

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MASTER
EN DERECHO EMPRESARIAL**

**TEMA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR**

AUTOR

Dr. Angelo Lettere Bitz

DIRECTOR: Dr. Francisco Villacreses

Loja, 2010

1.2 DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación, son de exclusiva responsabilidad del autor.

Nombre del autor

Firma

Angelo Lettere Bitz

.....

1.3 CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Angelo Lettere Bitz, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Nombre del autor

Firma

Angelo Lettere Bitz

.....

1.4 AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

Dr. FRANCISCO VILLACRESES REAL
DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante señor Dr. Angelo Lettere Bitz, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, febrero de 2010

.....
Dr. FRANCISCO VILLACRESES REAL

1.5 AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja (U.T.P.L.) la oportunidad que me ha brindado para realizar los estudios que me han facultado a presentar este trabajo de grado de Máster en Derecho Empresarial y, en particular, a mi Director de Investigación, Dr. FRANCISCO VILLACRESES REAL, por su constante disponibilidad, consejo y guía.

1.6 DEDICATORIA

Para mi esposa Milica, mi hijo Mathias, mi suegra Laura y todos que me han apoyado con sus buenos deseos para poder realizar este trabajo.

1.7 ESQUEMA DE LOS CONTENIDOS

1. PARTES FORMALES

- 1.1 Carátula
- 1.2 Declaración de Autoría
- 1.3 Cesión de Derechos
- 1.4 Autorización del Director
- 1.5 Agradecimiento
- 1.6 Dedicatoria
- 1.7 Esquema de contenidos
- 1.8 Resumen del contenido

2. DESARROLLO DEL TEMA

2.1 ESTUDIO INTRODUCTORIO GENERAL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR EN LA ACTUALIDAD

- 2.1.1 Nociones generales del Derecho de Autor
- 2.1.2 Importancia del Derecho de Autor y el fenómeno de la piratería
- 2.1.3 ¿Cómo generar más respeto al Derecho de Autor y frenar la piratería?

2.2 INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS

- 2.2.1 El invento de Gutenberg
- 2.2.2 El autor en la antigüedad y la edad media
- 2.2.3 El Estatuto de la Reina Ana (Statute of Anne) de 1710

2.3 LAS TEORÍAS JURÍDICAS

- 2.3.1 La Teoría del Reflejo
- 2.3.2 La Teoría de la Propiedad de la Imprenta
- 2.3.3 El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual
 - 2.3.3.1 El desarrollo del Copyright
 - 2.3.3.1.1 La interrelación de propiedad, originalidad y personalidad
 - 2.3.3.1.2 Importancia del Copyright para el desarrollo de las teorías jurídicas
 - 2.3.3.2 La Teoría de la Propiedad Intelectual desarrollada en el Continente Europeo

- 2.3.4 La Teoría del Derecho de la Personalidad
- 2.3.5 La Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales
- 2.3.6 Las Teorías Dualistas y Monistas
- 2.3.7 Teoría de los Derechos Morales y Patrimoniales o Teoría del Árbol
- 2.3.8 Otras Teorías
 - 2.3.8.1 Teoría del Derecho Real o del Derecho de Propiedad
 - 2.3.8.2 Teoría Personal-Patrimonial
 - 2.3.8.3 Teoría de los Derechos Intelectuales
 - 2.3.8.4 *Teoría del Derecho Social*
 - 2.3.8.5 *Teoría del Derecho de Trabajo*
 - 2.3.8.6 *Teoría de la Colectividad*
 - 2.3.8.7 *Teoría del Derecho a la No Imitación*
 - 2.3.8.8 *Teoría de los Derechos de la Clientela*

2.4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 2.4.1 Conclusiones
 - 2.4.1.1 Intento propio de un acercamiento a la naturaleza jurídica del
Derecho de Autor
- 2.4.2 Recomendaciones

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.8 RESUMEN DEL CONTENIDO

El trabajo empezará delineando unas nociones generales y principales que tiene el Derecho de Autor en la actualidad. Se busca un primer acercamiento a su función social, aspecto que se profundizará durante el trabajo. Dentro de este aspecto cabe tratar también el fenómeno de la piratería, sus causas y sus efectos perniciosos.

A continuación el trabajo se centrará en la génesis del Derecho de Autor, considerando como punto clave en el tiempo la invención de la imprenta de tipos móviles y su difusión durante los siglos XVI al XVIII. Luego de explicar la situación antes de dicha invención (Antigüedad, Edad Media), se pasa a determinar las tensiones sociales que se generan por la masificación de la producción de libros, y los conflictos de intereses que conllevan. Señalamos como del proteccionismo de los libreros (imprentas) y la censura estatal se evoluciona una creciente conciencia de los derechos de autor, que en el Reino Unido desemboca en la primera ley protectora de los derechos del autor, que es el Estatuto de la Reina Ana de 1710.

En el punto 2.3 se presentan las teorías jurídicas más trascendentales que se generaron alrededor del Derecho de Autor en el transcurso del tiempo, y que buscan establecer la naturaleza jurídica de este derecho, como son:

- La Teoría del Reflejo
- La Teoría de la Propiedad de la Imprenta
- El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual
- La Teoría del Derecho de la Personalidad
- La Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales
- Las Teorías Dualistas y Monistas
- Teoría de los Derechos Morales y Patrimoniales o Teoría del Árbol
- Otras Teorías

Cada teoría será presentada, explicada y su contenido analizado de manera crítica para poderlas comparar entre sí con sus respectivas ventajas y desventajas.

El trabajo termina con la presentación de las conclusiones y recomendaciones que se sacan de los análisis anteriores. Además, basado en lo estudiado se presentará para su discusión un acercamiento personal del autor al tema para determinar la verdadera naturaleza del Derecho de Autor.

**ANÁLISIS CRÍTICO DE
LAS TEORÍAS QUE
EXPLICAN LA
NATURALEZA JURÍDICA
DEL DERECHO DE
AUTOR**

2. DESARROLLO DEL TEMA

2.1 ESTUDIO INTRODUCTORIO GENERAL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR EN LA ACTUALIDAD

2.1.1 NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

Para comenzar debemos tener presente que el Derecho de Autor es parte de los derechos que pertenecen a la “Propiedad Intelectual”. Si bien este término ha sido por mucho tiempo debatido, aceptamos el criterio de Baylos Corroza, para quien es aceptable la doble utilización del término “Propiedad Intelectual”, no solo en un sentido genérico que abarca tanto la propiedad intelectual como la industrial, sino también en otro especial, que abarca directamente el grupo de derechos intelectuales del Derecho de Autor; ya que como señala el mismo autor, el término tiene una larga tradición y, por la fundación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual mediante el Convenio de Estocolmo de 1970, se fusionaron la Unión Internacional para la Protección de las obras literarias y artísticas, basada en la Convención de Berna de 1876, y la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, que tenía su origen en el Convenio de París de 1883.¹

La jurista portuguesa Catarina Rebelo nos dice que la expresión “derecho de autor” como tal aparece por primera vez en una memoria firmada por el abogado francés Louis d’Héricourt en 1725.² No obstante, como veremos en el trascurso de este trabajo, es de suponer que el término mismo no es ninguna creación autónoma de dicho abogado, sino que d’Héricourt debe haber conocido la discusión que sobre estos derechos ya se había desarrollada en el Reino Unido, donde con cierta frecuencia se utilizaba la expresión “*an author’s right(s)*” en relación con el copyright.

Conforme al criterio de la profesora Delia Lipszyc, el derecho de autor “*es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que*

¹ Baylos Corroza, Hermenegildo, *TRATADO DE DERECHO INDUSTRIAL – PROPIEDAD INDUSTRIAL, PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA, DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA DESLEAL*, Editorial Civitas S. A.: Madrid, España 1993, pp. 82-83

² Rebelo, Catarina, *El Derecho Moral En El Mundo Contemporáneo, Su Naturaleza Y Contenido*, en: Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (editores), *X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, Xerox del Ecuador: Quito, Ecuador 1995, p. 21

*presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”.*³

Esta definición se complementa con la dada por la enciclopedia libre en línea Wikipedia, que a su vez enuncia que *“El derecho de autor (del francés droit d'auteur) es un conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores (los derechos de autor), por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística, científica o didáctica, esté publicada o inédita.”*⁴

Si analizamos estas dos definiciones, que se complementan muy bien, podemos extraer las siguientes características del Derecho de Autor:

- 1) El sujeto y titular del derecho es el autor, quien es la persona que crea una obra literaria, artística, musical, teatral, científica o audiovisual;
- 2) La creación de tal obra es un proceso intelectual, que como tal ya da origen al derecho, que protege tanto la obra publicada como inédita;
- 3) La obra debe tener “individualidad”, o sea un mínimo de originalidad frente a las obras ya existentes. Con ello se identifica también como obra auténtica de determinado autor o autores comparada con las obras similares ya existentes, por ejemplo en un determinado género; y,
- 4) Objeto del derecho de autor son los derechos subjetivos del autor, que abarcan dos grupos de derecho: los derechos patrimoniales y los derechos morales del autor.

Estas características tienen importantes implicaciones que separan el Derecho de Autor de otros Derechos, como las Patentes de Invención o el Copyright, que serán más tarde objetos de un análisis más profundo y que en este punto solo se mencionan para dar una primera noción de las diferencias. Cabe por el momento

³ Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO, Cerlalc, Zavala; Paris, Bogotá y Buenos Aires 2005, p.11

⁴ Wikipedia (edit.), *Derecho de Autor*, http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_Autor 23/05/2009 12:10

establecer que el titular del Derecho de Autor por ser una persona física está en condiciones de realizar el esfuerzo intelectual necesario para crear las obras arriba mencionadas. No así las personas jurídicas, que por su naturaleza ficticia dependen de las acciones y decisiones de las personas naturales que las dirigen. En consecuencia, la titularidad de la obra es inseparablemente ligada a la persona de su autor, quien aun queriendo no se puede separar de ella. Sin embargo, veremos más adelante que cabe distinguir entre el autor y el titular del derecho, que sí puede ser una persona jurídica, vgr. un organismo o una fundación a cargo de la herencia del autor.

Como la obra es protegida desde su creación, el Derecho de Autor en principio prescinde de formalidades constitutivas para su generación. Si bien tenemos al comienzo un proceso creativo intelectual parecido a lo que sucede en el caso de los inventos, esos últimos son sujetos a un régimen bien distinto. Así tenemos, por ejemplo, el caso de que la representación del *corpus mysticus* en forma del *corpus mechanicus* es imprescindible en ambos casos para la exteriorización del primero. Ni el Derecho de Autor ni la Propiedad Industrial protegen las meras ideas. Mas mientras en el caso de los inventos se exige de ese *corpus mechanicus* que cumpla con la funcionalidad de la invención, que debe dar una respuesta técnica a un problema técnico no resuelto o resuelto de manera no satisfactoria, en el Derecho de Autor el *corpus mechanicus* meramente debe cumplir el requisito de ser una fijación de la obra, que permite apreciarla sensualmente.

La obra no necesita cumplir con ninguna finalidad técnica, si bien la puede tener como en el caso de un manual, y puede existir de manera autosuficiente, como las obras de arte. Además, las obras protegidas por el Derecho de Autor lo son desde su creación, mientras la protección de la propiedad industrial (patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales) requiere de un examen por parte de la autoridad competente en que se determina si se cumplen los requisitos para su protección por parte del Estado o no, siendo el correspondiente título un documento constitutivo, mientras en el caso del Derecho de autor un posible registro solamente tendría carácter declarativo del derecho.

Por lo dicho tampoco interesa al Derecho de Autor si la obra es publicada o inédita, ya que es discrecional del autor si la quiere publicar o no. Esta decisión personal no influye en el vínculo que tiene con ella y es más bien un aspecto que se da como consecuencia de haber creado la obra, hecho que por sí solo justifica el nacimiento del derecho.

La característica de tener “individualidad” se sabe identificar también con el requisito de ser una obra original, lo cual significa tener un mínimo de una calidad distintiva que permite diferenciar una obra de la otra. En palabras de la Dra. Delia Lipszyc, la originalidad “reside en la expresión – o forma representativa – creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. “⁵ Contrario a lo que sucede en las invenciones, las obras protegidas por el Derecho de Autor no deben representar ningún salto cualitativo frente a las obras ya existentes, o sea que no se les exige ser novedosas para ser protegidas por el derecho. En efecto, el requisito de la originalidad es bastante bajo y prácticamente solo no se lo cumple en el caso de los plagios y de la fiel copia de una obra. Por lo mismo el Derecho de Autor abarca incluso las derivaciones de una obra, como las traducciones, las adaptaciones, las parodias, etc., sin perjuicio de que en algunos casos se requiere el consentimiento del autor originario para realizar la derivación.

En cuanto a los derechos tutelados por el Derecho de Autor, habíamos identificado dos grupos: los derechos patrimoniales y los derechos morales del autor. Según la escuela jurídica a que los juristas pertenecen, destacan la interrelación entre estos dos grupos en mayor o menor grado. Entraremos en este tema más adelante y con más profundidad, pero como tarea introductoria debemos identificar los aspectos individuales que pertenecen a uno y otro grupo.

Así tenemos, en las palabras de Ernesto Rengifo, que *“los derechos patrimoniales o derechos pecuniarios o monopolios de explotación, como también se les llama, son un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permite explotar por sí mismo*

⁵ Lipszyc, obra cit., p. 65

su creación o autorizar su explotación por parte de terceros."⁶ Y más concretamente podemos detallar estas facultades en un listado, no necesariamente taxativo, que encontramos en el Art. 13 de la Decisión 351 del Convenio de Cartagena, que coincide prácticamente al mismo listado que se encuentra en el Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación; y,
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra

Cabe enfatizar que los derechos patrimoniales son esencialmente transmisibles y transferibles, pero nunca se separan por completo del autor. Éste más bien concede o licencia estos derechos por un determinado tiempo en forma parcial o total a una editorial, absteniéndose normalmente de ejercerlos durante el tiempo pactado. Vencido el plazo, se suelen reintegrar al autor.

La gran mayoría de los países adherentes al Convenio Revisado de Berna⁷ garantizan la protección de los derechos patrimoniales por un tiempo que se extiende durante toda la vida del autor más setenta años después de su fallecimiento. En caso de las obras anónimas cuyo autor nunca se revela, este plazo de setenta años corre desde la fecha de su publicación. Luego se considera que la obra entra al dominio público, o sea que puede ser libremente reproducida y publicada, sin perjuicio de los derechos morales del autor y de sus descendientes.

En cuanto a los derechos morales, éstos son personalísimos del autor y, conforme al Art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador consisten en:

⁶ Rengifo, E., *Propiedad Intelectual, el Moderno Derecho de Autor*, p.149, citado por Villacreses Real, F., Dr., *Derechos de Autor*, Texto Guía, Editorial de la UTPL: Loja, Ecuador octubre de 2007, p. 81

⁷ World Intellectual Property Organization (WIPO), *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf 20/07/2009 16:32

- a) Reivindicar la paternidad de su obra;
- b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada;
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;
- d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y,
- e) La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios independientemente de las otras acciones contempladas en esta Ley.

