si han sido adecuadamente categorizadas y expresadas normativamente. Fiel a este propósito, en el prólogo de este trabajo y antes de entrar en materia, es menester adelantar una precisión conceptual, a fin de salvar la posible confusión a que invita el título del estudio, pero que adrede se mantiene por común entendimiento.

No hay que ser docto en estas ramas del Derecho para advertir que tanto las creaciones literarias o artísticas como las industriales y las que a éstas han sido asimiladas, derivan, sin excepción, del intelecto. (Incluyendo la invención descubierta por azar, que no es otra cosa que percatarse de la utilidad de lo descubierto). Supuesto lo anterior, constituye impropia restricción atribuir u otorgar con exclusividad la denominación de propiedad intelectual a un género conceptual diferente del de la conocida como propiedad industrial. La Quinta Sinfonía de Beethoven y la lámpara incandescente de Edison, difieren sin duda en mucho. La primera inunda mi espíritu, mas de nada práctico me sirve; la segunda ilumina mis libros y papeles, pero por mucho que lo miro he de admitir que ni la encuentro bella ni me causa placer intelectual alguno. Difieren en mucho, como digo, mas sí algo sustancial poseen en común es que, por cierto, ambas creaciones son hijas del intelecto de quienes las concibieron. Al uno se le llama autor; al otro inventor. Ya a ambos creadores.

Con encomiable rigor científico, la Ley 13714 supo prescindir de esta traba en la denominación de lo creado. Así, para regular los derechos sobre creaciones, cuyo destino no es el aprovechamiento industrial o mercantil, abandonó el “nomen juris” de propiedad intelectual que,

además de venir grande y no con carácter exclusivo para tales creaciones y derechos, es ambiguo e inidóneo, como veremos. Lo cierto es que nuestra Ley dejó sabiamente de lado el nombre de propiedad y el agregado de intelectual. No obstante tan positivo avance, la buena intención no ha encontrado todavía en nuestra patria verdadera y total acogida, acaso por no haberse enfatizado en el texto o en una exposición de motivos. Sin sustento legal expreso, continúa llamando propiedad intelectual únicamente a aquella concerniente de modo exclusivo a creaciones del intelecto que no tienen por primario propósito un aprovechamiento o explotación industrial, o que no miran a la identificación o distinción de productos o actividades empresariales.

Se ha dicho, más de una vez, que la denominación de intelectual obedece a que la obra está destinada o dirigida al intelecto del preceptor. Esta tesis, sin embargo, encuentra una doble objeción. De un lado, porque no se encuadra en la tradicional división de los derechos subjetivos según su titular o según aquello sobre lo que el poder recaiga, sin importar en demasía el propósito del titular o el destino final del bien. Y, por otro lado, existen ciertas creaciones tales como marcas o nombres que son signos distintivos (a veces verdaderamente artísticos) que apuntan al intelecto de terceros, pero que tradicionalmente han sido incluidas en la propiedad industrial. Aparte de las marcas y nombres, nuestro ordenamiento también adscribe a esta especie los diseños y modelos industriales, cuya directa razón y mérito exceden del ámbito manufacturero, fabril o de transformación y producción de bienes.

La calificación del derecho sobre las realizaciones del ingenio, enfocando únicamente su función, ha sido imperfectamente dividida en dos compartimentos estancos: uno intelectual y otro industrial. Digo imperfección e inexactitud porque valor y origen intelectual encontramos en todas las modalidades legalmente disciplinadas. Y varias de las figuras tradicionalmente categorizadas como industriales no lo son exactamente, perteneciendo más bien al ámbito de la empresa. Y además, como he dicho, existen creaciones llamadas sin cuidado industriales, pero que comparten algunas de las características principales de las calificadas usualmente como intelectuales.

Señalado lo anterior, considero que la aproximación civilista a los problemas que estas instituciones plantean debe hacerse desde otras perspectivas; pues el Código Civil se refiere a ellas conjuntamente. A mi juicio, no hay que atender a la finalidad de la creación aunque también ello sea de utilidad. Antes bien, entiendo que conviene mirar hacia el común

origen de la creación, examinar la naturaleza de la misma y determinar los poderes y facultades que sobre ellas tienen los creadores y los terceros.

2.2. *Los derechos intelectuales.— El problema de su disciplina unitaria*

Aparte de la cuestión ya señalada sobre la conveniencia de una común denominación genérica por su también común origen intelectual, el Código Civil adjudica un mismo tratamiento sustantivo a los creadores y a ciertos derechos sobre sus creaciones. De este modo, la primera cuestión significativa que ha de preocuparnos es la posibilidad de considerar como una categoría jurídica unitaria un amplio abanico de especialidades o modalidades creativas, tanto por lo que son como por la forma de su expresión. La dificultad es notoria por la amplia variedad de lo creable jurídicamente protegible: obras literarias en todas sus gamas, pinturas y sus variantes de expresión gráfica, esculturas, obras musicales, fotográficas, de cinematografía, fonográficas, inventos, dibujos, modelos y diseños industriales, procedimientos tecnológicos y experiencias o habilidades industriales, marcas, nombres, etc. Todas estas creaciones son tan distintas entre sí que resulta difícil pensar en categorización o institucionalización jurídica conjunta.

Creo, no obstante, que sí pueden estudiarse a la par ciertos derechos comunes, por vía de reducción y abstracción de sus notas sobresalientes, sin merma de las respectivas singularidades. La consideración de estos derechos y su naturaleza jurídica según el Código Civil es, sin duda, conflictiva y será objeto de nuestro ulterior examen. De momento, como paso previo, debemos enfocar el estudio sobre tres aspectos que, imbricados entre sí, son consustanciales y estructuran todo derecho subjetivo: el sujeto de derecho, en este caso el creador y otros sujetos; el objeto del derecho; y, por último, el contenido del derecho.

Estas tres facetas no son sino uno y lo mismo, pues sobre su fusión gira el carácter unitario: la tutela de la inteligencia y habilidad humanas en ciertas de sus manifestaciones. La finalidad es una sola: la protección contra la no autorizada utilización del fruto del intelecto ajeno. Pero, la protección se efectúa a través de la manifestación externa de la creación y la naturaleza de ella, y de esto deriva su diverso tratamiento legal, según las especialidades. Lo que pasa es que no debe confundirse el objeto final de la tutela jurídica con la manera de efectuarla.

2.3. *El sujeto de derecho. — Distintos titulares*

Los artículos 18 y 886.6 del Código Civil se refieren a los derechos del autor y del inventor (entre otros). Dejamos ahora de lado el estudio de los derechos y su naturaleza y contenido. Veamos previamente los sujetos de derechos sobre los objetos.

A. **El autor.**— El artículo 9 de la Ley 13714 dispone que: "El título originario del derecho del autor nace de la propia creación de la obra sin que sea necesario registro, depósito ni ninguna otra formalidad para obtener la protección concebida por la presente Ley".

La condición de autor se hace residir, pues, en la concepción y creación de la obra, entendida la creación como producción del ingenio en los dominio literario, científico y artístico, excluyendo respecto del segundo su contenido técnico y su posible aprovechamiento industrial (art. 1 de la Ley). La autoría, así, consiste en la creación, considerada como actividad manual valiosa "per se" —pintura, escultura— o de medios técnicos). Actividad, en suma, que se expresa (traslado de la idea al exterior) de distintas maneras o formas en una obra concreta, que viene a ser el resultado o conclusión de la actividad. La genuina autoría excluye el azar.

El título originario de autor no se concede por la obra en sí como realidad fenoménica, sino en cuanto tal obra constituye la expresión sensible de la creación (concebir o expresar algo distinto, o de manera diferente, de lo que preexistía). La creación mental, en tanto que idea que se concibe, ha de ser "fijada" en la obra, pero una y otra son conceptualmente diferentes (aunque a veces, como en las artes plásticas, inseparables). La creación se expresa y hace real en la obra que la contiene. La obra es aquello a través de lo cual la creación es tutelada. De esta manera, el ejemplar de *El Quijote* que reposa en mis anaqueles me permite con su lectura re-conocer y re-actualizar la creación, pero no es la creación aunque fuera edición facsímil del manuscrito original cervantino. De igual manera, el disco fonográfico que me permite escuchar una composición musical re-actualizando los sonidos creados por el compositor, no es la obra original que fue expresada en concreto pentagrama, ni puedo decir que yo tenga (posea) la creación. Son distintos la creación y el objeto material, original o reproducción, en el que ella se ponga de manifiesto; esto se aprecia perfectamente en el caso de la creación literaria dictada.

Autor (y también aquí inventor) es el que concibe la creación.

Es el que lleva en sí el íntimo proceso que va de la nada al nacimiento de la idea en bruto, que luego pule y hace socialmente conocida (a veces con la colaboración de terceros). Es un proceso dinámico en el que la idea se purifica y trabaja sobre sí misma hasta encontrar su adecuado cauce expresivo. La verdadera creación es íntima y dinámica, como inerte y estática es la obra que finalmente la recoge.

B. El Inventor.— Nuestro ordenamiento no enseña directamente quién es su inventor. Y aunque no debe confundirse inventor con titular de patente de invención, podemos saber a quién se considera inventor por los requisitos de patentabilidad que vienen regulados en los artículos 59 y ss. del Decreto Supremo 001-71-IC/DS, y en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto-Ley 22532.

Inventor es quien ha hecho un invento. Ahora bien, ¿en qué consiste, a efectos legales, un invento? Según las reglas, es la creación e indicación de la manera de hacer un bien que antes no existía, o de un nuevo procedimiento, en cuanto constituyan innovación, mejora de aplicación del bien o del proceso, y tengan utilidad práctica. Se requiere, además, que la idea sea explotable industrialmente.

Quien tenga ideas creativas que no posean, por lo menos, los requisitos acabados de referir, no es considerado legalmente como inventor. Aunque haya adquirido una patente. La titularidad de la patente no implica la paternidad del invento.

C. Otros titulares.— Hasta aquí hemos hablado de los dos creadores principales, autor e inventor, a quienes el ordenamiento civil menciona expresamente como personas físicas. Quedan algunas cosas importantes por examinar: primero, saber si hay otras personas creadoras, no propiamente autores o inventores; segundo, saber si hay otros sujetos de derechos sobre la creación; tercero, qué ocurre con el creador de obra no tutelada.

c') El autor y el inventor son creadores. Ya lo hemos visto. Son las personas físicas o naturales a las que se explícitamente alude el artículo 18 C.c. Sin embargo, ¿cuál ha de ser la calificación de los creadores de obras incluidas en la llamada propiedad industrial, tales como diseños o modelos, nombres y marcas, que no constituyen inventos? La doctrina ha debatido largo sobre el particular ya que, en puridad de conceptos, tales

creadores lo son de obras que llamaríamos anfibas en tanto que no pueden calificarse con exactitud en ninguna de las dos categorías globales. Aunque inexplicablemente silenciados por el artículo 18 C.c., el inciso sexto del 886 (en mal lugar y de modo fragmentario) implícitamente los rescata para la protección civil. Hay que considerarlos, sin ápice de duda, como sujetos de derechos sobre creaciones intelectuales (en ancho sentido).

c") La normativa civil parece contemplar exclusivamente a las personas físicas como sujetos creadores o de derechos sobre la creación. Empero, sobre esto hay que hacer dos comentarios. En primer lugar, mencionar que la legislación especial también contempla la 'creatividad' por las personas jurídicas. En segundo lugar, señalar que tanto personas naturales como jurídicas no creadoras, pueden llegar a poseer derechos (derivados) sobre la creación. Esto es, no son titulares originarios porque no han creado, pero han adquirido ciertas facultades sobre la creación, a las cuales más adelante nos referiremos. Son, pues, titulares derivados, pero a la postre sujetos activos de derecho.

Para confirmar lo anterior, o sea, la titularidad originaria o derivada de las personas jurídicas, basta revisar los artículos 11, 12, 13, 15, 44, 47 y 59, entre otros, de la Ley 13714, que expresa o implícitamente aluden a las personas jurídicas. Las facultades y atribuciones son distintas, según se trate del tipo de personas y si se trata del titular originario o derivado; pero eso en nada desmerece una titularidad que ha de ser jurídicamente protegida con mayor o menor alcance. En la misma corriente de ideas, el Decreto Supremo 001-71-IC/DS y el Decreto-Ley 22532 atribuyen a las personas jurídicas una suerte de ingenio, intelecto y capacidad creadora o inventiva. Véanse los artículos 59, 82, 87, 91 y 103 del Decreto Supremo y artículos 6, 7 y 57 del Decreto-Ley.

En conclusión: de manera originaria o derivada, el ordenamiento reconoce a las personas jurídicas como sujetos de derechos intelectuales (incluyendo aquí a los industriales). A los ojos de la legislación especial, también las personas jurídicas pueden gozar de derechos que, según el artículo 18 C.c., aparentemente pertenecerían en exclusiva a quienes, por ser sujetos físicos, pueden invocar derechos de la personalidad. Más adelante tendremos ocasión de precisar los alcances de este artículo 18.

c") Nos hemos referido hasta este momento a los considerados como sujetos de derechos, sean o no creadores. El examen detenido de

los preceptos evidencia que para gozar de ciertos atributos jurídicos derivados sobre la creación y/o su disfrute, no se requiere ser autor o inventor (o, en general, creador).

2.4. *El objeto del derecho*

El objeto de derecho es aquello ajeno (real o conceptualmente) a un sujeto titular, sobre lo cual se ejercen determinados poderes. De otra manera más gráfica, puede decirse que es objeto de derecho aquello sobre lo cual recae el interés de un sujeto y que merece tutela jurídica.

¿Cuál es el objeto sobre el que recae el derecho de autor o del inventor y, en general, del creador? Para responder a esta pregunta deben tenerse en cuenta las orientaciones que los textos legales proporcionan. Ante el laconismo de otros preceptos, conviene citar el artículo 5 de la Ley 13714: "El derecho de autor es independiente de la propiedad del objeto material en el que conste la creación. La adquisición de tal objeto material no confiere al adquirente ninguno de los derechos que no hubiesen sido transferidos".

Obsérvese que el numeral alude a "el derecho de autor"; el precepto se expresa en singular. Igual ocurre con los artículos 1, 2, 4 y con el encabezamiento de diversos Títulos y Capítulos en que dicha Ley se divide. Conviene, por ahora, retener el dato y retomar la secuencia del examen, partiendo de las orientaciones de la regla transcrita.

La primera de estas orientaciones es la de la autonomía de la creación sobre la cual existe un derecho distinto e independiente del de propiedad sobre el objeto en el cual ella conste. O sea que hay un derecho sobre la idea (creación) exteriorizada y otro diferente sobre aquello en lo que consta. Se suele citar como ejemplo clásico el de la correspondencia epistolar, cuyo contenido es de quien la escribe o dicta y cuya propiedad (material) es del destinatario o cesionarios. Hay, pues, por lo menos, dos objetos de derechos que coinciden en una sola realidad corporal. Uno de estos objetos es la creación, de la que hemos dicho que fue dinámica en la intimidad del creador y que se encarna estáticamente en la obra que la recibe.

El poema del poeta, la fórmula del químico, la interpretación recreadora del artista, la música del compositor, o la imagen expresada por el pintor no son, respectivamente, las letras o palabras que leemos o escuchamos, ni los símbolos químicos del producto que utilizamos o consumimos.

ni la voz y gestos grabados del actor, ni las notas del pentagrama, ni los hábiles trazos de las pinturas o dibujo que admiramos. La creación trasciende la obra, pero está en ella. Por eso, la fuerza poética creativa de Vallejo está por encima de la suma de palabras. Lo mismo que la belleza enigmática y candorosa de La Gioconda excede los trazos y colores del lienzo que contiene. Y la utilidad de un 'chip' electrónico está fuera del plano en el cual su inventor describió cómo fabricarlo.

Con todo, aunque la creación-idea en cuanto tal es objeto de derecho independientemente de la obra, hay que reconocer que mientras permanezca desnuda de expresión, como mera idea no nata en la mente del autor o inventor, no puede considerarse jurídicamente protegible. Tiene que evidenciarse. La protección al autor o inventor se concede en la medida que sus creaciones se exterioricen y queden plasmadas de una manera permanente e invariable. Es decir, en la medida que puedan ser asequibles al conocimiento de terceros de una manera igualmente objetiva en todos los casos.

Distinto de la creación (esfuerzo, actividad y excepcionalmente azar) es su resultado conocido. Este resultado puede ser, a su vez, objeto de derecho independiente, como hemos dicho. Primero, de su autor o inventor porque nace en el instante en el que la creación concluye su expresión. Mas, después este resultado puede pertenecer a un tercero (que, por ejemplo, lo había encargado. Tal si alguien solicita de un artista que pinte su retrato; o a un maquetista que fabrique el prototipo de un modelo industrial; o a un dibujante, el original de un signo marcarío, etc.)

De este modo, el bien material puede reunir en sí distintos objetos de derecho: la creación y la obra. La creación, en tanto que actividad del autor o inventor, es el eslabón que une la idea con la obra. Nos encontramos así con que respecto del retrato, cuyo ejemplo hemos citado, podría suceder que la pintura y lienzo pertenecieran a un titular, la creación obviamente al artista y la obra o resultado a quien encargó el retrato.