A estos derechos se les ha dado las características de ser:

- Irrenunciables;
- Inalienables;
- Inembargables; e,
- Imprescriptibles

Las características mencionadas se desprenden de la íntima relación que existe entre el autor y su creación, la obra, relación que trasciende incluso las barreras de la muerte, porque ni siquiera el fin de la existencia física del autor termina con todos los derechos morales, y así se conservan los derechos de los literales a) y c) sin límite en el tiempo en manos de los causahabientes del autor fallecido.

Con miras al Convenio de Berna podemos afirmar con Delia Lipszyc⁸ que tanto los programas de ordenador, sin distinción entre programas fuente u objeto, como las obras multimediales son protegidos por el Derecho de Autor. Los primeros por expresa mención en el Art. 10, §1 del Convenio, las segundas por encontrarse comprendidas en la protección genérica que otorgan los §§ 1 y 5 del Art. 2 del Convenio.

⁸ Lipszyc, Delia, *Nuevos Temas del Derecho de Autor y Derechos Conexos*, UNESCO: Buenos Aires, Argentina 2004, pp. 46-47 y pp. 462 ss.

2.1.2 IMPORTANCIA DEL DERECHO DE AUTOR Y EL FENÓMENO DE LA PIRATERÍA

El Derecho de Autor tiene varios objetivos. Por un lado se quiere garantizar en la sociedad el reconocimiento de la actividad creativa del autor y el respeto que éste se merece como persona y ser intelectual. Por otro lado se busca proteger los, a veces considerables, intereses económicos que el autor y otros puedan tener en la obra. Como se aprecia, estamos otra vez frente a los derechos morales y patrimoniales, pero esta vez no queremos solo mirarlos desde el punto de vista del autor, sino desde el punto de vista que tiene la sociedad en concederles un régimen de protección.

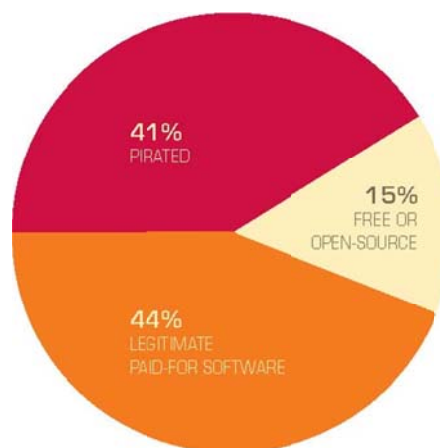
Si el Derecho de Autor tuviese por objeto netamente los intereses personales del autor, probablemente no habría alcanzado el mismo estatus como hoy lo tiene. Veremos también más adelante que el desarrollo del Derecho de Autor está estrechamente vinculado con los intereses económicos de quienes ejercen los derechos patrimoniales sobre la obra y, con el interés de la sociedad de fomentar la actividad creadora de las personas que la integran, a fin de promover el desarrollo artístico, cultural y científico de la misma sociedad y, de esta manera, coadyuvar a defender su existencia entre todas las otras sociedades que estamos compitiendo por nuestra posición en este mundo globalizado.

El balance adecuado entre los intereses económicos y morales individuales y los intereses superiores de la sociedad, debería fomentar la producción artística, cultural y científica. Sin embargo, este equilibrio es bien frágil, teniendo por un extremo precios muy altos para acceder a obras protegidas, sobre todo en el área de los programas de computación (software), la música y la literatura. La noción de la obra ha cedido en éstas áreas a la del “producto”, prescindiendo del énfasis que se solía hacer en el proceso creativo del autor, y percibiéndola como resultado de una actividad con connotaciones mayormente comerciales. En resumen, muchas personas hablan de una industrialización de la producción de obras y consideran la venta de software, música y libros como un “negociado”.

Frente a precios que algunos segmentos de la sociedad consideran exorbitantes para tener acceso a estos productos, se han fortalecido entre los potenciales compradores de las mismas ideas que hacen moralmente más permisible el uso de productos (obras) “pirateados”, o sea ilegalmente reproducidos y distribuidos. Los usuarios de los productos pirateados justifican este uso por lo general con el abuso que cometen los derechohabientes en cuanto a precios altos y una accesibilidad restringida, ya que por razones estratégicas, principalmente de mercadeo, no todos los productos se distribuyen en todas las partes del globo y, a veces el lanzamiento de un nuevo disco, programa o libro se da en diferentes países a diferentes tiempos.

En este contexto destaca la piratería de software. Conforme señala la Business Software Alliance (BSA) en su informe anual sobre la piratería global de programas de computación, tenemos el siguiente uso de software por categorías⁹:

Figura 1: Unidades de software de PC por categoría



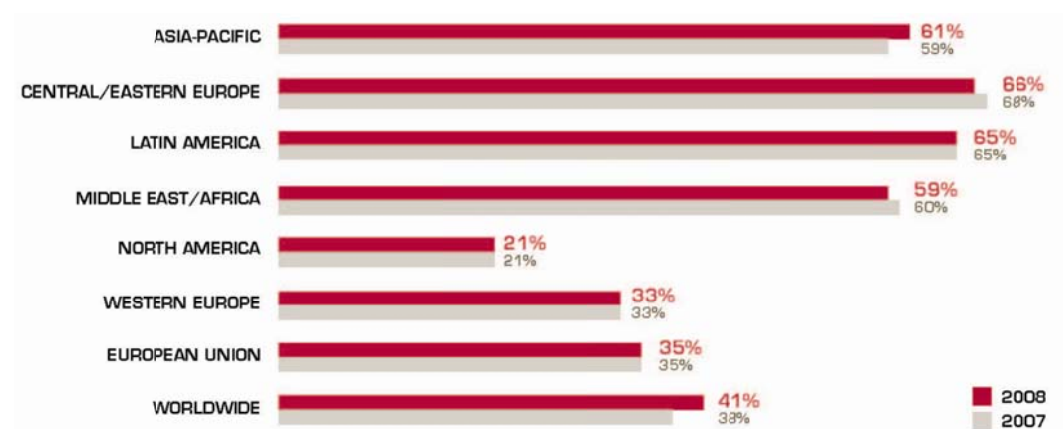
Fuente: Sixth Annual BSA-IDC Global Software Piracy Study, mayo de 2009

⁹ BSA-IDC (editores), *Sixth Annual BSA-IDC Global Software Piracy study 2008*, <http://global.bsa.org/globalpiracy2008/studies/globalpiracy2008.pdf> 28/09/2009 21:36, p. 2

Si bien el segmento de software gratuito o de fuente abierta está destinado a crecer en los años que vienen, actualmente ocupa “solo” el 15% del mercado, o sea que el 85% del mercado de software se reparte casi en porcentajes iguales entre software legítima y pagada (44%) y la pirateada (41%). Significa que apenas un poco más de la mitad de los usuarios de software realmente pagan por ella. Expresando lo dicho en números, se traduce solo para 2008 en una pérdida de ganancias de 53 mil millones de dólares, y por cada 100 millones de dólares de software que se venden de manera legítima hay 69 millones que son pirateadas.

El problema de la piratería es más grande en tiempos de recesión económica, como los estamos actualmente experimentando, pero también existe una correlación entre el nivel de piratería y la distribución de poder económico más el nivel de desarrollo en general, como demuestra el siguiente gráfico¹⁰:

Figura 2: Porcentaje de piratería por región



Fuente: Sixth Annual BSA-IDC Global Software Piracy Study, mayo de 2009

Como se puede apreciar, las regiones con el mayor índice de piratería son la Europa Central y Oriental (66%), casi a la par con América Latina (65%), seguidas por la de Asia-Pacífico y el Medio Oriente con la de África. La menor incidencia de piratería se observe en Norteamérica (21%) y la Europa Occidental (33%) que

¹⁰ BSA-IDC (editores), *obra cit.*, p. 7

prácticamente coincide con la Unión Europea, donde el índice es incluso unos dos puntos mayores (35%). Parafraseando estos datos, dos de cada tres programas que se utilizan en Latinoamérica son pirateadas, mientras la relación en Europa Occidental es uno de cada tres programas.

Si bien se puede establecer que en ciertas regiones la piratería ha bajado en relación con 2007 (Europa Central/Oriental, Medio Oriente/África), en otras regiones se ha quedado igual (Europa Occidental y Latinoamérica), y en otras incluso aumentado (Asia –Pacífico), resultando en un incremento total de la piratería en 2008 del 3%.

Si pormenorizamos un poco más, incluso podemos establecer individualmente por cada país la tasa de programas pirateados que se utilizan:

Tabla 1: 25 índices de piratería más altas y más bajas

HIGHEST PIRACY		LOWEST PIRACY	
Georgia	95%	United States	20%
Bangladesh	92%	Japan	21%
Armenia	92%	Luxembourg	21%
Zimbabwe	92%	New Zealand	22%
Sri Lanka	90%	Austria	24%
Azerbaijan	90%	Belgium	25%
Moldova	90%	Denmark	25%
Yemen	89%	Sweden	25%
Libya	87%	Switzerland	25%
Pakistan	86%	Australia	26%
Venezuela	86%	Finland	26%
Indonesia	85%	Germany	27%
Vietnam	85%	United Kingdom	27%
Iraq	85%	Netherlands	28%
Ukraine	84%	Norway	28%
Algeria	84%	Israel	32%
Montenegro	83%	Canada	32%
Paraguay	83%	Ireland	34%
Cameroon	83%	South Africa	35%
Nigeria	83%	Singapore	36%
Zambia	82%	UAE	36%
Bolivia	81%	Czech Republic	38%
Guatemala	81%	Taiwan	39%
China	80%	Reunion	40%
El Salvador	80%	France	41%

Fuente: Sixth Annual BSA-IDC Global Software Piracy Study, mayo de 2009

La tabla permite ver, que hay algunos países (Georgia, Bangladesh, Armenia y Zimbabue) donde virtualmente no se utilizan sino programas pirateados. De Latinoamérica tenemos a Venezuela, Paraguay, Bolivia, Guatemala y El Salvador entre los 25 países que más software pirateado utilizan. Se puede suponer que Ecuador también se mueve en estas alturas, si bien no figura en este listado, pero esto parece ser por falta de recopilación de datos.

Ahora bien, si estos datos sobre los programas de computación ya aparecen asustadores, la situación es realmente nefasta para la industria musical. Muchos programas de ordenador pueden contar con mecanismos de protección, como números de serie, claves, registro en línea, activación en línea, etc. Todas estas seguridades, que exigen cuantitativamente un mayor nivel de actividad criminal para ser superpuestos, no existen para la música digital. Las protecciones de copiar que en un tiempo se quería aplicar en los CD resultaron ineficaces y hasta ilegales, porque lesionaron el derecho de quien adquirió el CD a hacerse una copia de seguridad.

El nuevo mundo digital en que la música puede renunciar a sus soportes físicos, libre de ser transferida y manipulada, ofrece una amplia gama de beneficios a todos los usuarios, incluso los más ignorantes e inocentes. La aparente sencillez y facilidad con la que el comprador de música puede disponer de su adquisición y el sentido de propiedad, con frecuencia malentendido, que se tiene sobre "su" disco, en un principio ha hecho florecer el intercambio de música en internet. Este intercambio ha dado rápido lugar a un movimiento, si así se lo quiere denominar, dentro del cual se pone la música digitalizada a disposición de la comunidad cibernética que forman los navegadores de Internet.

El intercambio entre los navegadores entonces ya no es privado y personal, sino público y anónimo. Este anonimato, más sentido que real, aporta a bajar las inhibiciones incluso en los usuarios que normalmente si saben que es ilegal descargar música sin autorización de los derechohabientes. Y la gran cantidad de gente que por medio de Internet ofrece, intercambia y baja música está en franca

desproporción con la protección legal que en la práctica pueden esperar las casas fonográficas.

Según datos de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI - International Federation of the Phonographic Industry), que representa a nivel global unos 1400 miembros en 72 países y asociaciones afiliadas en 44 países, el 95% de la música bajada en Internet carece de autorización¹¹. Este porcentaje para 2008 se da en medio de una reestructuración profunda que persigue la industria musical ya desde algunos años, desplazando la venta de CDs físicos a la venta de música digitalizada que se descarga directamente del Internet. En 2008 las plataformas digitalizadas han representado el 20% de la venta global de música, lo cual significa un incremento del 5% frente a 2007, cuando era el 15%.

Dejando a un lado consideraciones jurídicas, se puede argumentar que el intercambio de música y programas es algo positivo, ya que democratiza el acceso a bienes que de otra manera solo serían accesible a un grupo más reducido de personas, pero económicamente más fuertes; que las industrias de software y de música han estado ganando dinero de manera desmesurada a costa de los consumidores y de los propios artistas; que la situación actual es la respuesta social, magnificada por la disponibilidad de herramientas digitales (Internet) y físicas (Computadores) que los consumidores no tenían antes para defenderse contra el abuso de compañías que se aprovechan de su posición prácticamente monopólica en el mercado (vgr. Microsoft con el sistema Windows y su navegador Internet Explorer), etc. Y tal vez en esta argumentación hay incluso algo de cierto.

No obstante, vale la pena recordar otros aspectos también: ciertamente no se apoya al artista o programador si éste no ve ninguna participación económica en la distribución de su obra. Los productores de software y de música ya no podrán destinar tanto dinero como antes en el desarrollo de nuevas obras (programas, piezas de música, novelas), porque si bien tienen que aguantar una pérdida

¹¹ International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) (editor), *DIGITAL MUSIC REPORT 2009 - New Business Models for a Changing Environment*, http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2009.html 30/09/2009 17:48

considerable en el margen de sus ganancias, buscarán compensar esta pérdida de alguna manera. Entre las medidas puede constar el desabastecimiento de mercados poco rentables, como los de países en vía de desarrollo y/o con un alto índice de piratería. También significa una menor inversión en nuevos talentos, especialmente aquellos que comportan un mayor riesgo comercial. La reducción en el volumen de actividades se traduce además en la reducción de personal, lo cual quita a estas personas el sustento de su vida.

Si bien la gran mayoría de las obras pirateadas son películas, música, software y libros provenientes de los países industrializados, es ilusorio creer que esta actitud generalizada solo afecta a los “gringos” que casi no sienten el impacto de la piratería en el Tercer Mundo, sino más el generado por la piratería en los propios países industrializados. La simple razón es que la piratería en los países en vía de desarrollo corresponde a mercados no bien desarrollados, o sea que han venido pirateando desde cuando se ha buscado hacerlos “fértil”. La reducción de la piratería en esos países constituye para las grandes industrias primermundistas más bien un incremento de ganancias, ya que generan ingresos que eran antes casi inexistentes. Lo que les duele es la falta de ingresos de sus propios mercados, porque son dineros con que han venido contando desde cuando se establecieron y que ahora se están reduciendo de manera desmedida, comparados con sus niveles anteriores.

Latinoamérica se causa un daño más grave a las propias economías y sociedades locales, donde artistas y programadores que tuvieron el potencial para tener éxito local e internacional no lo pueden conseguir porque sus productos artísticos como novelas, películas, canciones, programas de ordenador, etc. demandan inversiones fuertes, las mismas que no se realizan por el miedo de no poder recuperar siquiera la inversión debido al robo intelectual y la reproducción no autorizada de las producciones. Por ende se frena un posible desarrollo social y económico, porque no hay quien quiera correr con el alto riesgo que conlleva la inversión, hasta tal punto que, en vez de ser una actividad lucrativa, se torna en un mal gasto de tiempo y recursos.