No toda creación es apta como objeto de derecho en el área que estudiamos. Solamente aquellas que el ordenamiento reputa idóneas. No importa aquí el detalle de la legislación. Pero sí es útil poner de manifiesto que, se miren por donde se miren, se arribará a una idéntica conclusión respecto de todas las creaciones, intelectuales o industriales: para que puedan tutelarse jurídicamente, y con ellas a sus creadores, han de manifestarse de manera sensible y permanente. La creación como hija del intelecto es abstracta. Como actividad de la mente sólo puede protegerse

a través de su vertiente expresiva material o sensible. El destino de la protección son los intereses del creador sobre su creación, pero esta protección se efectúa y ejerce por medio de la manifestación externa, que es la única manera de reconocer la creación siempre con iguales características. Sólo existen, que ahora recuerde, dos casos en los que la legislación ha omitido exigir constancia de lo que se pretende proteger. Uno de ellos se encuentra en el artículo 7b) de la Ley 13714, cuando alude a "conferencia, discursos, planes, lecciones, sermones, memorias y obras de la misma naturaleza en su forma oral . . .". El desliz es notorio, pues si no queda de algún modo registro grabado o escrito de lo dicho oralmente ¿cómo protegerlo?

Otro caso es el previsto en el artículo 87 del Decreto Supremo 001-71-IC/DS, que concede protección a los conocimientos, experiencias y habilidades técnicas o industriales. Al no requerir constancia de ello, su protección se me antoja bastante dificultosa. Por de pronto, habría que probar la preexistencia de conocimientos, experiencias, habilidades, etc.

Y ya que hablamos del objeto de "propiedad" industrial, mencionemos el imperdonable defecto normativo en que incurre el artículo 46 del citado Decreto Supremo. Este dispositivo apunta que el Estado "garantiza y protege los distintos elementos constitutivos de la propiedad industrial". Sobre esto es imperioso señalar que, como es natural, lo que se garantiza y protege es la titularidad sobre la explotación o uso de creaciones singulares y concretas que se adscriban en la categoría de alguno de tales elementos típicos constantes. No se garantizan o protegen ellos directamente, como tampoco se protegen las figuras jurídicas de mandato, o arrendamiento o comodato. Precizando más, hemos de indicar que tales elementos no "constituyen" la propiedad industrial, como reza el artículo, sino que ésta recae sobre explotación de creaciones de ellos. (Y eso sólo en la medida de su utilización).

El ordenamiento civil califica de bienes muebles, en su artículo 886.6, los rendimientos económicos que produzca el aprovechamiento de la creación. Según esta tesis, tales rendimientos parecerían ser objetos autónomos de derecho. Puntualizando: objetos de derecho real (art. 2093 C.c.) Conceptúo errada la doctrina que estos preceptos recogen. Aunque con cargo a volver sobre el tema, puedo adelantar que, a mi entender, los rendimientos carecen de vida autónoma. Son, por completo, dependientes de la creación. Surgen con ella y con ella se extinguen. El hecho de que el rendimiento pueda cederse y pasar por distintos titulares no le otorga valor a la tesis de autonomía como bien de derecho real, que

discutimos. Porque lo que en verdad se explota, usa o disfruta es la creación misma, reconocida siempre de igual manera a través de su expresión objetiva.

En suma, auténtico objeto de derecho intelectual (incluyendo el industrial) sólo hay uno, a mi juicio. Y con esto traigo a colación el detalle mencionado más arriba sobre la singularidad —derecho, no derechos— con que se expresa la Ley 13714. Es el del derecho del autor o inventor sobre lo creado y el conjunto de intereses que lo rodean. Lo que ocurre es que ese derecho sobre el objeto (la creación) tiene diversas manifestaciones, atributos o potestades. Es de ancho contenido. Por eso, puede el creador desprenderse temporal o permanentemente de alguna de las atribuciones que integran el contenido, pero conserva la ruda titularidad sobre la creación, que es fuente y causa de todo lo demás. Al Derecho no le interesa tutelar la creación por la creación misma, como mero fruto del talento humano. Antes bien, es materia de amparo jurídico en la medida y porque sirve al creador y a terceros por su belleza o utilidad. Quiero decir que no se protege el ingenio porque sí, sino porque tiene un cierto valor que puede expresarse y aprovecharse de diversas maneras (entre ellas, económicamente por su uso o cambio). El esfuerzo creador no tiene por qué ser gratuito y la compensación que se percibe por él no se concibe sin la creación realizada.

Estamos, por tanto, ante un único objeto sustantivo: la creación. Sobre este objeto recae un derecho complejo y plural: el de autoría o invención. Este derecho tiene un contenido con un haz de posibilidades jurídico-materiales también tuteladas y reglamentadas, pero de manera subsidiaria y dependiente. Una de estas posibilidades es la de obtener un rendimiento económico de la creación como fruto de un esfuerzo, como resultado de una actividad humana. Los numerales 886.6 y 2093 del Código Civil han creado, me parece, una ficción jurídica —no puede de otro modo calificarse— que es impura no sólo desde el punto de vista del genérico derecho intelectual, sino, incluso, desde el obligatorio, como veremos más adelante.

2.5. *Contenido del derecho. — Los distintos regímenes*

Sabemos ya quiénes son los sujetos de derecho intelectual. Al respecto, hemos apuntado que existe un derecho originario perteneciente al creador, y que otros sujetos pueden ser titulares derivados de algunas de las potestades propias del contenido original del derecho. Sabemos tam-

bién cuáles son estos singulares objetos de derechos: las creaciones, como "facere" o actividad del intelecto expresadas en un resultado (cuyo titular puede llegar a ser un tercero). El ordenamiento jurídico decide y menciona cuáles son estas creaciones sobre las que pueden recaer derechos, y cuáles son las potestades que, según la especie de creación, pueden ejercitarse.

Ahora nos toca examinar, en concreto, las manifestaciones del derecho sobre el producto de la inteligencia para luego indagar su naturaleza. Por evidentes razones prácticas, como el ordenamiento diferencia al autor del inventor (o creador de marcas, etc.) y las creaciones son de diversa especie y adscritas a regímenes distintos, conviene estudiar su respectivo derecho según también las leyes respectivas.

A. **La Ley 13714.**— Este dispositivo estatuye y regula dos géneros o manifestaciones del derecho autoral que cuidadosamente explicita y disciplina por separado. Un primer género está constituido por facultades que la Ley denomina atributos morales o intelectuales. El segundo, por facultades de orden económico que, con discutible ortodoxia, llama patrimoniales.

a) Atributos moral-intelectuales.

Se conceden exclusivamente a los creadores. Normalmente, son personas físicas, aunque también la Ley, para ciertos supuestos, contempla a las personas jurídicas. Con respecto a las primeras, los derechos que la Ley otorga pueden ser reivindicados, para el nombre y memoria del creador, por sus herederos y otros terceros en determinadas circunstancias (art. 33).

A tenor de la Ley, estas atribuciones consisten en la posibilidad de reivindicar la paternidad de la creación; oponerse a su deformación, mutilación o modificación; exigir que se la identifique con su nombre o seudónimo; continuarla, terminarla o permitir que otro la termine; rectificar o retractarse de su contenido y mantenerla anónima o inédita.

Particularidad de esta gama de atributos es que son permanentes y a su vez, son inalienables; lo cual es completamente natural porque aunque pueda cederse el resultado objetivo de lo creado, no se ve cómo enajenar una actividad intelectual e inaprehensible que históricamente ya tuvo lugar.

Apunta el numeral 33 de esta Ley que luego de la muerte del

autor, el derecho moral es irrenunciable por el cónyuge, hijos y herederos. No se necesitaba decirlo y la declaración viene a ser verdad de Perogrullo: si para el creador este derecho era en vida inalienable, no podría desprenderse de él por renuncia. "Ergo", no puede transmitir a sus herederos una facultad que él no posea. Las atribuciones moral-intelectuales no pueden ser materia de embargo, ni afectadas en garantía. Esto resulta obvio.

Hay que señalar, no obstante, que el ejercicio de estas facultades tiene posibles consecuencias económicas. Tal sucedería, por ejemplo, si luego de entregada una obra al editor e impresa por éste, decidiera el autor que no se distribuyera. En este caso prevalece la facultad moral-intelectual del autor sobre el interés del editor, pero el primero deberá resarcir al segundo por los perjuicios que éste sufra.

Existe, en suma, una auténtica soberanía o señorío del autor respecto de su creación. Esta soberanía va anudada a la propia reputación y consideración personales que priman sobre otros intereses. Lo que ocurre es que de manera asociada puede el creador, al menos en un primer momento, tener la titularidad no sólo de su creación intelectual, sino del cuerpo material que constituye su envoltura —como el cuerpo al alma, que la recoge y encarna; como el papel los conceptos que ahora escribo.

b) Atributos patrimoniales

La Ley 13714 equipara el patrimonio a un posible disfrute de naturaleza económica. Basta ojear el texto para corroborarlo sin mayor esfuerzo. La sinonimia es discutible, ya que no debe confundirse o identificarse la valuación de unos bienes con la suma de poderes sobre los mismos. De una manera gráfica y sencilla, puede afirmarse que el patrimonio es lo que se tiene y el poder jurídico sobre ello. Lo económico es el contenido mediato del patrimonio, en tanto que un bien o derecho que lo integran producen un resultado económico por su uso o cambio.

Con arreglo a lo dicho, son las creaciones las que constituyen el patrimonio (no necesariamente las obras) y las creaciones pueden o no producir un rendimiento sin que por sí mismas, ya que son espirituales o inmateriales, posean un valor económico propio y definido. La obra es el resultado objetivo de la creación y la utilización de esta obra de diversas maneras produce un rendimiento, pero éste no es autónomo de la creación aunque deriva de relaciones jurídicas ajenas al íntimo acto creador y a su expresión.

En general, la vertiente llamada patrimonial del derecho del

creador consiste en la posibilidad de ejercer, por un tiempo determinado, ciertos poderes y facultades económico-materiales sobre su creación y su expresión externa. Esta vertiente asume distintas modalidades y variantes según la especie de la obra creada, pero fundamentalmente estriba en cobrar por posibilitar que otros disfruten de la creación y de sus resultados (belleza, utilidad, etc.) La obra material o su reproducción o difusión en diversas presentaciones constituye el medio o cauce a través del cual se llega a conocer, y a disfrutar, el producto del intelecto: la creación.

La Ley 13714 es explícita al calificar estos poderes económicos como materia o sustrato diferente de lo estrictamente intelectual o moral. De esta manera, el artículo 36 cita algunas de las modalidades en que se ejercitan estos poderes. Dependiendo de la especie de la obra y del sujeto que ejerce derecho sobre ellas, las facultades económicas tienen diversa duración, pero siempre definida y determinada. En ello se diferencian de las morales, que no caducan.

A la postre, este atributo patrimonial puede cifrarse en la posibilidad de ejercer, en exclusiva, una actividad económica a partir de la creación. Pero mientras en la conocida como "propiedad intelectual". En ella, como veremos, el derecho de uso es una suerte de obligación, puesto que la falta de explotación económica incide en la caducidad de la titularidad.

B. El Decreto Supremo 001-71-IC/DS y el Decreto-Ley 22532.— Lo primero que parece necesario poner de relieve, al entrar a examinar esta normativa con espíritu crítico, es su absoluta carencia de unidad y de coherencia, que torna francamente difícil —casi me atrevería a decir que imposible— un análisis vertebado y común de los caracteres sobresalientes de estas manifestaciones de creatividad industrial o asociada a la industrial. Tras el texto de los artículos del citado Decreto Supremo, se hace ostensible que su redacción ha sido apresurada . . . y que, incluso, pueden haber intervenido algunas manos políticas indoctas en esta materia.

De entrada, en el mencionado Decreto Supremo se echa de menos una formulación de principios jurídicos. Si alguno hay, se encuentra contagiado de criterios socio-políticos con un acusado intervencionismo estatal. Sobre tales principios jurídicos, indispensables para gobernar con acierto la disciplina jurídica de una institución y sus modalidades y figuras, el autor del Decreto, cual Pilatos, terminó remitiendo al derecho común. Derecho común que, en orden de especialidades, debió ser prime-

ro el comercial, de completa afonía legislativa en este particular; luego, el civil que apenas se ocupaba al respecto. Así, pues, al estudiar en nuestro país la "propiedad industrial", no queda más remedio que recurrir supletoriamente a la muleta que debe encontrarse, por afinidad y parentesco, en la Ley 13714.

En segundo lugar, en el referido Decreto Supremo se advierte carencia de criterios comunes. Si la falta de principios jurídicos normativamente expuestos puede acaso disculparse porque se consideren sobreentendidos, no pueden serlo criterios contrapuestos. Esta diversidad en lo más esencial conduce en nuestro ordenamiento a disímil tratamiento sustantivo entre sí de los varios elementos. No es posible, en suma, obtener de las normas, por razonamiento inductivo, reglas uniformes básicas sobre los derechos de los titulares de tales elementos. Echemos un vistazo a diversos artículos.

El 71, relativo a patentes de invención, estatuyó que en el marco de relaciones laborales el empleado inventor tenía derecho a una remuneración (debió decir compensación) especial por lo inventado, y a ser mencionado como inventor. La modificación introducida por el artículo 8 del Decreto-Ley 22532 ya no le obliga a enajenar en favor de la empresa el producto de su ingenio, pero subsiste el derecho a una compensación y a ser mencionado como creador. Este derecho es irrenunciable. Se reconoce así que la creación, aparte de un derecho económico, origina un derecho intelectual o moral de paternidad equiparable al previsto en la Ley 13714.

Con relación a las patentes, ¿cuándo surge el derecho? Dice el artículo 20 del Decreto-Ley: "Si el examen definitivo (de la solicitud) fuere favorable, se otorgará el título de patente". El numeral 28 del mismo dispositivo señala que: "la patente conferirá a su titular el derecho a explotar en forma exclusiva la invención por sí misma, a conceder una o más licencias para su explotación y a percibir regalías o compensaciones derivadas de su explotación por terceros". El precepto no alude a reconocimiento de titularidad o de paternidad sobre la creación inventiva, sino a otorgamiento (dación) de un derecho nuevo y distinto, cual es el de monopolio o patente para explotar un invento con carácter exclusivo.

Según nuestra legislación, la patente viene a significar la concesión de un monopolio sobre utilización económica o práctica de un objeto de creación. Obviamente, para que se obtenga la concesión de esta exclusividad ha de existir previamente el objeto sobre el cual la exclusividad

recae, o sea la creación inventiva. Sólo así se explican las normas y sin duda obligan a diferenciar. En patentes y diseños industriales, los derechos morales e intelectuales y los económicos no exclusivos (puede venderse el invento antes de su registro) nacen con la creación, con el invento. En cambio, el derecho sobre su explotación exclusiva, que es lo que fundamentalmente regulan los citados Decretos, se obtiene a partir del otorgamiento de la patente. De este modo, el Registro cumple una triple función: reconoce y presume la titularidad sobre la actividad inventiva al primer solicitante y en tal sentido es declarativo; declara también a quién le pertenece el derecho a la explotación; por último, constituye y otorga un nuevo derecho, el de la exclusividad protegida a la explotación. Pero, una cosa es la creación y otra su uso exclusivo (patente).

En lo que a marcas concierne, la literalidad de los preceptos parece ser contradictoria. A tenor del artículo 93 del Decreto Supremo 001-71-IC/DS, "para que una marca pueda ser registrada, se requiere que sea propia . . .". Es decir, que pertenezca a quien solicita el registro, bien a título originario por ser su creador, bien a título derivado porque ha adquirido del creador o de un tercero la posibilidad de utilizarla. Empero, el artículo 98 anota que el "registro de una marca confiere a su titular la propiedad de ella". Ya hablaremos luego de la "propiedad". De momento, ¿en qué quedamos? ¿Desde cuándo se es propietario? ¿Cómo puede el registro conferir la propiedad si para solicitarla ya había que serlo?. Creo que la respuesta debe ser la misma que se ha sugerido líneas arriba al ver las reglas sobre patentes y diseños. Según esto, la propiedad en el sentido de atribución de titularidad intelectual deriva y surge con el acto creativo; y sobre el signo gráfico creado, que luego será marca formal, tiene su creador una paternidad innegable. Este creador puede acceder al registro, o hacerlo quien haya adquirido el signo creado como resultado. Al creador se le ocurrió la idea, y no a otra persona. Por lo tanto, esta propiedad-paternidad sobre el signo no puede conferirla el registro. La función del registro es conferir a dicho signo un poder distintivo mercantil de carácter exclusivo. Por otra parte, tampoco puede nadie interferir en la cesión que del resultado (obra física que recoge materialmente el signo gráfico) haga el creador a un tercero, en virtud de una relación jurídica laboral o de otra índole. Tal es el sentido del artículo 93, cuando dispone que la marca ha de ser propia y alude a propiedad en dos sentidos diferentes: la 'propiedad' sobre la paternidad y la propiedad sobre su resultado. ¿Y cuál deberá ser el sentido del numeral 98?. A mi entender, el registro a que este precepto se refiere no confiere el derecho de 'propiedad' sobre la creación del signo gráfico, sino de propiedad al derecho, no intelectual sino mercantil, de uso exclusivo de la marca en relación

con un producto o servicio determinado. No sería razonable otra conclusión diferente y pugnaría con la idea de creación y el natural derecho sobre la misma. Una cosa es ser dueño de la creación en cuanto imaginación expresada (y eso no le compete decidirlo al Registro, sino a los tribunales) y otra cosa es el derecho económico para distinguir gráficamente unos productos o servicios, que el Registro concede al presumir con justo título a quien solicita la exclusiva.