El resultado no solo se traduce en un perjuicio para todos países latinoamericanos y su capacidad humana, sino también un estancamiento en el desarrollo científico y artístico de la sociedad, que deja de producir cosas propias y nuevas, prefiriendo vivir una existencia parasitaria al margen de los países industrializados, que a la vez producen menos y este menos guardan con más fervor.

Mientras los países primermundistas sienten un grave malestar por la inobservancia del Derecho de Autor, los efectos en países como el Ecuador son realmente funestos para el desarrollo de la sociedad local que cae en una decadencia cada vez más generalizada porque en el afán de satisfacer los deseos individuales por el consumo de productos que normalmente estarían difíciles de alcanzar, o por lo menos difíciles de alcanzar en esta acumulación por las limitaciones económicas que caracterizan los países en vía de desarrollo, la sociedad como tal ha perdido hasta la noción del ilícito que se está cometiendo.

2.1.3 ¿CÓMO GENERAR MÁS RESPETO AL DERECHO DE AUTOR Y FRENAR LA PIRATERÍA?

Realmente creo que la pregunta ya contiene la respuesta. El Derecho de Autor ha servido desde sus inicios como arma contra la piratería, y como veremos más adelante, ésta fue la causa del nacimiento formal de esta rama del Derecho. Por ende, si fomentamos el uno, combatimos la otra.

Se puede clasificar las medidas de protección que se aplican para frenar la piratería en medidas legales, tecnológicas, comerciales y educativas. Las medidas legales las encontramos en la legislación positiva de cada país y en los convenios y convenciones internacionales, como el mencionado Convenio de Berna, que por lo general pertenecen a la esfera del derecho blando. Las medidas tecnológicas las encontramos o en el soporte físico de la obra (vgr. protección de copia, clave de protección/password o número de serie) o Internet (vgr. activación de la software, registro de la copia legalmente adquirida). Las medidas comerciales, que tal vez sean las menos eficientes, las encontramos en el abastecimiento preferido de los

países más desarrollados, con menor índice de piratería (vgr. diferentes fechas de publicación, variación en el precio según la capacidad económica de cada mercado nacional). Por último, las medidas educativas consisten en impartir a la sociedad en general una mayor comprensión y sensibilidad frente al tema del Derecho del Autor. En este contexto se dictan cursos y se publican folletos, estadísticas y libros, muchos por parte de las autoridades locales encargadas con la protección del Derecho de Autor, como el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad intelectual – IEPI, o organismos internacionales, como la Organización Mundial de la Propiedad intelectual – OMPI, u otros que trabajan en el campo de la propiedad intelectual (como las asociaciones de autores y de distribuidores, abogados y estudios jurídicos especializados, etc.).

La solución del problema de la piratería, sin embargo, no la encontramos empleando estas medidas por separado, sino en la coordinada aplicación en conjunto de ellas. Intentos anteriores de solucionar el hecho de la piratería mediante la generación de leyes más estrictas y una aplicación más rigurosa de las mismas, con personal más capacitado, hasta la fecha no han dado los resultados deseados y existe más bien un cierto grado de frustración por la relativa ineficiencia de las medidas legales¹².

Particular mención merecen en este contexto los programas de computación de fuente abierta (open source software). Si bien no pertenecen por sí a las medidas tecnológicas para combatir la piratería, su presencia es una herramienta efectiva para reducirla, porque ofrecen a los usuarios una alternativa muchas veces incluso gratuita (freeware, shareware), legal y multifacética frente a los programas costosos de las compañías grandes que dominan el mercado. Open source software ofrece, por ende, una alternativa legal para democratizar el acceso a determinados programas considerados de gran utilidad para el usuario en general, siempre y cuando no se infrinjan los derechos de autor.

¹² Compárese al respecto la ponencia del jurista colombiano Guillermo Zea Fernández, *La Piratería: Flagelo De Los Derechos Intelectuales En El Mundo Contemporáneo*, en: Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (editores), *X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, Xerox del Ecuador: Quito, Ecuador 1995

Como hemos visto arriba, actualmente la open source software cubre “solo” el 15% de todo el software utilizado. Pero si la comparamos esta cifra directamente con el 44% de todo el software pagado y legalmente usado, el open source software ocupa ya más del 25% del mercado legal actualmente existente. Grandes empresas privadas y estatales, así como incluso Ministerios aprovechan esta posibilidad de reducir costos.

Si comprendemos, por lo menos en parte, a la piratería como respuesta de protesta contra los abusos que se han cometido en nombre del Derecho de Autor, se puede decir que la software gratuita o de fuente abierta es algo como el “lado blanco” de esta protesta, mientras la piratería constituye el “lado negro” de la inconformidad social con la situación anteriormente dada. Visto así, se podría también decir, que mientras la piratería es la respuesta ilegal y terrorista que responde a las tensiones sociales existentes, el software gratuito y de fuente abierta es la respuesta legal y alternativa para solucionar el mismo problema.

Sin embargo, para la industria del software pagado el software gratuito o de fuente abierta es, por las razones expuestas, ningún alivio sino otra preocupación más, porque agudiza la competencia. El resultado de la interrelación de estas fuerzas legales e ilegales es necesariamente una mayor vehemencia con la que la industria del software pagado busca combatir la piratería, intensificando la persecución legal de los piratas.

Recordémonos, por ejemplo, del caso *Napster* del 2001, que es también citado por Delia Lipszyc¹³, en que varias casas fonográficas demandaron a los dueños de Napster, un sitio Web que funcionaba como bolsa de intercambio, por complicidad en la infracción del copyright y responsabilidad indirecta. El último caso legal de mayor resonancia fue en 2009 la condena en primera instancia de cuatro suecos que manejan “The Pyrate Bay”, sitio bien conocido en Internet que permite encontrar “torrents”, archivos descargables que son archivados en el equipo de otro

¹³ Lipszyc, Delia, *obra cit.*, pp. 419 ss.

participante del foro, para la descarga mayormente ilegítima de software. El 17 de abril de 2009 fueron sentenciados a un año de cárcel y una indemnización de 30 millones de coronas suecas, que corresponde a más de 3,5 millones de dólares de los EE.UU.¹⁴

Sin embargo, la pregunta por la responsabilidad legal no es nada fácil de resolver e implica consideraciones tecnológicas muy complicadas, que dificultan una apreciación legal homogénea pudiendo casos aparentemente análogos resultar en sentencias diferentes. Mientras Napster en Estados Unidos y The Pyrate Bay en Suecia fueron condenados, los sistemas *Grokster* y *Streamcast*, que facilitaban igualmente el intercambio de archivos, no lo fueron en 2003 por las cortes de Estados Unidos, cuando los demandó la productora de películas Metro-Goldwyn-Mayer. Como señala Pieri¹⁵, la esencial diferencia entre Napster y los otros dos sistemas consistía en el hecho de que Napster mantuviera por razones tecnológicas un propio índice centralizado de los archivos que podían ser intercambiados. Este índice podía ser consultado por sus usuarios para encontrar aquellas computadoras participantes que contenían el archivo buscado para la descarga. Grokster y Streamcast, en cambio, utilizaban una tecnología licenciada (FastTrack), que no requería ningún índice centralizado sino que remitía al usuario directamente al índice propio e individual de la computadora participante. Por ello, si bien nadie podía negar el intercambio de material protegido por esta vía, no se estableció la responsabilidad de Grokster y Streamcast, porque éstos no coadyuvaban concretamente para que se encontrara canciones, programas o películas protegidos por el copyright.

¹⁴ Music Alley, *Pirate Bay Trial Verdict: Guilty and going to Jail*, <http://musically.com/blog/2009/04/17/pirate-bay-trial-verdict-guilty/> 20/07/2009 20:39

La sentencia fue apelada, ya que como muchos de estos sitios también "The Pyrate Bay" no ofrece mismo los archivos sino un foro para que los participantes puedan intercambiar los vínculos de descarga. Se discute entonces si existe una (co-)responsabilidad legal de quienes ofrecen este tipo de foros por la actividad ilícita de quienes distribuyen software pirateado, o sea propiamente los piratas, y de quienes descargan esos archivos, o sea los otros participantes y visitantes de esos foros.

¹⁵ Pieri, José Eduardo de V., *Internet: Comunicación de Par A Par. Situación en Brasil*, en: Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial – ASIPI, Derechos Intelectuales, Editorial Astrea: Buenos Aires, Argentina 2006, número 12, pp. 250 - 252

2.2 INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS

El presente trabajo se comprende dentro de las arriba identificadas medidas educativas y pretende, dentro del marco del tema escogido, dar un aporte educacional que busca informar sobre los orígenes del Derecho de Autor y su justificación teórico-jurídica. Espero de esta manera contribuir a que quienes lean este trabajo sean mejor informados sobre el Derecho de Autor y su razón, o razones, de ser.

Cabe aclarar en este punto que, como suele suceder en muchos ámbitos legales, las teorías jurídicas siguen en un principio a un fenómeno social recogido por la legislación positiva que está dado *a priori*. En un primero momento las teorías jurídicas quieren explicar la realidad manifestada en el derecho positivo y luego, en un segundo momento, influir efectivamente en su posterior desarrollo. Es decir que el Derecho de Autor no es ninguna invención de juristas, sino que tiene su origen en las interacciones positivas de varios grupos sociales, obligando a la sociedad, por las tensiones generadas, a establecer normas para su regulación, que luego se convertirían en el objeto de estudio de los juristas. Estos se desempeñan entonces en determinar la verdadera naturaleza de este derecho reconocido a los autores para justificar y desarrollarlo en armonía con todo el marco legal preexistente, que comprende los derechos de otros grupos, como los consumidores y los intereses de la misma sociedad.

2.2.1 EL INVENTO DE GUTENBERG

En el caso del Derecho de Autor, todas las fuentes consultadas coinciden en que el fenómeno que dio vida a esta rama del Derecho era la invención de la imprenta de tipos móviles por Johannes Gutenberg, alrededor del año 1450. Esta invención a fines de la Alta Edad Media era para ese entonces algo parecido a la invención del disco compacto en el siglo XX (una analogía muy adecuada, si consideramos los efectos globales de ambos inventos) y aportaba en definitiva para que las sociedades medievales salgan en su desarrollo adelante hacia el Renacimiento.

Para mayor comprensión de la importancia que tenía para la época la imprenta de tipos móviles, cabe señalar cuál era el estado de la técnica de ese entonces. Antes de la imprenta y hasta la introducción de la imprenta de tipos móviles, la única o principal manera de copiar libros era por medio de copistas. El copista era un artesano y lo que hacía no era realmente escribir, sino copiar en forma de dibujos las letras muy elaboradas de los textos que le fueron encargados. Para ser copista no hacía falta que se supiese leer y escribir. De hecho, muchas veces no era ni siquiera deseado que el copista sepa leer, por ejemplo cuando él trataba de copiar textos prohibidos o sobre temas sexuales. Los mayores centros de copia eran los monasterios, lugares también a cargo de mantener bibliotecas y de custodiar y conservar el conocimiento.¹⁶

Si bien se conocía la técnica de la impresión en la China ya desde siglos, la técnica que se utilizaba en Europa consistía en otro duro trabajo artesanal, ya que se sabía utilizar una tabla de madera, de la cual se trabajaba en hueco las letras del texto que iba a ser impreso. Como en esa época la imprenta se orientaba en la letra de mano de los copistas, era una labor muy filigrana. Por el mucho trabajo que costaba tallar las letras en la madera, se utilizaba también madera relativamente suave, pero esas placas se desgastaban rápido. Después de aplicar varias capas de pintura se dañaban y se perdió rápido la calidad de la impresión. Por ende, se sabía aplicar la impresión solo en obras de pocas páginas y hasta cierta cantidad de impresiones.

A cambio, el invento de Gutenberg revolucionó el sistema de reproducción de libros combinando los conocimientos de dos áreas distintas, ya que Gutenberg era de profesión herrero y buscó un acercamiento nuevo a un problema hasta entonces insatisfactoriamente resuelto. No solo tuvo la idea de elaborar letras individuales, o sea los tipos móviles que luego se podían armar una y otra vez en cualquier combinación deseada, sino que también los hizo de fierro, llegando a tipos móviles de alta durabilidad. Al final, con la imprenta de Gutenberg se podía imprimir

¹⁶ Este aspecto de la edad medieval se recoge con gran excelencia en la novela filosófico-policíaca de Umberto Eco "Il Nome della Rosa", ubicada en el siglo XIV y cuya trama se desarrolla misma en este ambiente monasterial de los copistas.

relativamente rápido y en masa cualquier texto manteniendo la calidad de la impresión en cada ejemplar.

Este era entonces el aporte que se hizo en el aspecto técnico, pero lo que ni Gutenberg ni quienes lo financiaron previeron, eran los efectos secundarios y el cambio que conllevaría este invento para la sociedad. Para una mejor comprensión, debemos tener claro cuál era la situación de los autores de una obra con anterioridad al invento de Gutenberg y cuáles son los grupos de interés que generaron la tensión social que dio lugar a la regulación legal de sus relaciones.

2.2.2 EL AUTOR EN LA ANTIGÜEDAD Y LA EDAD MEDIA

Como expone Marisela González López con remisión también a Baylos Corroza¹⁷, entre otros, el hecho de que el reconocimiento legal del Derecho de Autor sea consecuencia de la invención de la imprenta no significa que antes se desconocía la calidad de ser autor de una obra. Sin embargo, como todas las obras literarias, musicales y plásticas se crearon como ejemplares únicos, el autor creador ejercía un control físico completo sobre su obra, que venía plenamente identificada con el soporte físico que la contenía. En otras palabras, la obra era en un principio igual al producto tangible que resultó de la labor del autor. En este sentido no había ninguna diferencia entre, por ejemplo, una silla de madera hecha por un carpintero y un libro científico escrito por un autor.

Esta percepción originaria y basada en el derecho romano conllevaba que por siglos los derechos que podía ejercer el autor correspondían a la cosa real, que por ser tangible era un bien mueble sujeto al régimen legal de todos los bienes muebles. Una vez vendida la obra, pasaba a su nuevo dueño con todos los derechos inherentes, pudiendo el nuevo propietario hacer pleno uso de sus derechos de uso y abuso (*ius utendi et abutendi*). En consecuencia podía esconder la obra, destruirla, realizar cambios en ella, desnaturalizarla, etc.

¹⁷ González López, Marisela, *Del Derecho Moral del Autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.: Madrid, España, 1993, pp. 26-27

Lo que le quedaba al autor era el derecho de ser reconocido como el creador originario de la cosa y de ganarse fama por su arte y destreza. Muchas veces la fama era lo único duradero para el autor, y tampoco solía esperar necesariamente más que ella. Por supuesto que no enajenaba sus obras sin retribución, pero muchas veces solía trabajar por pedido y mientras duraba la obra estaba en la privilegiada situación de ser mantenido por su patrocinador (típicamente su mecenas), quien le suministraba los materiales para poder realizar su arte, mientras al mismo tiempo le proveía con todo lo necesario para vivir.