El planteamiento que se sugiere es coherente, además, con la necesidad de explicar un delicado punto que la legislación marcaría menciona, pero no subraya, dejándolo al común entendimiento. Me refiero a que la concesión de exclusividad en el uso lo otorga el Registro de manera separada en relación con determinados productos y clases de la Nomenclatura Oficial (artículo 72 del Decreto-Ley). Una misma creación intelectual con propósito marcario puede tener distintos concesionarios de explotación monopolista, según los productos que diferencie. Vale decir que el pronunciamiento de la Oficina de Registro no recae sobre la pertenencia genérica e intelectual de un signo marcario. El Registro, para ser exactos, no se inmiscuye directamente en la autoría o paternidad creativa del signo, sino en la aplicación y explotación del mismo de una manera exclusiva y con virtualidad distintiva. Los titulares de la explotación marcaria pueden ser varios, aunque el creador pueda haber sido sólo uno.

En materia de nombre comercial hay otro régimen. Por de pronto, no la actividad creativa ni su resultado, pero sí la titularidad registral sobre ello, se encuentra limitada a quienes "se dediquen a una actividad económica", como reza el artículo 103 del Decreto Supremo en referencia. ¡Censurable mandamiento, por cierto!. Primero veta la posibilidad de que sea reconocida la paternidad sobre el nombre. Segundo, constriñe el reconocimiento registral del derecho de uso a quienes ejerzan una actividad económica, que la menciona en el sentido de propósito lucrativo.

La regla sobre el nombre es clara: la pertenencia jurídica es independiente del registro y, además, el uso exclusivo tutelado no requiere de expresa declaración administrativa. Intuyo que en esta materia el legislador acaso ha estimado que la identificación de una actividad mercantil, a través de un nombre concreto, es una suerte de prolongación del derecho a ser conocido física y jurídicamente con un nombre determinado.

Aspecto sustantivo común a todos los elementos de la 'propiedad industrial', es que la única propiedad que administrativamente se otorga

formalmente es la de monopolio en la explotación o uso, y eso por un tiempo máximo determinado. En las marcas y nombres admite ser renovado indefinidamente, siempre que se acredite que el derecho se ha utilizado. Tratándose de patentes, no cabe renovación e incluso puede obligarse al titular que no la explote a que conceda licencia para que un tercero lo haga. Estamos, pues, ante 'propiedades' que poco se asemejan a la auténtica propiedad. En la legislación positiva del área llamada industrial, debemos más bien hablar de derechos de uso temporales, que caducan o que hay que renovar, que obligan a ser disfrutados o utilizados, cuyo titular, en ciertos casos, puede ser constreñido a que los ceda a cambio de cierta compensación. Y todo lo anterior sin que en ningún momento los decretos hagan mención relevante a los creadores y a su actividad intelectual.

IV. EL ARTICULO 18 DEL CODIGO CIVIL.— LOS DERECHOS DE LA PERSONA

El Título II del Libro I del nuevo Código, bajo el manido y ancho rótulo de "Derechos de la Persona", incorpora en el cuerpo jurídico civil un conjunto de normas de inocultable significancia privatista. Algunas de ellas son auténticamente novedosas en nuestro ordenamiento positivo. Otras han sido rescatadas de parcelas no civiles —básicamente penales y sanitarias— en las que los principios que ahora civilmente se recogen se enfocaban desde ángulos diversos, pero que en conjunto podrían calificarse de publicistas o, por lo menos, de interés social.

Singulares derechos previstos en el artículo 2 de la Constitución han encontrado cauce y acogida en el sistema civil que, a diferencia del anterior de 1936, disciplina con loable acierto los derechos del ser humano en su expresión individual más privativa: los elementos que caracterizan la esencialidad de su autoconciencia. De suerte que las normas legales abstractas vienen a ser un espejo en el cual los sujetos concretos podrían reconocerse sin más esfuerzo que dotar de contenido las notas formales que este Título incorpora. Así, el Derecho se hace eco de las cualidades esenciales que distinguen al ser humano y las plasma en normas positivas porque estima que tales cualidades son dignas de tutela. Cualidades esenciales he dicho, y no atributos, ni en primer grado derechos. No atributos porque no son concesiones que se otorgan al individuo; él, por sólo nacer y vivir, los tiene sin que el Estado se los confiera. No son tampoco derechos legalmente otorgados, sino reconocidos. Declara y constata el Derecho, a través de sus preceptos, que lo ya conocido socialmente como derecho

natural merece tutela jurídica. No son, en suma, derechos o atribuciones que el Derecho quita y pone al vaivén del legislador. Antes de ello, son derechos naturales inmanentes al hombre que quedarán o no consagrados legalmente, con mayor o menor eficacia o amparo, pero que ahí están, se declaren o no en los ordenamientos legislativos.

Lo antedicho aparece expresado con fortuna y corrección en el artículo 5 del Código, en cuanto alude a derechos inherentes a la persona. Inherencia que no es otra cosa que consubstancialidad, inseparabilidad, pertenencia indisoluble y coexistencia plena con la persona que, de otro modo, no podría ser concebida sin merma de su naturaleza física o espiritual. De aquí que (el derecho a) la vida, la integridad física, la libertad, el honor y la fama, la intimidad, la imagen y el nombre no pueden considerarse y estudiarse sin atender al concepto de persona. Son particularidades esenciales a ella y que en cuanto se "encarnan" en un sujeto concreto forman parte de su particular ser vivencial. De esta manera, una vez individualizadas y "encarnadas" experimentan un proceso de recreación e integración, de actualización, perfeccionamiento y modelación que van conformando la tipicidad de cada persona hasta dotarla de una singular "personalidad", que no es otra cosa que la propia identificación con el yo.

Los derechos de la persona, luego de individualizados y realizados, pasan a constituir los derechos de la personalidad, como esencia propia, única y diferente en cada individual ser humano. Si bien la antedicha realización —hacerse real— se inicia con la vida, es de tal naturaleza que la trasciende. No sólo estas cualidades son inherentes al ser físico en su cuerpo y espiritualidad ejercientes, sino que algunas de ellas trascienden la vida biológica. Así el honor, la fama y los adelantos científicos permiten perpetuar la imagen y la voz.

He querido hacer como introducción esta escueta matización entre 'derechos de la persona' y 'derechos de la personalidad', porque de ello se derivan consecuencias que afectan a los temas materia de nuestro estudio en el área de autoría e invención o, en general, del creador.

En efecto. Dice el artículo 18 del Código que "los derechos del autor o del inventor, cualquiera que sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia". Este precepto está ubicado en el Título de "Derechos de la Persona". La regla suscita varias preguntas, pero aquí sólo nos concierne una, que ya habrá sido adivinada por el lector: estando la norma ubicada donde está, pero indicando que los derechos de estos creadores gozan de

protección según otras leyes, ¿se deben excluir estos derechos de los atinentes al concepto general de persona?. Corolario, ¿pueden hermanarse los derechos de autoría e invención con los demás inherentes a la persona?.

En mi opinión, la respuesta a la primera pregunta debe ser que sí. La respuesta a la segunda ha de ser que no. Es decir, con arreglo a nuestro actual ordenamiento positivo, no creo posible considerar los derechos de los creadores (o de 'propiedad intelectual' y 'propiedad industrial') como atinentes a la esencia de la persona.

Conviene explicar lo anterior. Dispone el artículo 5 del Código que los derechos que menciona son inherentes a la persona. A todas las personas. Tal inherencia se traduce en que los derechos son inalienables e indisponibles. Salvo ciertos actos sobre el propio cuerpo, no pueden ser objeto de voluntaria limitación. De alguna manera, podría decirse que estos derechos se perciben a veces por su ausencia o restricción. De aquí que la tutela legal de los mismos se circunscribe no tanto a regular su ejercicio y goce, cuanto a su defensa, porque conciernen sine qua non a la propia condición de todo ser humano y su existencia física y jurídica. Son, como hemos dicho, cualidades no jurídicas, sino naturales de todos los hombres, que el ordenamiento positivo constata y anuncia.

No creo que pueda afirmarse lo mismo en sede autoral o de invención. Por cierto que a todo ser humano le está dado, en mayor o menor grado y fortuna, volcar sus facultades hacia el ejercicio de una actividad intelectual, con resultados de belleza o utilidad empírica o puramente intelectual. Mas, si por autor e inventor entendemos exclusivamente al titular de un aporte creativo novedoso y protegido por la ley, es claro que la autoría e invención están lejos de ser cualidades de todas las personas. Autores o inventores no son los que creen que están inventando o creando, sino sólo aquellos a quienes las leyes reconocen como tales.

Por otro lado, está fuera de discusión que los derechos esenciales de toda persona, como la vida, la integridad, la libertad, el nombre, son objeto de defensa legal desde la concepción o el nacimiento, según el caso; y la intimidad, el honor y la fama porque estamos inmersos en relaciones de toda índole con terceros. No parece posible, empero, adscribir a uno de esos momentos, o a la pura vida de relación, los derechos de autoría o de invención, los cuales más tarde o temprano tienen una temporalidad puntual. No hay que olvidar, además, que mientras los derechos de la persona son re-conocidos por el Derecho porque lo preceden, los del

creador son otorgados o concedidos luego de la creación y por ella. No se nace siendo autor e inventor, como sí con vida, libertad, imagen y derecho a fama y honor.

Lo acabado de apuntar tiene su correspondencia y explicación en que las cualidades del ser humano del artículo 5 del Código Civil son derechos consustanciales porque están con la persona. Dicho de otro modo, son y recaen y se realizan en toda persona, sobre ella y no sobre un "quid" externo. En el proceso de mi vida, el desarrollo permanente de mi libertad, mi intimidad, mi imagen, mi honor y fama, repercuten primeramente sobre mí. Después sobre quienes me rodean y acaso un círculo más amplio, pero eso en cuanto proyección de mi ser que yo consiento. El contenido de estos derechos de la persona son generales y comunes, que cada singular especial persona los hace suyos de manera distinta, tipificando su personalidad. Los derechos de autoría o invención como frutos de una actividad, arte o inteligencia, son sin duda proyección de un ser humano. Pero proyección fuera de él, en cuanto el objeto de conocimiento y de derecho (la creación y la obra) tienen un contenido propio, fijo y permanente y ajeno al sujeto titular. El derecho sobre la creación no recae sobre el derecho-habiente sino sobre algo exterior a él como no lo son, por ejemplo, libertad, honor, etc.

La creación no está en la persona, como sí la libertad o el honor. Pero, a la vez, no es como otros bienes; no es impersonal como una común pertenencia mobiliaria o inmobiliaria. Porque la creación, aunque adquiere vida propia luego de hacerse socialmente conocida, no puede históricamente desvincularse de su creador. No es del todo ajena a él porque, hasta cierto punto, es su huella vital. Así lo intuyó Beethoven con acertado sarcasmo. Al regresar en su día a su casa, encontró la tarjeta de alguien que había ido a visitarle. La tarjeta tenía un nombre: "Fulano de tal. Propietario de inmuebles". El genial compositor acudió a devolver la visita, pero encontrando ausente al presuntuoso amigo dejó su tarjeta personal en la que podía leerse un nombre impreso, Ludwig Van Beethoven. Y agregado de puño y letra por el músico: "propietario de cerebro". Lo relatado es más que una anécdota. Beethoven sentía y quería expresar que las creaciones que había producido acaso ya no le pertenecían, pero eran fruto de su talento artístico; de su cerebro, en suma, del que aún era propietario.

Las creaciones sobreviven a su creador. Adquieren, por decirlo de alguna manera, existencia y entidad autónomas. De aquí que por ello se ha dicho, con fundada razón, que la vida física del creador es un accidente

en el orden estético o inventivo. Pero, a la vez, son contingentes dentro de la vida humana, sin merma de la persona. Me explico. Si luego de haber concluido este estudio yo destruyera las únicas cuartillas que contienen las ideas, o si el pintor hace lo propio con su obra, o el músico con la partitura, nada de nuestro ser y que nos distingue como sujetos humanos se habría perdido o dañado de manera permanentemente o transitoria. Incluso podríamos reexpresar las creaciones con mayor o menor exactitud. Pero no se puede borrar de nuestras existencias la pérdida temporal de nuestra libertad, por ejemplo. Y es que la autoría o invención no son consustanciales a nuestro ser, sino hijas o aprovechamiento de nuestras cualidades. Las creaciones no son derechos de la persona, aunque sí lo sea la potencia o aptitud creadora. Pero los autores e inventores son los que efectivamente crean. Tienen derechos que no tienen los demás, porque aprovechan sus facultades. Son derechos de sus personalidades, no de la persona. He ahí la diferencia.

Contra las cualidades esenciales generales sin las cuales la persona no puede ser concebida a plenitud como tal, y que están vinculadas a su existencia física y jurídica, es indudable que el derecho de autoría e invención es eventual. Al investigador le está dado investigar o no, al literato escribir o permanecer ocioso. Y ninguno de los dos será menos, porque la creatividad expresada en resultado estético o industrial no es necesaria para tipificar a la persona en su sentido ontológico, físico y jurídico, sujeto de derechos y de cargas. Tengo para mí bastante claro que quien se sienta creador puede renunciar a serlo por otros imperativos existenciales, sin dejar de ser persona. Las otras cualidades, las que mienta el artículo 5 del Código, son "sine qua non" y tan esenciales que una vez perdidas ocasionan de paso la pérdida de la personalidad o de una parte más o menos significativa de la misma.

Por otra parte, es difícil acercar estos derechos a la persona a ciertas notas legales propias de la creación. No se concibe cómo la más privativa libertad, o vida, o imagen, o nombre, o cuerpo u honor pueden compararse como sí puede serlo una obra creativa, resultado de un esfuerzo colectivo. Y si las cualidades del artículo 5 son exclusivas e inmanentes al ser humano, no se entiende que puedan pertenecer a personas jurídicas, como lo podría una creación artística o industrial.

Cabe preguntarse también sobre qué recae la protección jurídica en sede de personas. A este respecto, quiero aquí traer a colación las palabras del Dr. Fernández Sessarego, autor del proyecto de este Título. Copio "ad pedem literae": "Los derechos de la personalidad tienen la caracterís-

tica fundamental de que el objeto de protección jurídica se encuentra situado en la persona misma, es decir, en el sujeto del derecho. Que el objeto de aquellos derechos se halle en el ámbito del sujeto del derecho no significa, por cierto, que pueda existir una confusión entre el sujeto y el objeto. El sujeto del derecho, en este caso, es el ser de la persona, lo que el hombre pretende ser en cuanto hombre. El objeto de protección jurídica lo constituye aquello que sirve a la persona para realizarse dentro del contexto social al cual pertenece. Y lo que sirve a la persona, de lo que ella se vale, en lo que ella se apoya para realizarse, está constituido o representado por realidades tales como su propio cargo —en cuanto inseparable unidad psicofísica— y su pasado, su historia, su honra y reputación, aquello que le permite proyectarse al futuro. Los 'derechos de la personalidad' aseguran a la persona, en su vida comunitaria, el que los demás seres humanos respeten los instrumentos de apoyo de su ser (. . .) El objeto de protección jurídica, del cual es sujeto el ser mismo de la persona, se encuentra, en consecuencia, en el ámbito del sujeto y no en el mundo exterior, en el que se alojan las cosas, aunque de éstas también se valga el hombre para realizarse”.

De aceptarse la tesis expuesta, no sería coherente la incardinación de la autoría y la invención en la estructura de los derechos de la persona. En efecto, mientras que la tutela de la vida, cuerpo, honra, etc. se realiza en por y para la persona sin nada ajeno a ella, la protección al derecho del creador se concede en función y relación de una obra y una creación externas al sujeto, que tienen realidad independiente. Dicho de otra manera: mientras que en el derecho intelectual se protege el vínculo que liga al autor con su creación y obra, en los personales no hay vínculo alguno que proteger.

Podrá invocarse, en este lugar, un texto legal que parece emparentar los derechos de creación con los esenciales de la persona. El artículo 2 de la Ley 13714 dispone que los atributos de orden moral e intelectual del autor son permanentes e inalienables. A su vez, el artículo 5 C.c. habla de irrenunciabilidad. Creo, sin embargo, que sería efectista encontrar en estos enunciados una identidad de fondo. El artículo 2 citado ha de ser entendido bien, porque a lo que se refiere es a la relación con una cierta creación identificable y externa al sujeto. Relación que es llamada de paternidad y de la que se derivan derechos a oponerse a la deformación, mutilación o modificación de la obra. La creación pura en cuanto tal, como actividad intelectual, ya sucedió y está en el pretérito y, por tanto, es intocable. Lo que se podría deformar, mutilar o modificar es la obra como realidad objetiva y fenoménica, resultado de la creación. Con ello,

es cierto, se afectará el vínculo entre la idea-creación original y lo creado, lo mismo que se modificaría si voluntariamente se rectificara. Pero, ello no afecta ni repercute en la personalidad, ni en sus cualidades esenciales inherentes a ella. Por lo demás, derechos permanentes e irrenunciables los encontramos en otras parcelas del Derecho, sin que pueda decirse que afectan a la persona.