Al respecto cabe también tener presente qué tipo de personas solían dedicarse a la actividad artística, bien sea escribiendo, componiendo, pintando o esculpiendo. Debemos pensar en una persona bien educada y culta, versada en las ciencias naturales y, a veces, con cierta tendencia al ocultismo. Como la educación en ese entonces era un bien que no podía ser alcanzado por cualquiera, los autores solían descender de familias por sí mismas adineradas, o con buenas conexiones para conseguirse un mecenas para que tutelare a su protegido.

Los autores de libros, por ejemplo, pertenecían en la antigüedad por lo general a la clase alta de la sociedad y vivían de la administración de sus propios bienes invirtiendo también en sus carreras de políticos y/o militares (vgr. Julio César, Cicerón). A veces ni siquiera escribieron ellos mismos sino esclavos capturados de la alta sociedad de culturas conquistadas. Pero como esas obras servían también para vanagloriarse el autor, por lo menos se mantuvieron algunos de sus nombres y relatos, mientras los nombres de la mayoría de los artistas plásticos y pintores de la antigüedad se perdieron encontrando su reconocimiento solo en los varios estilos clásicos en que se clasificaron sus obras.

Con el tiempo y gracias al desarrollo de la sociedad secular se extendía este círculo de autores en la Edad Media a la sociedad media-alta, que con frecuencia tenían un empleo en la administración civil o eclesiástica, eran catedráticos o todo al mismo tiempo. Comúnmente, los autores no podían vivir meramente del fruto de su arte y si no obtenían o no querían un empleo estable, tenían que irse por donde se les

ofrecía trabajo. Uno de los personajes más resaltantes de esa realidad sea tal vez Leonardo Da Vinci (1452 – 1519), quien a pesar de ya ser considerado renacentista expone por excelencia este tipo de artista-científico errante que ya existía desde la Edad Media, ofreciendo sus varios talentos a quienes lo contratasen.

Las obras creadas por los autores en ese entonces eran únicas, hechas manualmente en un solo ejemplar (por ende el nombre “manuscrito”, que se ha preservado para el primer ejemplar de una obra literaria), y si se hicieron por pedido entraban directamente en el patrimonio del contratante. El derecho del autor se agotaba entonces en exigir el pago acordado por su labor, y entregada la obra contra dicho pago se extinguió la relación jurídica entre las partes contratantes de este negocio jurídico (típicamente contrato de compraventa o de obra cierta).

Esta percepción netamente material del Derecho Romano referente a la obra cumplía por siglos muy bien con las necesidades de sociedades que por su limitada ilustración no disponían de una base muy amplia de “productores” ni de “consumidores” de dichas obras, si nos permitimos identificar a autores y lectores de esta manera. Podemos incluso decir que a pesar de la invención de la imprenta ya en 1450 prácticamente todo el Renacimiento siguió esta filosofía jurídica sin roces.

Debido al alto costo de inversión, en un inicio la expansión de la imprenta de tipos móviles se producía con bastante lentitud. Así William Caxton (aprox. 1422 – 1491) recién en 1476 implementó el proceso tipográfico en Inglaterra. Todavía las letras se orientaban a la mano escrita, que en ese entonces era predominada por la minúscula carolingia gótica, y hasta que se podía hablar propiamente de una arte de imprenta debían pasar unos dos siglos más.¹⁸

Sin embargo, podemos calificar esta situación como la tranquilidad que precede a la tempestad. En los dos siglos que siguieron a la invención de la imprenta de tipos móviles ésta se iba dispersando por la Europa continental e insular introduciendo

¹⁸ Lettere, Angelo, Dr., *Historia Breve de la Ortografía del Inglés con una Introducción Paleográfica*, CEDAI-Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE): Quito, Ecuador 1999, p. 21

importantes cambios sociales en su camino. Así el alto costo de su implementación se amortizaba rápido por la impresión en masa de libros, primordialmente la Biblia para la evangelización, y el crecimiento de un más amplio sustrato social conformado por los banqueros, los comerciantes y los burgueses en general, quienes tenían la capacidad económica y la voluntad intelectual para formarse mediante la lectura.

Había el mercado, había la demanda y no faltaba más para que las imprentas también aprovecharan a imprimir más y en mayores volúmenes para cubrir la oferta. Manejar una imprenta se hacía un negocio bien lucrativo y en se entonces como hoy en día, cuando una actividad prospera hay muchos quienes quieren participar en ella, generando el fenómeno de la competencia e, inevitablemente, también el fenómeno de la competencia desleal.

La competencia desleal era entonces un asunto muy debatido. Como ya dijimos, la vista legal sabía ser que quien había adquirido de manera legal el manuscrito o una copia del mismo, se hacía dueño del objeto físico, identificado plenamente con la obra. Por ende, inicialmente se consideraba por parte de la competencia como legal el adquirir un ejemplar de una obra recién publicada por otra imprenta, y en base a esta adquisición reproducir nuevas copias en sus propias casas de imprenta. Finalmente, argumentaban los dueños de esas últimas, no hacían más que explotar un derecho legalmente adquirido por la compra de su copia de la obra.

Este proceder perjudicaba naturalmente a aquellas imprentas, donde se había gastado en la primera adquisición de nuevas obras, comprando textos o copia escritas a mano de monasterios o universidades, o adquiriendo manuscritos originales de los autores o sus causahabientes. Como medio de protección los dueños de las imprentas recurrían al único recurso legal que les quedaba en ese entonces: la obtención de una patente real o gubernamental que les concedía mediante privilegio el derecho exclusivo de imprimir determinada obra o clase de obras.

Según Mark Rose¹⁹, la gran mayoría de privilegios eran emitidos mediante patente a las imprentas, pero también se sabía concederlas en ocasiones a autores, o también por traducciones o ediciones. El primer y más notorio privilegio era concedido en Venecia a Juan de Speyer en el año 1469, quien probablemente introdujo la imprenta de tipos móviles de Gutenberg en esa ciudad. Obtuvo una patente exclusiva de cinco años, que le permitía imprimir como único obras con el nuevo método.

Como se puede apreciar, en ese entonces la naturaleza de las patentes no distinguía entre inventos y obras literarias. En razón de su objeto múltiple, la protección otorgada se regía por la naturaleza común de las patentes.²⁰ Futuras patentes otorgadas en el ámbito de la imprenta eran más restringidas y podían referirse al uso de una determinada letra o determinado idioma por cierto tiempo. La primera patente otorgada a un autor se dio en 1486 al histórico veneciano Marc' Antonio Sabellico por su obra *Decades Rerum Venetarum*, y consistía en que él mismo podía escoger la imprenta que iba a publicar su libro, quedando cualquier otra imprenta que lo imprimiese sujeta a una multa de 500 ducados. La clase y la variedad de personas que gozaban de estos primeros privilegios (imprentas, autores, editores y traductores) hacen, según Rose, suponer que en estas se reflejaba todavía el punto de vista medieval, que consideraba al libro un producto.

Empero, en el caso de los patentes otorgados en materia de impresiones cabe considerar que era una medida de doble filo: Por un lado garantizaba a determinadas imprentas derechos exclusivos sobre la impresión de ciertas obras, por otro lado el Estado las aplicaba también para dar permisos, o sea como medio de censura estatal. En Inglaterra por ejemplo, los permisos de imprimir, bien sea adquiridos del autor o por autorización estatal, debían registrarse también en la *Stationers' Company*, una asociación profesional de los libreros, que llevaba desde 1557 un archivo de las obras autorizadas para su impresión.

¹⁹ Rose, Mark, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press: Harvard, EE.UU. 1995, p. 10

²⁰ Para un estudio más detenido de las patentes de invención, véase Lettere, Angelo, Dr., *Los Requisitos de Patentabilidad*, Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL): Loja, Ecuador, 2008

Tal era la situación, que la Stationers' Company solamente permitía que se afiliasen a ella los libreros, no los autores, y una vez inscrita la obra en el registro, el registrante conservaba un monopolio perpetuo, que excluía incluso al propio autor.

Por medio del control estatal se buscaba evitar la publicación no solo de obras que podían atentar contra las ideas morales de la época, sino también de obras que podían tener un contenido político subversivo. Hay que tomar en cuenta que los libros, y para tal efecto las publicaciones en general, eran considerados también como medios de influir en la mente del lector, y que bajo este aspecto la publicación de un libro equivalía a cometer un acto que era capaz de ejercer sobre la sociedad diversos efectos, desde la instrucción y el elevamiento hasta el insulto y la crítica revolucionaria al orden social existente. En consecuencia, ya desde Enrique VIII (1491 – 1547) había en Inglaterra decretos y normas que buscaban controlar la actividad de la prensa, hasta la Ley de Licenciamiento de 1662, que prohibía la impresión de toda obra que no contaba con la autorización estatal para ser publicada.

Pero no faltaban contramedidas por parte de los “piratas” de ese entonces. Buscaban evitar los privilegios y licencias otorgados por las autoridades mediante la importación de copias que se habían producido fuera del territorio en que valía la patente. Mientras en la Europa Continental aprovechaban para ello la gran cantidad de Condados y pequeñas monarquías que había, en la Isla Británica se luchaba contra las importaciones de obras reimpresas en Irlanda y Escocia. El conflicto de esa época es muy bien documentado y refleja también idénticos problemas que hubo en la Europa Continental.

Nótese que por el cambio tecnológico-social se habían formado en la sociedad nuevos grupos que eran antes inexistentes: los libreros, que solían ser los dueños de las imprentas; los usuarios, grupo en constante expansión por el mayor acceso a la educación; y, una sociedad burguesa más consciente de sí misma como colectivo de individuos libres, que se identificaba cada vez más como fuente y fin

del actuar político (sobre todo en Inglaterra donde a inicios del siglo XVII las rivalidades entre Parlamento y Rey sacudían al país).

Cada uno de estos grupos tenía sus propios intereses, a veces coincidentes los unos con los otros, a veces contrapuestos. Mientras a los libreros les interesaba proteger su inversión y su negocio contra la competencia, sobre todo la desleal. Los usuarios querían un constante y económico suministro de obras, tanto clásicas como nuevas. La sociedad compartía estos intereses, ansiosa de apoderarse y difundir tanto el conocimiento como el contenido cultural y político que representaban los libros. Por otro lado se debía proteger el ordenamiento social y evitar ciertos abusos por la competencia desleal que afectaba a la industria de la venta de libros.

¿Y los autores? Estos se veían en una situación sin antecedentes, ya que si bien eran los creadores de las obras, su producción solía obedecer a otros motivos que económicos. Los autores perseguían prácticamente todos el fin de publicar por razones instructivos, culturales, religiosos, políticos y/o simplemente para hacerse notos y ganar fama; incluso las novelas servían no solo para el mero deleite del lector, sino sabían ser sátiras y parodias de las sociedades en ese entonces. Muchas veces los autores se encargaron de los gastos de publicación o vendían su obra por valores más bien simbólicos, con tal que sea publicada.

Incluso en la nueva realidad social los autores habían sido muchas veces extraños al aspecto económico y la comercialización, ya que muy pocos publicaban sus propias obras. Eso no obstante, el creciente mercado y la demanda por más obras literarias también cambiaban aquí las condiciones y actitudes. Mientras unos autores compartían el interés de la más amplia distribución posible de sus obras, y por ende no se sentían ofendidos por las copias "ilícitas", otros tomaron abiertamente el lado de las imprentas "lícitas" que habían adquirido sus obras. Algunos de estos últimos, como Daniel Dafoe, no se cansaban de escribir en libros, artículos y cartas sobre este tema.

Sin embargo, para que *ser autor* podía alcanzar el nivel de una verdadera profesión y no solo de una actividad secundaria, debía evolucionar toda esa situación hasta llegar al siglo XVIII.²¹ Eso en gran parte por los esfuerzos que en el ámbito jurisdiccional y legislativo promovían los dueños de las imprentas “lícitas” desde mitades del siglo XVII en Inglaterra y que culminarían en 1709/1710 en la Ley de la Reina Ana.

2.2.3 EL ESTATUTO DE LA REINA ANA (STATUTE OF ANNE) DE 1710

El nombre completo de esta Ley, a que en español se suele referir como “Estatuto”, era "*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*", o sea “Una Ley para estimular el aprendizaje, mediante la radicación del derecho sobre los ejemplares de libros impresos en los autores o compradores de esos ejemplares, durante los tiempos allí mencionados”. Fue votado en 1709, pero debido a unas sugerencias de cambios recién entró en vigor en 1710.

Si bien en el Continente Europeo había habido durante el siglo XVI unos antecedentes jurisprudenciales en París donde, por ejemplo, la corte de primera instancia protegió a un autor, en un caso, y un derechohabiente, en otro caso, contra la impresión no autorizada por parte de una casa de imprenta. Fuera de ello no se sabe mayores litigios sobre el tema de la piratería hasta el siglo XVIII. Más parece que la discusión en el Continente se alimentaba de algunos antecedentes de lo que había sucedido primero en Inglaterra, dedicándose luego al tema con mayor rigor jurídico-filosófico. En este aspecto se destacan las influencias que sobre el tema del Derecho de Autor han tenido los juristas franceses y, con gran preeminencia, los filósofos juristas alemanes como veremos más adelante.

El Estatuto de la Reina Ana y las luchas de los libreros ingleses por protección legal en Inglaterra son reflejos de una problemática compartida por toda la Europa en ese entonces, por lo que hasta inicios del siglo XVIII se puede tratar el problema con un denominador común. La ley inglesa es considerada la primera que se dedica

²¹Rose, *obra cit.*, p. 4 ss.

expresamente al tema del “copyright” o “derecho de autor”, ambos términos que como tales en ese entonces no existían, o por lo menos no con el contenido jurídico que posteriormente adquirirían. Así el término “copyright” tenía un uso muy restringido y era utilizado principalmente en las relaciones entre la Stationers’ Company y los autores.²² Es más, se puede ver del desarrollo del tema en Inglaterra la manera como ahí se adelantaron a tratar en lo posterior temas que muchas décadas después también en el Continente se discutirían, si bien con diferente enfoque, resultando lo uno en el “Copyright” (derecho en la copia) anglosajón y el Derecho de Autor (*droit d’auteur* en francés, *Autorrecht* y, más tarde, *Urheberrecht* en alemán).

Por haber sido la Reina Ana soberana de Gran Bretaña e Irlanda, la ley de su nombre regía en principio por toda la Isla Británica, inclusive Gales y Escocia, así como la isla irlandesa. Especialmente con Escocia habría luego varios problemas jurídicos al interpretar la Ley, sobre todo, porque en Escocia se sabía estar más apegado a la tradición del Derecho Romano, aspecto que retomaremos más adelante en este trabajo.

Para poder justificar una protección legal más amplia frente a las impresiones pirateadas, los libreros habían argumentado de tener derechos más extensos y más profundos sobre las obras adquiridas, porque las obtuvieron directamente de sus creadores, o sea los autores. A tal efecto desplazaron en las últimas dos décadas del siglo XVII la discusión legal de sus intereses económicos a la relación natural que unía al autor de manera especial a su obra, aspecto que como ya vimos no había sido objeto de mayores estudios anteriores. Por tratarse realmente del primer intento de dar un fundamento teórico, si bien la argumentación entonces no era solo estrictamente jurídica, lo trataremos no obstante con más detalle dentro de las teorías jurídicas que más adelante estudiaremos.