Todo conduce, a mi juicio, a considerar los derechos intelectuales (y los industriales conexos) como propios de una concreta personalidad y derivados del ejercicio de las facultades de la persona, pero sin ser inmanentes a las personas en general en su calificación humana, física y jurídica.

V. *EL ARTICULO 883 C.c.— LOS BIENES MATERIALES*

Sobre la base de todo lo ya examinado, el tema siguiente a determinar consiste en saber si podemos, en rigor de conceptos, hablar de 'propiedad' intelectual (incluyendo en ella la industrial) como derecho real.

Dispone el numeral 884 del Código que las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial. La regla suscita diversas preguntas que conviene resolver. Primero, hay que saber qué es lo que el artículo dice; segundo, saber a qué propiedades incorpóreas se refiere; tercero, saber si alude a las creaciones del intelecto.

La primera observación que salta a la vista es que el precepto está mal redactado e induce a confusión. Contiene una elipsis que hay que apresurarse a salvar. En efecto, al mencionar propiedades incorpóreas, ¿ha querido acaso decir que sólo las corporales son reguladas en el Código?. Evidentemente no. A tenor del artículo 923, la propiedad es un poder jurídico sobre un objeto que se atribuye a un sujeto o conjunto de sujetos. Como tal poder jurídico, la propiedad no es sino una categoría, un concepto, una institución jurídica que regula los poderes y cargas para el titular. Ortodoxamente hablando, carece de sentido hablar de propiedad incorpórea. Es una redundancia, porque la propiedad, en tanto que poder jurídico, siempre será incorpórea. Lo que el artículo ha querido decir —y de aquí la elipsis— es que la propiedad sobre bienes incorpóreas se disciplina en legislación especial.

¿Todos los bienes incorpóreas?. No parece que tal deba ser la acertada conclusión. Una breve ojeada pronto revela que los artículos 885 y

886 consideran directamente y sin remisión a regímenes legales independientes, ciertos bienes y derechos que carecen de corporeidad o materialidad física. Así, v.g.: derechos sobre inmuebles inscritos, rentas o pensiones, acciones o participaciones. Es indudable, pues, que el numeral 884 se refiere a otros bienes distintos.

Tal vez se piense que el legislador haya querido aludir a las energías. La eléctrica, por ejemplo. Pero creo que esta idea debe rechazarse. Las energías tienen una suerte de corporeidad no visible, pero sin duda apreciable directa o indirectamente por los sentidos. Las energías son expresión de la materia. Una vez dominadas, son aprovechables y explotables, y hasta almacenables y distribuibles. De modo independiente a lo que las contiene o transporta, mientras que sobre tales energías pueda ejercerse un control y sujeción física, poseen una especial materialidad.

En general, me parece difícil admitir la existencia de bienes inmateriales puros, con valor económico propio y sobre los cuales, directamente, pueda ejercitarse un poder de apropiación; y que, al tiempo, no sean corporalmente controlables o sujetables ni sensibles.

Así, pues, en el campo de nuestro estudio interesa que nos preguntemos si el artículo 884 se refiere a las creaciones intelectuales, considerándolas legalmente como bienes inmateriales.

Estimo que la respuesta ha de ser positiva. Es decir, a reserva de lo que resulte de la publicación de las actas de las sesiones de la Comisión Revisora, es sintomático observar que los anteproyectos presentados a la Reformadora por el Dr. Avendaño, los Dres. Vega y Cárdenas y por la Dra. Maisch, expresamente aluden a los derechos intelectuales e industriales como propiedades especiales que deben legislarse por separado, con aplicación supletoria de las reglas generales. Es importante señalar que el texto final del 884 es casi fiel trasunto del 31 proyectado por el Dr. Avendaño; quien, al explicarlo en su Exposición de Motivos, decía que la finalidad de la norma "es otorgar un reconocimiento expreso a estos tipos de propiedad (. . .). Nos referimos a la propiedad artística, literaria, industrial, etc. (para) reconocer a estas propiedades incorpóreas el rango de verdadero derecho real de propiedad". (Subrayado mío).

Por mi parte, aunque discrepo de tan enfático parecer del Dr. Avendaño, desde luego admito tal calificación de incorporeidad de la creación intelectual, pero creo importante apuntar algún comentario al respecto. A tal fin, me parece útil comenzar por la necesaria distinción entre cosa y

bien. La primera es todo lo que impersonalmente existe o es, en cuanto tal e independiente de su utilidad, función, atribución de pertenencia y apropiabilidad. Por 'bien', en cambio, entendemos la cosa vista desde la perspectiva de su apropiabilidad y, por tanto, elemento de riqueza personalizada.

Procede distinguir entre el concepto jurídico general de bien, que se acaba de apuntar, y su significado económico. Según este último, bien es sinónimo de riqueza, prescindiendo de su fuente u origen y de su titular. Obviamente, dentro de tan ancho valor semántico todo lo que satisface o puede satisfacer nuestras necesidades merece la calificación de bien porque es útil o bueno. De aquí que para los economistas bienes son también los derechos de crédito, los servicios de terceros. Aun contra la opinión de reputados tratadistas que adhieren por esta tesis económica, si bien que argumentando precedentes en el Derecho romano, no creo que pueda aceptarse sin algunas reservas en nuestro Derecho. Tampoco creo que las creaciones intelectuales o industriales puedan ser consideradas bienes como cualquier otro, por el simple argumento de que el creador puede obtener de ellas un rendimiento económico.

Las obras creativas son un producto de la inteligencia y del trabajo, a veces colectivos. Entre ellas y sus creadores existe un nexo o vínculo especial que no se da con los demás bienes, de cuya nuda propiedad pueden sus titulares desprenderse sin particular restricción. No se trata simplemente de que la creación carezca de corporeidad o materialidad, sino que tiene un creador que se prolonga o extiende como una sombra perpetua sobre la creación y la obra, independientemente de que caigan en el dominio público y se extinga el derecho económico. La paternidad es imperecible. Lo que el derecho tutela en esta rama del Derecho no es sólo el resultado, sino el vínculo que le une con el creador. El valor, por tanto, no radica solamente en el hecho, sino en haberlo hecho. No ocurre eso con los otros bienes carentes de "realidad" material como serían las concesiones, o los derechos sobre inmuebles, o las participaciones en empresas. Ellos tienen un valor económico definido y una utilidad propios, prescindiendo de su dueño; tienen su lugar y su tiempo, su valor y su medida por sí mismos, sin que importe su titular.

Pero, inclusive desde otro punto de vista, la inmaterialidad es discutible porque toda creación conduce a un resultado que ha de plasmarse necesariamente en un soporte material que la haga conocerse. No hay idea ni creación industrial, literaria o artística que pueda ser objeto de protección jurídica (y protegiéndola ella, a su titular), como no sea por medio de algo que la contenga y exprese.

Así, pues, según se mire, hay una vertiente netamente material que es aquello físico y tangible en la que se expresa la creación o que la contiene, y otra, creación propiamente dicha, que es intangible, espiritual, ubicua e intemporal, inapresable.

A poco que se medite, aunque la tesis de los bienes inmateriales tiene mucho de atractiva, resulta difícil compartirla plenamente, al menos con el significado usual de 'bien'. La creación no puede incardinarse entre los bienes de la persona porque, como hemos visto, no 'está' en la persona. Pero, tampoco puede ser calificada como bien al estilo de los incorporales citados en los artículos 885 y 886, porque la creación sobre la que hay paternidad no es apropiable y carece de valor propio. Su valor reside en el conjunto de intereses del creador sobre la creación.

VI. LOS ARTICULOS 886.6 y 2093 DEL CODIGO CIVIL

6.1. *¿Podemos atribuir al derecho del titular de la creación el rango de verdadero derecho de propiedad?*

Lo primero que debe ponerse de manifiesto es la útil distinción entre propiedad-dominio real, y propiedad como atribución de titularidad, o sea, pertenencia. Aquí, se entiende, nos interesa estudiar la primera. Es decir, la propiedad como derecho real.

El Código califica la propiedad como poder para usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Examinemos el enunciado.

Con respecto a la categoría de bien, no parece ser posible, ya lo hemos visto, adjudicárselo con perfecta plenitud a las creaciones del intelecto. Ellas son, por cierto, objeto de derecho. Todo bien puede ser objeto de derecho, pero no todo objeto de derecho lo es de derecho real como bien apropiable y transferible. Hay que recordar, además, que la creación es físicamente inapropiable sobre la que no se puede ejercer dominio ni despojo; y la tenencia de la cosa que objetivamente recoge lo intelectivamente creado en nada repercute sobre el total y genuino derecho de autoría o invención (art. 5 de la ley 13714).