El Estatuto de la Reina Ana realmente reconoce al autor derechos que van más allá de los ejercidos sobre la primera copia física, o sea el manuscrito, y la facultad de

²² *Ibidem*, p. 58, nota de pie No. 4

conceder el derecho a copiarla o la venta de éste. El monopolio sobre la reproducción de sus obras pasa más bien de los libreros, que habían registrado su obra, al autor mismo. Se instaló un plazo de protección de 21 años para todas las obras ya impresas en ese entonces, y un período de 14 años para todas las obras publicadas después de entrar en vigencia el Estatuto de la Reina Ana. También se introdujo la obligación de los libreros de depositar con la Stationers' Company nueve copias de cada obra, para que sean distribuidas a la Librería Real y las librerías de las universidades de Oxford, Cambridge, St. Andrews, Glasgow, Aberdeen y Edimburgo, así como el Sion College y la librería de la Facultad de Jurisprudencia en Edimburgo. Cuando en 1801 Irlanda se unió al Reino Unido se incluyó en esta lista de distribución además el Trinity College y el King's Inn en Dublín.

Por otro lado la nueva ley rompe con la tradición de censura que hasta entonces había interesado primordialmente al Estado. Daniel Defoe (aprox. 1660 - 1731), autor de la novela *Robinson Crusoe* y defensor de la causa pro-autor y anti-piratería, y notario por sus problemas financieros y legales por las sátiras que escribía, argumentaba antes, en 1705, que la práctica del registro en la Stationers' Company sería contraria a la libertad de la nación inglesa y, que la obligación de identificarse como autor de determinada obra solo fomentase la piratería²³. Eso en un tiempo en que la Stationers' Company ya había perdido su monopolio sobre las obras registradas por una década, pero seguía la obligación del registro en ella y representaba todavía un fuerte grupo de interés económico.

Esa era entonces la situación, principalmente vista en el ejemplo de Inglaterra, que hacía necesaria la regulación legal del Derecho de Autor. Cabe anotar entonces que la maniobra de resaltar la posición del autor, si bien parece disminuir la propia situación legal de los libreros, en realidad era un camino que tenían que ir éstos últimos si querían preservar su influencia después de que en 1695 no se prolongó el monopolio de la Stationers' Company. Sea basándose en la mera vanidad de los autores, sea en un interés económico real de ellos, los libreros debían tenerles a su

²³ *Ibidem*, pp. 34-35

lado si querían evitar que se liberase el derecho a imprimir en el sentido de que una vez publicada la obra entraría al dominio público, como argumentaron también algunos detractores, siempre ante la idea que las copias de la obra eran objetos de los que cada uno comprendía por completo todos los derechos de disponer libremente de ellos.

La idea de un derecho de mayor rango sobre la obra que reposa en el autor era, como ya vimos, no tan nueva. Lo que sí era novedoso era la noción de que a pesar de haber enajenado su obra, el autor seguiría teniendo derechos sobre ella, sin que en ese punto de evolución del Derecho de Autor se distinguiera estos derechos además en patrimoniales y morales, porque todavía no se había desarrollado tal filosofía. Además, si se admitía que el autor conservaba ciertos derechos, se hacía también necesario restringir en la misma medida los correspondientes derechos de los adquirentes de la obra, con el efecto secundario de retrasar la difusión de ella en detrimento de un eventual interés público.

La discusión que entonces se entabló y que tenía por objeto encontrar un equilibrio entre los diferentes intereses de los grupos involucrados (autores, librerías/impresas, consumidores y sociedad en general) es un tema que todavía hoy en día, o sea 300 años más tarde, no se encuentra resuelto, como se ve del fenómeno de la piratería actual. Pero ha habido varios intentos de acercarse a los problemas centrándose también en la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos que asisten al autor y para poder establecer entonces los límites del legítimo interés de cada grupo involucrado.

A continuación se presentarán entonces las varias teorías jurídicas sobre la naturaleza del Derecho de Autor, observándose en lo posible el orden cronológico de su aparición. Como las teorías se desarrollaron muchas veces como crítica constructiva de las otras preexistentes, no necesariamente la posterior reemplaza a la anterior, sino que son teorías que compiten en su esfuerzo por explicar el fenómeno jurídico que constituye el Derecho de Autor o el Copyright, en su caso.

2.3 LAS TEORÍAS JURÍDICAS

2.3.1 La Teoría del Reflejo

La mayor referencia a la Teoría del Reflejo la hace Stanislav German, después de presentar la Teoría de los Privilegios como antecedente en el desarrollo del Derecho de Autor²⁴. Discordamos con el autor en el sentido de que, como opinamos, no hay concretamente ninguna “Teoría de los Privilegios” como predecesor genuino del Derecho de Autor. Más bien compartimos de opinión de Rigamonti que al respecto habla de un “sistema de privilegios” o una “práctica de otorgar privilegios” mediante las patentes, como habíamos arriba indicado.²⁵ En consecuencia, la primera teoría que nos concierne como incipiente reconocimiento de un derecho basado en la autoría de la obra es la Teoría del Reflejo.

La Teoría del Reflejo en materia de Derecho de Autor no debe ser confundida con la otra teoría más famosa del mismo nombre desarrollada por primera vez por Descartes (1596-1650) y que tiene por objeto las reacciones fisiológicas a ciertos estímulos externos. Más bien, la Teoría del Reflejo que nos interesa aquí tiene sus orígenes en una época anterior cuando se buscaba fundamentar la prohibición de la reimpresión de obras en varias leyes, ya a principio del siglo XVI.

Según Grün, citado por German, esta teoría partía todavía de la idea de que no existía ningún derecho propio, individual y subjetivo del autor en la obra; sin embargo, tampoco se descartaba que el autor tuviese derecho alguno sobre la obra creada por él. A fin de mantener la paz jurídica se incorporaba, sin embargo, en la legislación positiva la prohibición de reimprimir, dándole al autor o dueño de imprenta de manera indirecta la posibilidad de procurarse un beneficio económico.

Estamos entonces ante una fase transitoria en la que se elevaron los privilegios anteriormente concedidos por las autoridades y soberanos para casos individuales a un nivel legislativo más general y abstracto. Como los anteriores privilegios consistían normalmente en un derecho exclusivo de imprimir, que facultaba a su

²⁴ German, Stanislav, *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*, Grin – Verlag für akademische Texte (E-Book); Dokument Nr. V51994, p. 4-5

²⁵ Rigamonti, Cyrill P, *Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts*, GRIN Verlag: Munich, Alemania 2006, p. 13-16

titular reclamar contra la reimpresión no autorizada de la obra, también las nuevas leyes contenían esa misma idea de exclusión.

Se aplicaba entonces un pensamiento inverso, deduciendo que la existencia de la prohibición se reflejaba en el titular del derecho. O sea que el derecho no se fundamentaba en el hecho de haber creado la obra, sino en el hecho de ser beneficiado por la prohibición legal de reimprimir. Por ello se justifica también el nombre de la teoría como *Teoría del Reflejo*, porque el derecho reconocido era como el reflejo que emanaba de la prohibición legal establecida.

Según Grün, la desventaja de esta teoría consiste en el hecho de que el Derecho de Autor solo se justificaba en cuanto existía una prohibición de reimprimir. Eso dificultaría la determinación del tiempo el Derecho de Autor, ya que esta teoría permitía tanto la emisión de normas con y sin límite en el tiempo. Si bien esta teoría preparó el camino para legislar sobre el tema, no fue directamente considerada al elaborar las leyes.²⁶

Rigamonti, cuando se refiere a la Teoría del Reflejo²⁷, destaca su eminente carácter positivista, ya que sus defensores buscaban explicar la relación entre autor y obra basándose en las normas legales existentes. Bajo este aspecto, la Teoría de Reflejo tiene el mérito de explicar la situación histórica del autor bastante bien por demostrarnos cómo se veía la posición legal de éste en ese entonces.

Como explica este autor, citando a otros como Bappert, Gieseke, Gerber, Orelli, etc., el derecho del autor en la reproducción de su obra no era comprendido como un derecho subjetivo del mismo, sino uno derivado de la impresión o reimpresión no autorizada de su obra. En principio, quien adquiría un manuscrito lo podía reproducir en razón de haberse convertido éste en su propiedad. Sin embargo, esta reproducción, cuando efectivamente fuera hecha, podría entrar en conflicto con los *intereses*, no *derechos*, del autor.

²⁶ Grün, Christian: *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts: Eine historische und dogmatische Erklärung*, en: Manfred Rehbinder (editor) und Wolfgang Larese (editor), *Schriften zum Medienrecht*, Bern 1979, S. 26 ff., citado por German, Stanislav, *obra cit.*, p.5

²⁷ Rigamonti, *obra cit.*, pp. 30-32

Por ende se explicaba la necesidad de leyes que restringieran la reproducción ilegal de una obra por el hecho de mantener la paz social y el interés del soberano en ello. De la figura delictiva, y por ende perteneciente al Derecho Penal, de la impresión o reimpresión no autorizadas, recién se generaría un derecho y la correspondiente protección del autor, cuando ese delito fuese cometido, mas no antes.

La gran desventaja de la Teoría del Reflejo se manifiesta misma en sus características penales y positivistas. Por un lado, en una época que seguía la Filosofía Liberal ya no cabía el fundamento de una protección legal meramente basada en la voluntad soberana del legislador. Se buscaba raíces más profundas y fundamentadas en un derecho que se explicaba del orden natural de las cosas. Culturalmente no se había alcanzado el punto en que se creía, como luego en la Escuela Positivista, a la perfección de la Ley como texto escrito.

Por otro lado, el carácter legal no se adhería al tipo de protección civil y moral que más bien buscaban las partes interesadas, sobre todo las imprentas y los autores. La intentada solución penal del conflicto ya no correspondía a las necesidades y las realidades sociales, haciéndose la Teoría del Reflejo obsoleta frente a la Teoría de la Propiedad Intelectual.

2.3.2 La Teoría de la Propiedad de la Imprenta

La Teoría de la Propiedad de la Imprenta, según Rigamonti, tiene su origen en los mismos círculos de los dueños de imprenta. Estos vieron a su derecho de imprimir una obra de forma monopolista fundamentalmente como un derecho propio y no derivado, vgr. del autor, o reflejado de alguna prohibición.

Rigamonti, basándose en los tratados de Gieseke y Klippel, explica al respecto que en esos tiempos algunos juristas hacían referencia a una *aequitas naturalis*, una equidad natural, que favorecía una manera de ver el problema de forma más abstracta y no conexas con los privilegios otorgados. Vieron el fundamento de la

equidad en la inversión y, como se diría hoy, el riesgo empresarial que aceptaba el dueño de la imprenta cuanto invierta en la impresión de una obra.

Mientras los privilegios solo protegían ciertas obras o clases de obras, el argumento de la equidad natural servía a las imprentas también para justificar un derecho sobre cualquier obra, con tal que fue impresa por primera vez por determinada imprenta. También habían desarrollado monopolios basados en la costumbre, remitiéndose a la práctica de renovarles una y otra vez las patentes otorgadas, lo cual tuvieron como confirmación de su derecho natural sobre la impresión de la obra, derecho que se había independizado de tal patente.

Sin embargo, con o sin patente se solía respetar los derechos legítimos de terceros, o sea si alguien de buena fe ya había impreso la obra antes del otorgamiento de la patente o sin conocimiento de que alguien pretendía realizar la primera impresión de esa. Tal imprenta podía alegar en contra del titular de la patente un *ius quaesitum*, a fin de poder continuar con la impresión de la obra objeto de la patente.

Esta situación generaba el interés de las imprentas de justificar su condición de titular de ese derecho fundado en la primera impresión legal. Para comprobar ese derecho se requería un mecanismo y éste consistía por lo general en demostrar que la imprenta se había hecho dueña a título oneroso del manuscrito, adquisición que se realizaba del mismo autor o sus derechohabientes.

Nótese en este aspecto que lo que las imprentas adquirían no era un derecho de difundir o multiplicar la obra, sino la obra físicamente, entendiéndose con todos los derechos inherentes a la cosa física. Eso no obstante, hemos aquí el germen que dio una importancia más pronunciada al autor, ya que como dueño primitivo de la cosa (obra) ostentaba un cierto poder que hizo que las imprentas lo cortejaban para poder comprarla.

La noción esencial de la Teoría de la Propiedad de la Imprenta es entonces la aceptación dentro del grupo profesional de haber adquirido un monopolio sobre la

impresión de ciertas obras por el hecho de haberlas adquirido e impreso legalmente, bien sea con patente o sin ella. Cabe enfatizar que el aludido derecho no era normado por las autoridades estatales de esa época, sino que se basaba en la costumbre mercantil generalizada de las casas de imprenta y la sentida equidad de ese sistema, obteniendo su fuerza por los gremios internos de las corporaciones. El poder estatal lo sabía sancionar, de ser requerido, todavía mediante privilegios individuales, respetando la opinión de las imprentas, mientras servía al interés público.

Debe notarse al respecto también que, según Rigamonti, las imprentas seguían a nivel conceptual todavía la misma idea que tenían acerca de los privilegios, o sea que el derecho que pretendían tener no era el de poder reproducir la obra, sino el de excluir en beneficio suyo a otros de su reproducción. También cuando se habla de la propiedad que tenían en los manuscritos, debe tomarse en cuenta que el término “propiedad” se utilizaba en un sentido general y amplio, que no debe ser confundido con la propiedad en el estricto sentido jurídico.

Si bien la Teoría de la Propiedad de la Imprenta tiene carácter apologético en el sentido que era utilizada por las imprentas para justificar su posición, debe dársele el crédito de haberse basado en un principio jurídico general, lo cual buscaban expresar mediante metáforas muy sugestivas sobre la naturaleza de su propiedad que tenían el potencial de ser desarrolladas más en el futuro, proporcionando de esta manera primeros acercamientos para resolver el conflicto económico mediante otras teorías jurídicas más evolucionadas.

2.3.3 El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual

La Teoría de la Propiedad Intelectual y el Copyright anglosajón, si bien no son idénticos, comparten muchos aspectos, dado que ambos son inicialmente frutos de los mismos pensamientos filosófico-jurídicos del siglo XVIII. Su directo antecedente está dado por la práctica generalizada de las imprentas de deducir su derecho al monopolio de impresión de una obra por el hecho de haberla adquirido a título oneroso del autor, como habíamos analizado en el punto anterior. Empero, este

reclamo hacía que las imprentas argumentaban su derecho con directa referencia al autor, resaltando la importancia que tenía éste para la producción de la obra y destacando la especial y predilecta relación que lo vinculaba con su obra.