Desde el punto de vista del contenido del derecho, las facultades del propietario consisten en poder usar, disfrutar, reivindicar y disponer. Es conveniente verlas por separado.

Usar equivale a servirse de una cosa en el sentido de directa y no mediata utilización y aplicación de ella. Es el ejercicio de un poder fáctico o de hecho sobre el bien objeto de dominio. Esta facultad, dependiendo del bien, pero en casi todos, se entronca con la de consumir, o sea gastar. Correctamente considerada, no creo que quepa hablar de esta facultad de usar en sede intelectual. Las creaciones no se usan. A lo sumo, se aprovecha (sobre todo en el área industrial) el resultado de las mismas.

El poder de disfrutar es también nota característica de la propiedad. Disfrutar es, en la terminología del artículo 890 C.c., obtener de un bien provechos que son renovables. ¿Puede una creación producir provechos renovables?. La respuesta no es fácil ni general. Desde luego, frutos naturales no serán. Frutos industriales tampoco si, cual asevera el 891, los produce el bien por la intervención humana; por un productor que los obtiene (¿extrae?) del bien. Lo cual significa una actividad directa de explotación sobre el bien que rinde los frutos sin que se produzca una alteración del mismo. El fruto civil deriva de una relación jurídica, o sea de un vínculo entre dos sujetos, por la cual uno debe a otro cierta prestación a cambio de la tenencia o uso de un bien. Esta categoría de frutos no siempre ni necesariamente puede aplicarse a la creación intelectual si su creador no tiene respecto de ella relación con terceros.

A mi juicio, en materia de creación, más que de frutos debemos hablar de posibles rendimientos dependientes (de ordinario) de la voluntad del creador; término que, al tiempo de referir la posibilidad de obtener un ingreso económico no equivale al de frutos que tiene otras connotaciones.

El poder de disposición es también sustancial a la propiedad. Disposición que implica facultad de enajenación o renuncia sobre un bien que integra el patrimonio y del cual su titular se desprende y transmite voluntariamente. En materia de 'propiedad' intelectual e industrial existe un doble criterio: mientras que la paternidad y sus derechos anejos son indispensables, los llamados derechos patrimoniales o rendimientos sí pueden cederse. Por ejemplo, puede cederse o licenciarse la patente para explotar un invento, mas no la invención misma, cuya paternidad mental es inalienable. De esta situación se ha derivado, a mi juicio, un error legislativo: en lugar de concebir la figura de la creación como una categoría jurídica unitaria con un haz de poderes y atribuciones especiales con un común denominador, se ha preferido desmembrarla. Ruptura que se evidencia al atribuir a las creaciones una incompleta regulación, singular, separada y distinta de la tocante a sus rendimientos, a los que el 886.6 adjudica la condición de bienes muebles autónomos.

Lo cierto es que, según el ordenamiento positivo, parecería que ya no cabe hablar de, por ejemplo, los derechos de un inventor, sino de propiedades distintas sobre distintos bienes. Una de ellas —no propiedad de derecho real en mi opinión, aunque sí pertenencia jurídica— respecto a la creación, como idea concebida y expresada. Según el Código (artículo 2093) esta paternidad intelectual, esta actividad del creador, es un bien susceptible de dominio real (aunque no entiendo cómo podría haber sobre ella posesión ni cómo, si es auténtica propiedad, tiene impedida su más esencial facultad, como es la de disponer). Otra propiedad distinta sería la de los derechos patrimoniales, a los que el 886.6 adjudica la condición de bienes muebles, como si fueran autónomos e independientes de la creación que les presta subsistencia, causa y razón.

La misma duplicidad de propiedades se encuentra implícitamente en el artículo 129 de la Constitución, que no por ser norma constitucional debe aceptarse sin reservas. La regla está situada en el Capítulo III, dedicado a la propiedad, y a su vez este Capítulo en el Título III, del régimen económico nacional. Con lo dicho sobre la ubicación, bien se comprende que los derechos a que el precepto alude tienen que ser de propiedad y precisamente en el sentido de valor económico de la misma.

6.2. Fuera ya de la pregunta que arriba nos habíamos formulado, interesa ver con algún detalle esta consideración de propiedad mobiliaria real de los que el Código llama derechos patrimoniales del creador. A mi modesto entender, aparte de la injustificada desvinculación de estos rendimientos respecto de la creación madre, el legislador ha incurrido en lo que los oftalmólogos llaman *diplopía*, defecto óptico consistente en doble visión. Doble visión porque parecería que indirectamente se pretende constituir derechos reales sobre derechos creditorios. Así es, la explotación económica de una creación de la inteligencia se traduce en derechos creditorios. Derechos de crédito en los que el acreedor original es el titular de la creación y el deudor es quien debe pagarle por explotar la creación o la obra. Creo, pues, que el legislador innecesariamente ha considerado como tutelable en sede de derecho real mobiliario lo que ya está tutelado como derecho de crédito.

Salvando las diferencias, la tesis del legislador de los derechos reales sobre rendimientos económicos de obras intelectuales conduciría a sostener, en paralelo, que el derecho de cobrar por un arrendamiento (explotación de un bien) constituye igualmente un derecho real.

A mi juicio, los derechos económicos de los creadores y titulares derivados son de naturaleza obligacional y no real. El legislador, digo, ha pecado de doble visión al reputar como bien de derecho real un derecho obligacional (subordinado al especial derecho de la creación). O, si se prefiere, por constituir relaciones reales sobre relaciones creditorias derivadas de aprovechar una idea y su expresión. Carece de sentido calificar de bien mueble en el 886.6 y de derecho real en el 2093, el derecho-deber de cobro del acreedor y el de pago del deudor, o sea la relación jurídica entre ambas partes para aprovechar una creación del ingenio. En sede intelectual, el eventual derecho patrimonial equivale en la práctica a derecho a una prestación, a un crédito. Y esta prestación, como deber jurídico que se cumple de variados modos, no puede en sí ser considerada como bien mueble. Ni es posible ejercitar sobre ella derechos reales.

El rendimiento económico de una creación puede ser, sin duda, objeto de derecho, como también lo es un servicio del que soy deudor. Ni yo ni el servicio que adeudo somos bienes de derecho real; tampoco lo son la creación y su rendimiento. No más, pero tampoco menos. El rendimiento económico es objeto subsidiario de derecho porque deriva de una creación y su exigibilidad tiene origen en un particular negocio jurídico de relación creditoria y no real.

No es concebible, en suma, hablar de derechos reales sobre obras intelectuales, cual reza el artículo 2093 del reciente Código. A menos que exclusivamente se refiera, y no parece, al derecho sobre el bien físico que contiene la obra resultado de la creación. Podré apropiarme de una pintura o escultura, pero no veo cómo apropiarme de la paternidad. Cuando en sede creativa hablamos de propiedad, no cabe pensar en derecho real, como no sea sobre el objeto que recoge la expresión de la idea concebida y creada. Los derechos reales no obligan a cooperación alguna de terceros; precisamente, son derechos de exclusión de tales terceros, de no injerencia en el bien y en su goce. Por el contrario, los derechos económicos que el Código y las leyes bajo estudio dominan patrimoniales suponen, precisamente, una concreta obligación de pago a cargo de un tercero que explota la creación: un deber o prestación a los que no cabe imputar condición de bien de derecho real.

VII. A MODO DE CONCLUSION

Se ha intentado, a lo largo de este trabajo, ofrecer una rápida visión panorámica de la dogmática legal de las conocidas como Propiedad Inte-

lectual y Propiedad Industrial, desde diversos puntos de vista del Código Civil.

Aparte de que la doctrina —que he preferido no citar para no pecar de denso en un estudio de humildes pretensiones— discurre por cauces nada pacíficos, el tratamiento legal conjunto dista mucho de ser completo y coherente. Creo que esta es la primera y más llamativa conclusión que se le revela al analista.

Todo lo demás viene por añadidura. En particular, la dificultad de construir una disciplina unitaria a partir de las reglas civilistas del nuevo Código. Al que esto escribe le parece imposible compatibilizar los derechos de los creadores y de sus cesionarios con el género de los auténticos derechos de la persona.

Otro tanto puede decirse de la forzada y antinatural adscripción de los derechos del creador a la categoría de los derechos reales puros, desmembrando la figura del derecho sobre la creación en diversas especies de 'bienes' independientes.

En suma, los derechos intelectuales (considerando aquí los industriales) no son atinentes al concepto jurídico de persona, ni pueden pertenecer a la clásica y actual institución real de la propiedad. Estamos ante derechos subjetivos especiales, con características propias e inconfundibles. No los podemos sujetar a las reglas matrices que gobiernan otras instituciones o figuras jurídicas. Aunque compartan con ellas algunas características, o tengan cierta analogía.

Analogía es semejanza, pero no pertenencia ni identidad.