Tomando la discusión entonces este rumbo, la relación entre autor y obra se hizo el nuevo objeto de estudio de los juristas y filósofos de esa época. Y no solo eso, sino que con el tiempo se desplazaba el centro de interés de los derechos monopólicos de las imprentas a ese nuevo objeto de estudios, ya que se había descubierto en el camino que aquí había un fenómeno especial, apreciable intelectualmente por los filósofos y juristas, y poco valorado hasta ese momento. De un instrumento justificativo para fundamentar los derechos de las imprentas, se había llegado a descubrir nuevos y mayores derechos que radicarían en los autores, y de los que se derivaban meramente los derechos aducidos por las imprentas para sí mismas.

Se debe entender esas primeras décadas del siglo XVIII como proceso en que germinan en base a un sentido derecho natural las ideas que luego darían lugar al Copyright y a la Teoría de la Propiedad Intelectual. También se debe tomar en cuenta, que en Inglaterra estas discusiones estaban mucho más adelantadas que en la Europea Continental, y cuando décadas después se trató el tema en el Continente, se sacaba provecho de las experiencias ya hechas en Inglaterra.

Para que se cristalicen la Teoría de la Propiedad Intelectual y el Copyright, era preciso que confluyesen varios elementos. Por un lado, el traslado de la discusión legal hacía la relación autor – obra puso al relieve el acto creativo del autor, poniéndose gran énfasis en el aspecto mental e intelectual de ese proceso. Esta reflexión se vio beneficiada por el tipo de personas que se dedicaban a escribir. Como ya expusimos, se trataba de gente culta, que formaba la inteligencia de cada nación. Por lo general descendían de la clase alta y media alta y sentían con frecuencia el deseo de expresarse ante un gran público mediante sus libros. No eran necesariamente libres de vanidad, y ver su esfuerzo reconocido constituía otra razón más por la cual participaron activamente en la discusión de este tema que, además, les interesaba directamente.

Por otro lado era muy influyente la doctrina que había desarrollado John Locke (1632 – 1704) y que para esa época ya se había bien establecido en la sociedad inglesa. Al tratar el Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual, respectivamente, tanto Rose como Rigamonti se refieren al gran filósofo inglés, quien se dedicó, entre otras cosas, a elucidar temas como propiedad, trabajo y personalidad, adelantándose casi un siglo a los filósofos alemanes como Kant y Hegel, que se sirvieron de él como referencia.

Al tratar el tema de la propiedad que tenía el autor en su obra, y que servía como fuente legal para la posterior propiedad en la obra que ostentaba la imprenta, según Rigamonti se solían remitir a la Teoría del Trabajo de Locke, que dice en una de sus citas más esenciales:

“For this Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others. The same Law of Nature, that does by this means give us Property, does also bound that Property too.”²⁸

Por supuesto, se sabía enfatizar entre los interesados la primera frase de esta visión, que conecta al trabajador con el fruto de su esfuerzo y, de una manera que se adelantaba a posteriores análisis izquierdistas, Locke establecía entonces tanto el derecho propietario del creador en su obra no solo por crear algo material, componente física que se había enfatizado hasta entonces, sino por introducirle al producto un valor inmaterial (el esfuerzo, trabajo), que fundamentaba un derecho de propiedad sobre él. Por otro lado el filósofo inglés también adelanta en su idea de propiedad la responsabilidad social que viene con ella, por lo cual el derecho de la propiedad queda supeditado al interés social.

²⁸ Rigamonti, *obra cit.*, p. 18; libre traducción: “Como esta fuerza de trabajo es sin lugar a duda de propiedad del trabajador, nadie sino el mismo puede tener un derecho en la cosa a la que se une, por lo menos cuando haya suficiente que se deja como bien para los demás. La misma Ley Natural que de esta manera nos provee con Propiedad, también vincula esa Propiedad.”

Locke introdujo de esta manera nociones que nos han de ocupar incluso al tratar la siguiente teoría, que trata del Derecho de la Personalidad, pero por el momento y para fines de la presente etapa no perseguiremos más este hilo de pensamiento. También encontramos en este punto las condiciones en que Copyright y Teoría de la Propiedad Intelectual separan sus caminos. Mientras el Copyright ya había alcanzado en Inglaterra un desarrollo que permitía a la jurisprudencia desarrollarlo en base del Estatuto de la Reina Ana, la Propiedad Intelectual como teoría continental todavía necesitaba “madurar” en las mentes de los filósofos y juristas.

Por esta razón bifurcaremos a continuación el análisis de estas dos tendencias, pudiendo constatar que en este punto de la historia realmente se puede hablar de la genuina existencia de un Derecho de Autor, que por el Estatuto de la Reina Ana y la subsiguiente jurisprudencia contaba incluso con un reconocimiento legal positivo.

2.3.3.1 El desarrollo del Copyright

Los antecedentes de este tema ya se estudiaron en la parte introductoria y al hablar del Estatuto de la Reina Ana. Cabe recordar que entre las matices de la discusión en Inglaterra destacaba para los autores la cuestión de la censura estatal, que fue objeto de duras críticas, entre otros de autores como Locke, Milton y Defoe. Así este último decía que no conocía ninguna nación en el mundo, a no ser que era absolutamente despótica, que impediría la publicación de una obra por la mera suposición de que podría causar daño, y que no era justificable el tener a alguien responsable por el “aborto” de una obra que, en caso de ser bien acogida, le daría mérito.²⁹ También abogaba en esta ocasión por que las obras sean registradas con el nombre de sus autores y en contra de las obras anónimas.

Teniendo el sistema legal anglosajón la característica de que los temas no codificados o no considerados en una codificación (*enacted law*) se llenan con la jurisprudencia (*case law, precedents*), que entonces forma parte de la legislación positiva, también la forma de argumentar jurídicamente sabe tener otro estilo. Es más, como veremos a continuación, para deducir el derecho natural del autor y no

²⁹ Rose, *obra cit.*, pp. 34-35

habiendo mayores antecedentes jurisprudenciales, sobre todo en la fase preparativa del Estatuto de la Reina Ana los autores e imprentas interesadas en la ley solían emplear metáforas bastante intensas.

Entre las metáforas utilizadas encontramos comparaciones del autor con un pastor que cuida sus ovejas, no libre de connotaciones religiosas, con un labrador, con un monarca, etc., y sobre todo el recurrente tema de una relación paterno filial entre obra y autor. Muchas veces estas imágenes son combinadas por las imprentas con el expreso temor de sus dueños de no poder mantener a sus familias y, en caso de fallecer, dejar a sus viudas e hijos huérfanos sin lo más esencial para poderse sostener.

La metáfora de la paternidad ya la usó Cervantes cuando se refería al *Don Quixote*, pero alcanza ciertamente un clímax en el patetismo cuando Daniel Defoe dice:

*A Book is the Author's Property, 'tis the Child of his Invention, the Brat of his Brain; if he sells his Property, it then becomes the Right of the Purchaser; if not, 'tis as much his own, as his Wife and Children are his own – But behold in this Christian Nation, these Children of our Heads are seiz'd, captivated, spirited away, and carry'd into Captivity, and there is none to redeem them.*³⁰

Por extraña que esta metáfora patriarca suene hoy en día, tocaba el nervio de la sociedad de ese entonces. Y no sería correcto entender “propiedad” como lo hacemos hoy. La noción de propiedad de ese entonces incluía todavía un cierto sentido de encargo y responsabilidad, porque de la época feudal, que en la Europa continental todavía perduraba, seguía en la monarquía parlamentaria de Inglaterra como eco la concepción vigente antes de las filosofías de Hobbes y Locke, según la

³⁰ Daniel Defoe, *Review* (2 de febrero de 1710), citado por Rose, *obra cit.* p. 39; libre traducción propia: “Un libro es de propiedad de su autor; es el hijo de sus invenciones, el malcriado de su cerebro. Si vende esta propiedad, ésta constituirá un derecho para el adquiriente. Si no lo hace, ella es tanto suyo como su esposa e hijos son suyos. Pero, ay, en esta Nación Cristiana estos hijos de nuestras frentes son agarrados, capturados, rápido y clandestinamente portados lejos, llevados en cautiverio, y no hay nadie para vengarlos.”

cual en su origen la posesión de las cosas físicas derivaba de la potestad del soberano (monarca).

Hasta hoy podemos constatar que toda Administración en el Reino Unido se hace en nombre de la Reina, si bien ahora más simbólicamente. Pero considerando la época del siglo XVIII, la identificación del Estado con el Monarca era algo natural y sancionada por Dios y la Iglesia, católica, anglicana o luterana. Los monarcas y príncipes se comprendían efectivamente como dueños de todas las tierras de sus respectivas circunscripciones y de todo lo que ahí existía en cuanto a recursos materiales, incluyendo a los súbditos, que en ese entonces equivalían a recursos materiales.

Por ende también el carácter progresivo de la doctrina de Locke, que andaba en sintonía con la situación política de Inglaterra, donde la Monarca no era fuerte y los miembros del Parlamento estaban abiertos para ideas que detraían la fuente de su poder del soberano y enfatizaban al individuo o el colectivo formado por la masa de los individuos. Cuando Locke de una manera difícil de refutar deducía el derecho de toda persona de tener una propiedad directa y no derivada en sí mismo, lo hacía constatando lo siguiente:

*Though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a Property in his own Person. This no Body has any Right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property.*³¹

³¹ Locke, John, *Two Treatises*, pp. 305-306; citado por Rose, Marc, *obra cit.*, p. 126; libre traducción propia: "A pesar de que la tierra y toda criatura inferior sean de todos los hombres, todo hombre tiene la propiedad sobre su propia persona. Sobre ésta nadie tiene derecho alguno, sino el mismo. La labor de su cuerpo y el trabajo de sus manos, podríamos decir, son propiamente suyos. Sea lo que fuese que remueva del estado que la Naturaleza ha proporcionado y en que lo ha dejado, con ello ha mesclado su fuerza de trabajo y le juntó algo que es suyo, haciéndolo de esta manera su *propiedad*."

Hemos aquí una doctrina que cambia las bases de la sociedad y que provee a la fuerza política predominante de la época con el fundamento filosófico *ius naturalis* que requería para poder cementar su posición y el poder de una sociedad cada vez más burguesa. Acorde con el movimiento de la Iluminación, la fuente de poder ya no debía ser el monarca instalado por el poder divino. Lo divino cedió su lugar a una fuente igualmente abstracta, la Naturaleza, y en nombre de ella también se reclamaba derechos derivados de situaciones que se percibía como naturales.

La doctrina preparada por Locke se encuentra en una línea con el trabajo precedente de Thomas Hobbes (1588-1679), quien había desarrollado la doctrina del pacto social, que luego fue también continuado, entre otros, por el filósofo francés Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) y por el filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804), este último será también de importancia para nuestro posterior análisis de la Teoría del Derecho de la Personalidad. Se puede apreciar entonces, como dentro del movimiento de la Ilustración se expandieron estas ideas de los filósofos ingleses por el Continente occidental.

En cuanto al Copyright hay que ver que la argumentación para su establecimiento también se movía dentro de estos márgenes filosóficos. Siendo en el fondo un problema de competencia en el mercado de la venta de libros, la argumentación entre librerías, autores y Estado bien pronto se desarrollaba con argumentos morales y referencias a derechos naturales, que ante el fondo de la filosofía preeminente de ese entonces no podían sino darle especial énfasis al autor y su relación con la obra.

En ese aspecto son también interesante las observaciones que hace Rose referente a los dos términos ingleses “propriety” y “property”³². Según ese autor, ambos términos eran en el siglo XVIII todavía intercambiables, siendo el término “propriety” entonces el más generalizado. Lo importante es notar, que si bien ambas palabras se refieren a una relación del sujeto con algo que es suyo, actualmente en el Copyright “propriety rights” suele referirse a lo que en el Derecho de Autor

³² Rose, *obra cit.*, p. 18, pp. 51-52, p. 80

denominaríamos probablemente “derechos morales”, mientras “property rights” corresponde más a la noción de “derechos patrimoniales”.

Empero, si bien los países que siguen el Copyright no son del todo inconscientes de la distinción entre uno y otro tipo de derechos, no han visto la necesidad de tratarlos en conjunto. El Copyright más bien se centraba en los aspectos económicos que derivaban del derecho de propiedad que tiene el autor en su obra, y principalmente en la jurisprudencia se sentaban las bases interpretativas para elucidar la naturaleza de este derecho. Las cuestiones no económicas, o sea morales, debían en caso de conflicto legal buscar otros remedios, menos derivados de la obra y su comercialización, sino en la persona del autor y la alegada ofensa que éste sufrió un daño en lo personal.

Por lo anotado es también comprensible que, como lo enfatiza Delia Lipszyc en su comparación entre Derecho de Autor y Copyright, el Copyright abarca en cuanto a los objetos protegidos una gama más amplia, incluyendo p. ej. fonogramas y programas de radiodifusión³³. Además, frente al Derecho de Autor, que es más individualista, el Copyright considera derechos originados en actividades técnico organizativas.

Con la introducción del Copyright por medio el Estatuto de la Reina Ana, no solo las imprentas sino también los autores podían perseguir los piratas. Correspondientemente se iniciarían después de 1710 varios juicios en que autores reclamarían sus derechos bajo el Estatuto, desarrollándose importante jurisprudencia, sobre todo considerando el sistema judicial anglosajón. En muchas de estas ocasiones el autor se encontraba también respaldado por los librereros, y éstos, apoyándose en los autores, buscaban maneras como preservar sus monopolios y la perpetuidad de las mismas bajo el Estatuto de la Reina Ana, si bien con suerte mixta.

³³ Lipszyc, *obra cit.*, pp.39-41

El tópico más controvertido al inicio era la naturaleza jurídica de la protección legal que otorgaba el Estatuto. ¿Era un privilegio que tenía su fuente en el Estatuto mismo, o se trataba de una propiedad literaria que ya había existido anteriormente, eventualmente en base al derecho común (common law)? Y si se sostenía la segunda noción, como pretendían muchos autores y muchos libreros ingleses apoyados en la doctrina predominante en Inglaterra, ¿de qué naturaleza era esa propiedad literaria? Revisaremos estos puntos a continuación.

Para Inglaterra, desde donde los libreros londinenses dominaban la venta de libros en el Reino Unido, la cuestión de si el Estatuto confería un privilegio o si tenía por objeto un derecho de propiedad se resolvió rápido a favor de un derecho propietario material, basado en la *ius in re* de los autores. No obstante, se discutía el propósito del Estatuto: Mientras un grupo argumentaba que el Estatuto les concedía a los autores un derecho de propiedad para asegurarles un control sobre su obra que persistía incluso después de haber vendido su manuscrito, y de sanar de esta manera una situación anterior de manifestada injusticia, otro grupo mayoritario opinaba que el Estatuto reconocía una situación legal preexistente dada por el derecho común, que le permitía al autor disponer de su obra como de los otros bienes muebles de su patrimonio. Para este segundo grupo, el Estatuto aseguraba al autor una protección contra la publicación no autorizada por éste, pero una vez publicada con su consentimiento por una imprenta, ésta tendría un monopolio perpetuo en razón de este hecho. Obviamente esta deducción pretendía conservar el *status quo de* que habían gozado los libreros hasta la emisión del Estatuto.

Además de la ya mencionada metáfora de la paternidad, los libreros solían emplear también otra comparando la actividad del autor con la de un agricultor. Explicaban que al principio de los tiempos no había propiedad, siendo la tierra un bien común de todos y, que se originó cuando se multiplicaba la gente. Las personas, por ver escasear el recurso “tierra”, tomaron posesión de partes de ella. Toda propiedad, por ende y en armonía de las enseñanzas de Locke, se generó por el hecho de poseer un bien. La enseñanza del contrato social implica que luego de esta forma originaria de adquirir propiedad por posesión, que todavía existe hoy en día

como prescripción adquisitiva, la posterior adquisición de propiedad requería una sanción legal, bien sea transmitiéndola o transfiriéndola a título legal. Sin embargo, en la metáfora del agricultor se argumentaba ya de una forma más amplia, resaltando p.ej. el hecho de que mientras éstos labraban tierras ya existentes, hechas suyas por el hecho de tomar posesión de ellas, los autores de cierta manera incluso crean el mismo terreno que luego cultivan.

La cuestión de la naturaleza de esta propiedad literaria, su transferibilidad y los efectos de la misma debían ocupar al Parlamento y las cortes inglesas por varias décadas. Como autor que regularmente invocaba el Estatuto y que incitaba a otros para que también lo hicieran, destacaba Alexander Pope (1688 – 1744). En su repetido uso del Estatuto de la Reina Ana Pope se veía apoyado por su abogado y amigo Sir William Murray (1705 – 1793), de nombre aristócrata Lord Mansfield, que iba a ser uno de los juristas más notorios de la época y cabeza de la más alta autoridad judicial de Inglaterra, el King's Bench. Hasta hoy en día la demanda de Alexander Pope contra Edmund Curll en el año 1741 es uno de los casos más orientadores para el Copyright en Gran Britania y los EE.UU.

Para apreciar el caso correctamente hay que mencionar, como antecedente, que en ese entonces no se consideraba muy decoroso para un gentilhomme publicar su propia correspondencia. Como indica Rose,³⁴ es generalmente aceptado que Pope en 1735 primero consiguió por medio de engaño que Curll publicase cartas que Pope había intercambiado con Jonathan Swift (1667 – 1745), famoso autor de *Los Viajes de Gulliver*, para obtener un pretexto que le permitiese publicar él mismo su correspondencia, entendiéndose esta publicación entonces como “ajuste de cuentas”.

El punto más discutido en el juicio era la pregunta a quién pertenecía una carta: ¿A la persona que la escribió o a la persona que la recibe como destinatario? De esta duda dependía el derecho de disponer de ella y, conformemente, autorizar su publicación o no. Y fuera de la cuestión material, se trataba también de un asunto

³⁴ Rose, *obra cit.*, pp. 59-60

moral, ya que los involucrados eran de una alta casta social y cuidaban mucho de su reputación. Tampoco se debe olvidar el sagrado secreto de la correspondencia, que Pope ya invocó en 1737 de la siguiente forma:

To open Letters is esteem'd the greatest breach of honour; even to look into them already open'd or accidentally dropt, is held ungenerous, if not an immoral act. What then can be thought of the procuring them merely by Fraud, and printing them merely for Lucre? We cannot but conclude every honest man will wish, that if the Laws have as yet provided no adequate remedy, one at least may be found, to prevent so great and growing an evil.³⁵

Pope argumentaba entonces, que el Estatuto protegía no solamente las cartas que él escribía, que eran propiedad de él como autor, sino que también estaban protegidas de cierta manera las cartas dirigidas a él. Curll argumentaba que una carta era un regalo al destinatario, y por ende entraba en posesión y patrimonio de éste, cediendo el autor los derechos que tenía sobre ella. La solución que encontró el Juez Lord Hardwicke era esa:

I am of opinion that it is only a special property in the receiver, possibly the property of the paper may belong to him; but this does not give a licence to any person whatsoever to publish them to the world, for at most the receiver has only a joint property with the writer.³⁶

Lo trascendental de esta opinión, que el mismo juez expresa de una forma muy cautelosa, es que se separa de la visión tradicional y corporal que hasta entonces se tenía en el Copyright. El hecho de confirmar este derecho en el autor/escritor y

³⁵ Pope, *Correspondence 1:xl*, en Rose, *obra cit.*, p.61; libre traducción propia: "El abrir cartas es considerado el más grande incumplimiento del honor; incluso mirarlas cuando hayan sido abiertas o se cayeron por accidente es tomado como un acto indecoroso, si no incluso inmoral. ¿Qué más, pues, se podrá pensar de obtenerlas por medio de fraude e imprimirlas meramente por lucro? No podemos sino concluir que todo hombre honesto se deseará que, como las leyes todavía no ofrecen ningún remedio adecuado, por lo menos se encontrará uno que prevenga un mal tan grande y creciente."

³⁶ *Ibidem*, p. 64; libre traducción propia: "En mi opinión, el destinatario tiene solamente una propiedad especial [en las cartas], posiblemente le corresponda la propiedad en el papel; pero esto no le licencia a nadie para hacerlas públicas ante el mundo, ya que máximo el destinatario tiene una copropiedad con el escritor."

hablar de una propiedad material meramente sobre el papel y, agregamos, la tinta es trascendental, ya que introduce por primera vez la noción de que el objeto de protección del Copyright no se limita a la copia física. Si bien es algo dudoso que el legislador al emitir el Estatuto de la Reina Ana preveía este desarrollo de la propiedad literaria, era consecuencial en el intento de comprender la naturaleza de la propiedad literaria. Ahora ya no se protegía el producto de la actividad del autor, sino la actividad misma, independiente del intercambio social de lo escrito, como fuente de la obra.

Siguiendo este reconocimiento de que existía una diferencia entre el soporte físico y la actividad creativa que en él se manifestaba, el arriba mencionado William Murray, Lord Mansfield, cuando se hizo Presidente del King's Bench en 1756, desarrollaba estas ideas en sus fallos. Fuera de que le servía para justificar un permanente derecho de las imprentas basándose en el Derecho Común, Lord Mansfield abogaba por que los jueces se separasen de la obediencia ciega y literal a los precedentes y considerasen más los principios legales comunes a tales precedentes, que para él tenían más peso legal. Lord Mansfield no era solamente el jurista más influyente y reformador de la época, lo cual le hizo gozar de reconocimiento dentro y fuera de Inglaterra, sino un pensador que se adelantaba en varios análisis a sus contemporáneos. Para muchos es más conocido como el jurista que abolió en 1772 la esclavitud en Inglaterra, si bien no para todo el Reino Unido o la Mancomunidad, cuando falló que el sistema legal de Inglaterra no conocía de ningún tipo de contrato que permitiese vender su persona a otros, considerando que en el sistema inglés cada persona nacía en principio libre. También en esta pregunta Lord Mansfield deducía jurídicamente para el ámbito legal inglés, como era característico para él, y no en base a consideraciones humanitarias.³⁷

En 1747, cuando William Murray, Lord Mansfield, patrocinaba los librerías londinenses en la apelación del caso Millar vs. Kinkaid, buscaba establecer que existía una propiedad literaria perpetua del autor basada en el Derecho común

³⁷ Wikipedia, *William Murray, 1st Earl of Mansfield*, http://en.wikipedia.org/wiki/William_Murray,_1st_Earl_of_Mansfield 28/09/2009 16:35

inglés. El juez Lord Hardwicke, si bien consentía en la existencia de la propiedad, no quería admitir su fundamento en el Derecho Común, probablemente porque eso significaría constituir un derecho monopólico a favor de los libreros. Mientras pendía el caso, otro miembro bien reputado de la sociedad inglesa se dirigió al Parlamento, presentando una carta abierta que apoyaba a la tesis que defendía Murray. Se trataba de William Warburton (1689 – 1779), clérigo anglicano, autor, executor testamentario de las obras dejadas por Alexander Pope y, en su juventud, estudioso de las leyes inglesas.

Warburton argumentaba que los autores tenían desde siempre un derecho propietario en sus obras, y si no lo habían reclamado hasta la fecha era debido a que no tenían la necesidad por encontrarse protegido por sus patronos o mecenas. Defender su propiedad ahora se había hecho necesario, porque se les pretendía negar la existencia de la misma. Warburton deducía que existían dos tipos de propiedad: inmuebles y muebles. Éstos últimos se dividían en naturales y artificiales. Los muebles artificialmente producidos se dividían, a la vez, en productos de la mano y productos de la mente, vgr. una herramienta y un libro:

*For that the Product of the Mind is as well capable of becoming Property, as that of the Hand, is evident from hence, that it hath in it those two essential Conditions, which, by the allowance if all writers of Law, make Things susceptible of Property; namely common Utility, and a Capacity of having its Possession ascertained.*³⁸

Warburton también enfatizaba que era típico de los productos de la mente, como un libro, que la propiedad ejercida sobre ellos no se restringe al soporte físico, sino al contenido intelectual que tenían.³⁹ Hemos entonces aquí la versión inglesa de una doctrina que proclama expresamente la existencia de una propiedad inmaterial. Lo que Lord Hardwicke insinuaba tentativamente unos seis años antes, se desarrolló

³⁸ Rose, *obra cit.*, p. 72; libre traducción propia: “Que el producto de la mente sea capaz de convertirse en propiedad, como el de la mano, es evidente del hecho de que posea las dos condiciones esenciales que, con el consentimiento de toda la doctrina, hacen que una cosa sea susceptible para ser propiedad; a saber: la utilidad general y la posibilidad de poder acertar su posesión.”

³⁹ *Ibidem*, p. 73

con Warburton en un salto cognitivo, sin que para el ámbito legal inglés interesase una posible contradicción semántica en el término “propiedad inmaterial”, porque la manera en que llegaron a éste efectivamente se deducía del concepto de propiedad que habíamos revisado al hablar de Locke.

Alrededor de la inmaterialidad se resolvieron también otros aspectos, como si bajo el Estatuto había una protección de la obra antes de ser publicada, y, una vez publicada y vendida toda la edición, la perpetuidad del Copyright en el autor. Bajo el aspecto “metafísico” se confirmó tanto el primer punto como el segundo, si bien en ocasiones había argumentos en contra, como veremos también más adelante.

La cuestión si esta propiedad tenía su fuente también en el derecho común fue resuelta para Inglaterra en 1769, cuando el King’s Bench, presidido entonces por Lord Mansfield, quien como sabemos defendía esta idea, lo decidió positivamente. Sin embargo, era notable que en esta ocasión por primera vez desde cuando Lord Mansfield había subido a este cargo, uno de los conjuces emitiese un voto salvado. Por decoro, Lord Mansfield mismo no se pronunció sobre la materia en público, solamente manifestaba estar en pleno acuerdo con dos de los tres conjuces, Willes y Aston. Estos decían que no era justo que alguien se beneficiase económicamente del trabajo de otro, que esto contravendría al derecho natural y que quienes lo hacían, lo hacían bien sabiendo que estaban actuando de mala fe, como lo dijo el Juez Aston, “[...] *And he does not do it for the sake of the public, but malâ fide et animo lucrândi*”.⁴⁰ El juez disidente, Juez Yates, expresó en varias ocasiones que lamentaba no poder compartir la opinión de los otros tres y encontrarse en esta situación singular e incómoda, pero que por errónea que sea, ésta era su opinión.

Bajo la guía de Lord Mansfield se dedujeron del derecho del autor de explotar su obra económicamente otros aspectos como evidencia la siguiente cita de Millar vs. Tyler en 1769:

⁴⁰ Ibídem, p. 79, libre traducción propia: “[...] Y no lo hace por el bien general, sino *mala fide et animo lucrândi*.”

From this argument – Because it is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour. It is just, that another should not use his name without his consent. It is fit, that he should judge when to publish, or whether he will ever publish. It is fit he should not only choose the time, but the manner of publication; how many; what volume; what print. It is fit, he should choose to whose care he will trust the accuracy and correctness of the impression; in whose honesty he will confide, not to foist in additions: with other reasonings of the same effect.⁴¹

De esta manera Lord Mansfield no solo justificaba la protección *post publicationem*, sino establece derechos morales que deduce como inherentes o parte del derecho patrimonial protegido por el Copyright. Para él son aspectos que influyen en la comercialización de la obra y se hace otro gran paso en el desarrollo legal de la materia: Si en un primer momento se había elevado al autor en el centro de la atención de la protección, desviándose de los libreros, ahora el autor no solo es visto como productor de un bien, sino realmente como creador que seguirá vinculado con su creación incluso después de haberla enajenado y cedido ciertos derechos sobre ella, sin poder perder sus derechos y facultades por completo y teniendo el derecho natural de decidir sobre aspectos críticos en la publicación de su creación.

Con ello, el autor adquirió además una posición económica mucho más fuerte e interesante frente a los libreros. Se abrió la puerta para que el trabajo de autor se pudiera convertir realmente en una fuente de ingresos para mantenerse y, por ende, en una profesión.

Mientras en la Inglaterra de los años 40 del siglo XVIII la concepción del término "propiedad literaria" se transformaba del sentido clásico material de *ius in re* al

⁴¹ *Ibidem*, p. 80, libre traducción propia: "Por esta razón – ya que es justo que un autor coseche los beneficios económicos de su propio ingenio y trabajo; [también] es justo que ningún otro haga uso de su nombre sin su consentimiento. Es apropiado que juzgue cuando publicar o si alguna vez vaya a publicar. Es apropiado que no solo escoja el tiempo, sino la manera de publicar, cuantos ejemplares, que volumen, que tipo de impresión, en cuya honestidad confiar; para no exagerar en adiciones: con otras razones más que tengan el mismo efecto."

reconocimiento de la existencia de otra dimensión de propiedad más elevada, y por ende más noble, en que puede existir la propiedad sobre las ideas, en Escocia se negaron expresamente a compartir esta noción. Si bien Escocia era parte del Reino Unido, tenía su propio Derecho Común y un sistema legal más tradicional e influido por el Derecho Romano. Es más, no comprendieron el Estatuto de la Reina Ana en el sentido de que confería propiedad alguna. De hecho, cuatro años después de *Miller vs. Tyler*, la Corte competente en Escocia bajo el Estatuto de la Reina Ana decidió en *Hinton vs. Donaldson* (1773), en que el librero inglés Hinton demandaba al librero escocés Donaldson por unas reimpresiones, que sea cual fuese la ley en Inglaterra, en Escocia el Copyright era un privilegio y ninguna propiedad.⁴²

Cabe recordar en este punto que en Escocia se solía vender por menor los libros impresos por los libreros ingleses, hasta que hartos de este monopolio se fundaron varias imprentas propias que reprodujeron las obras impresas en Inglaterra. El incipiente desarrollo de la industria local ciertamente fue apoyado por una fuerte noción patriótica. Las decisiones de la Corte Real eran bien conocidas en la Corte de Sesiones escocesa y a pesar de que los Magistrados manifestaron su más alto respecto ante la persona de Lord Mansfield, también consideraron que “el error ingenioso de un gran hombre podría confundir a muchos” (Lord Gardenston). Es más, Lord Kennet y Lord Kames restaron cualquier importancia a la ley inglesa, enfatizando que no tenían por qué meterse en esa, ya que no era necesario considerarla siendo la ley aplicable la ley escocesa por haberse cometido la supuesta infracción del Estatuto en Escocia.

Mientras Lord Mansfield se había acercado al problema del Copyright buscando principios y con la firme convicción que el Derecho Común de Inglaterra justificaba un Copyright perpetuo, en Escocia los magistrados veían problemas concretos que el reconocimientos de tal Derecho Común también para su jurisdicción conllevaría una confirmación del monopolio de los libreros londinenses y un daño para la economía y sociedad escocesas. El resultado eran dos precedentes contrarios: en

⁴² Rose, *obra cit.*, p. 67

Inglaterra con un Copyright perpetuo, y en Escocia con un Copyright limitado en el tiempo.

El peligro de un Copyright perpetuo también fue visto por algunos autores, que en sí apoyaban la doctrina de la propiedad literaria. Así Samuel Johnson (1709 – 1784), uno de los personajes más importantes del mundo literario de ese entonces, ponderó:

There seems, (he said), to be in authours a stronger right of property than that by occupancy; a metaphysical right, a right, as it were, of creation, which should from its nature be perpetual; but the consent of nations is against it; for were it perpetual, no book, however useful, could be universally diffused amongst mankind, should the proprietor take it into his head to restrain its circulation...For the general good of the world, therefore, whatever valuable work has once been created by an authour, and issued out by him, should be understood as no longer in his power, but as belonging to the publick; at the same time the authour is entitled to an adequate reward. This he should have by an exclusive right to his work for a considerable number of years.⁴³

Esta cita es esencial en el sentido que nos revela el rumbo que toma la discusión hacía la concepción moderna del Copyright. De un derecho patrimonial en una cosa material transferible y transmisible como conjunto a otro, había evolucionado a un derecho patrimonial sobre una cosa inmaterial, inseparable del autor como creador, pero viendo las inconveniencias de índole más sociales que económicos, trasluce la necesidad de limitar este derecho en el tiempo.

⁴³ Boswell, *Life*, 2:259; en: Rose, *obra cit.*, pp. 85-86; libre traducción propia: "Al parecer", dijo, "existe en el autor un derecho de propiedad más fuerte que el de la ocupación; un derecho metafísico, un derecho como si fuese de creación, que por su naturaleza debería ser perpetuo. Pero las naciones se han puesto de acuerdo en lo contrario, porque si fuese perpetuo ningún libro, por útil que sea, podría ser universalmente distribuido entre la humanidad, si al propietario le ocurriese limitar su circulación... Para el bien general del mundo, por ende, cualquier trabajo valioso que haya sido creado por un autor y emitido por él, debe entenderse como salido de su poder y perteneciente al público. Al mismo tiempo el autor tiene derecho a una recompensa justa, la misma que podría obtener mediante un derecho exclusivo en su trabajo por un considerable número de años."

Nótese que la posición escocesa no niega el hecho de que el autor tuviese un derecho en su obra, pero que el Estatuto no concede una propiedad en el sentido romano, sino un privilegio de utilizarla y sacar provecho de ella por determinado tiempo. Vencido el plazo o publicada la obra, ésta entraba automáticamente en el dominio público, para beneficio e instrucción de la sociedad en general. No se entretenía nociones de una propiedad inmaterial, porque el mismo hecho de ser propiedad significaba, ante un sistema legal basado en el Derecho Romano, que debía tener como objeto una cosa material. El que se identificase la propiedad literaria con una propiedad inmaterial era para los juristas escoceses, como años más tarde para los continentales, una grave falta de técnica jurídica y contrario a lo establecido y confirmado por la ciencia jurídica de los últimos 2.000 años. Lo que se negaba entonces en Escocia era el fundamento de los derechos del autor en el Derecho Común que, si bien se respetaba también ahí, no era el mismo y no tenía la misma jerarquía en Escocia que en Inglaterra.

Otro problema, sostenido también por Lord Yates en su disentimiento con Lord Mansfield, era el problema conceptual que se generó por admitir una propiedad intelectual sobre las ideas expresadas por los autores:

But the property here claimed is all ideal; a set of ideas which have no bounds or marks whatever, nothing that is capable of a visible possession, nothing that can sustain any one of the qualities or incidents of property, Their whole existence is in the mind alone; incapable of any other modes of acquisition or enjoyment, than by mental possession or apprehension; safe and invulnerable, from their own immateriality: no trespass can reach them; no tort affect them. Yet these are the phantoms which the Author would grasp and confine to himself: and these are what the defendant is charged with having robbed the plaintiff of.⁴⁴

⁴⁴ Lord Yates, *ER 98:233*, en: Rose, *obra cit.*, pp.86-87; libre traducción propia: "Mas, la propiedad que se reclama aquí es totalmente ideal; un conjunto de ideas que no tienen fronteras o límites de cualquier índole, nada que fuese capaz de una posesión visible, nada que pudiese sostener cualquiera de las cualidades o incidentes de propiedad. Toda su existencia se encuentra únicamente en la mente; incapaz de cualquier otro modo de adquisición o goce que mediante posesión o aprehensión mental; seguros e invulnerables, debido a su propia inmaterialidad. Ninguna

La posición de Lord Yates refleja muy bien los problemas jurídico-filosóficos que se presentaron para los juristas más tradicionales. Quitada la noción material a la propiedad, ¿qué le quedaba? Y admitiendo que los autores tenían propiedad sobre las ideas que expresaban en sus obras, en una época que daba a las obras de Sir Isaac Newton el mismo valor literario que a las obras de William Shakespeare, ¿los descubrimientos científicos se harían propiedad inalienable de quien los concibió primero mentalmente?

El problema no era fácil de resolver, porque tanto los defensores de una propiedad literaria inmaterial como quienes no la creían posible tenían buenos argumentos para defender sus posiciones contrarias. Pero la situación insostenible de tener dos tratamientos legales diferentes del mismo tema de la propiedad literaria en el Reino Unido requería de una solución. Esta debía venir con el caso *Donaldson vs. Becket* (1774), que por lo mismo fue presentado ante el *House of Lords*, cámara de los nobles que tenía el poder de dirimir.

El House of Lords, por su parte, volvió a analizar la relación entre autor y obra. Como en ese entonces se entendió el funcionamiento de la mente similar al mecanismo de una máquina que captaba y combinaba las impresiones e ideas con que el mundo de las sensaciones lo alimentaba, ensamblando y volviendo a ensamblar elementos preexistentes para desarrollar nuevos, muy pronto se llegó a establecer una analogía entre la labor mental del autor y la del inventor. Así el Barón James Eyre observó en el caso *Donaldson vs. Becket* que había una exacta semejanza entre un libro y cualquier otra invención mecánica:

There is the same Identity of intellectual Substance; the same spiritual Unity. In a mechanic Invention the Corporeation of Parts, the Junction of Powers, tend to produce some one End. A literary Composition is an Assemblage of Ideas so judiciously arranged, as to enforce some one

transgresión puede alcanzarlas; ningún agravio afectarlas; ninguna fraude o violencia disminuirlas o causarles daño. Empero, estos son los fantasmas que el autor aferraría y confinaría a sí mismo: y esto es lo que se le acusa al demandado haberle robado al demandante."

*Truth, lay open one Discovery, or exhibit some one Species of mental Improvement. A mechanic Invention, and a literary Composition, exactly agree in Point of Similarity; the one therefore is no more entitled to be the object of Common Law Property than the other.*⁴⁵

Este argumento ganaba aun más peso por el hecho de que el Estatuto de la Reina Ana en cuanto a su formulación estaba obviamente orientado en el tratamiento que sabían recibir las patentes de invención. Por otro lado ofrecía una salida del dilema en que se encontraban: La asimilación al tratamiento de las patentes, si bien negaba el fundamento del Derecho Común por el que abogaba Lord Mansfield, no negaba el derecho de creador que tenía el autor en su obra y justificaba los correspondientes derechos de explotación, justo en el sentido que Samuel Jackson había sugerido. Es más, permitía refugiarse en un sistema generalmente aceptado y conocido, mientras un aferramiento a la discusión sobre la propiedad intelectual habría significado cuestionar por extensión también el régimen legal de las patentes. Y nadie quería alegar una propiedad perpetua del inventor en sus invenciones. Era más conveniente aplicar la misma lógica del beneficio común y del interés general del Estado que había permitido regular satisfactoriamente el sistema de patentes.

No faltaban quienes también resaltaban, sin embargo, las obvias diferencias entre una invención literaria y una invención mecánica. Así Lord Blackstone, quien había sabido defender la idea de un Copyright perpetuo, destacaba la siguiente característica de la obra literaria:

When a man by the exertion of his rational powers has produced an original work, he has clearly a right to dispose of that identical work as he pleases, and any attempt to take it from him, or vary the disposition

⁴⁵ Citado de *Cases of the Apellants and Respondents*; en: Rose, *obra cit.*, p. 88; libre traducción propia: "Hay la misma identidad en la sustancia intelectual; la misma unidad espiritual. En una invención mecánica la incorporación de partes, la articulación de poderes, tiende a producir un cierto fin. La composición literaria es el ensamblaje de ideas arregladas tan sabiamente que hacen ejecutar una cierta verdad, hacen visible un descubrimiento, o exponen una cierta especie de mejoramiento mental. Una invención mecánica y una composición literaria concuerdan exactamente en cuanto a la similitud [entre ellas]. Por ende, la una no tiene más derecho a ser objeto de una propiedad según del Derecho Común que la otra."

he has made of it, is an invasion of his right of property. Now the identity of a literary composition consists intirely in the sentiment and the language; the same conceptions, cloathed in the same words, must necessarily be the same composition: and whatever method be taken of conveying that composition to the ear or the eye of another, by recital, by writing, or by printing, in any number of copies or at any period of time, it is always the identical work of the author which is so conveyed; and no other man can have a right to convey or transfer it without his consent, either tacitly or expressly given.⁴⁶

Como Lord Blackstone lo expresó ya en otra ocasión y como reafirma en la cita transcrita, la obra literaria es una sola, sin importar la cantidad o forma de la publicación. Cuando diferentes personas adquieren diferentes ejemplares de una obra, es siempre la misma obra que cada uno adquiere, sin que por ello desvanezca la íntima relación entre autor y obra. Papel y tinta son solamente el vehículo para conferir la obra a los sentidos de otra persona. La obra en sí se identificaba con el mismo uso de símbolos lingüísticos para conferir idénticos sentimientos.

En este punto de la discusión sobre la propiedad literaria podemos, según Rose, distinguir para el Copyright tres intercambios argumentativos principales:

- 1) Los proponentes de un Copyright perpetuo aseguraron el derecho natural del autor en su propia creación;
- 2) Sus detractores contestaron que las ideas no deberían ser tratadas como propiedad y que el Copyright solo se podía considerar como un privilegio limitado, de la misma manera como patentes; y,

⁴⁶ Lord Blackstone, citado por Rose, *obra cit.*, pp. 89-90; libre traducción propia: "Cuando un hombre mediante el esfuerzo de sus poderes racionales ha producido un trabajo original, claramente tiene un derecho a disponer de este idéntico trabajo como le guste, y cualquier intento de quitárselo, o alterar la disposición hecha por él, es una invasión de su derecho de propiedad. Ahora bien, la identidad de una composición literaria consiste enteramente en el *sentimiento* y el *lenguaje*; los mismos conceptos, vestidos en las mismas palabras, deben ser necesariamente la misma composición; y cualquiera que sea el método que se emplee para conferir esta composición al oído o al ojo de otro, sea por recitales, por escrito, o por imprenta, en cualquier número de copias o en cualquier período de tiempo, siempre se trata del idéntico trabajo del autor, que es conferido de esa manera; y ningún otro hombre puede tener derecho alguno a conferir o transferirlo sin su consentimiento, sea éste dado tácita o expresamente."

- 3) Los primeros replicaron que la propiedad reclamada no era la del libro físicamente hablando ni de las ideas comunicadas por medio de él, sino algo diferente: una entidad que consiste en la combinación de estilo y sentimiento.

En este universo no podía haber obra literaria sin confirmar también la existencia del autor propietario y no podía haber autor propietario sin obra literaria. También se concluye que la misma naturaleza de la obra literaria era, como dice Lord Blackstone, la combinación de sentimientos y lenguaje. Nótese que el lenguaje saca a los sentimientos de su estado meramente ideal y mediante esta fijación los trae al mundo de los sentidos, permitiéndonos de comunicar dichos sentimientos. Pero como sentimientos son esencialmente personales, no hay como separarlos de la persona del autor, a la que pertenecen.

La House of Lords tiene como cuerpo consultativo la reunión en pleno de los magistrados superiores de las diferentes jurisdicciones de Gran Britania. Al tiempo de Donaldson vs. Becket este gremio se constituía de 12 magistrados, que se pronunciaron uno tras el otro sobre el tema en discusión. Terminadas las exposiciones de los magistrados, el presidente Lord Chancellor Apsley propuso al pleno las siguientes tres preguntas para su voto, y Lord Camden (opositor al Copyright perpetuo) agregó a éstas dos más, meramente considerativas y sin ser objetos de voto alguno:

- 1) ¿Estaba el autor intitulado por el Derecho Común a controlar la primera publicación de su obra?
- 2) ¿Sobreviviría tal derecho, si lo había, a la publicación de la obra? Y,
- 3) Si el derecho sobrevivía a la publicación, ¿era quitado por el Estatuto?
- 4) ¿Tenían el autor o sus causahabientes el derecho exclusivo a una composición por el Derecho Común? Y,
- 5) ¿Fue este derecho de alguna manera limitado o quitado por el Estatuto?

Como se aprecia, las dos preguntas agregadas por Lord Camden eran en principio redundantes, pero como señala Rose, su propósito no era plantear las preguntas mismas, sino el hecho de haberlas formulado de una manera que recordaría a los presentes que sus votos también tendrían el potencial efecto de apoyar un Copyright perpetuo para los librereros.

En cuanto al voto, éste se realizó en el transcurso de tres días y arrojó los siguientes resultados:

A la 1) 8 a favor, 3 en contra; o sea claramente a favor de que el autor puede decidir cómo y cuándo publica su obra, o si no la publica y la mantiene inédita. También se afirma aquí el fundamento en el Derecho Común, entendiéndose ya superado en este punto la diferenciación entre Derecho Común inglés y el escocés.

A la 2) 7 a favor, 4 en contra; por ende el derecho del autor sobre su obra no se agotaba con la primera publicación, pudiendo el autor autorizar y controlar futuras ediciones. Esto significaba también, que incluso los librereros debían obtener del autor la autorización para hacerle seguir a su primera edición otras más, y que no podrían pasar por alto este derecho por el hecho de haber adquirido la copia original de autor; y,

A la 3) Aquí el voto se torna controversial, porque conforme a los protocolos oficiales el resultado era 6 a favor y 5 en contra, o sea confirmando la extinción del derecho por el Estatuto. Sin embargo, según Rose, quien se apoya en la cobertura periodística de ese entonces y, sobre todo, en la opinión dada por el Juez Nares⁴⁷, probablemente el resultado real era justo al revés, o sea confirmando la subsistencia del derecho a pesar del término dado en el Estatuto.

Muy a pesar de los librereros y muy a sorpresa del público en general, que seguía este caso con gran interés, Lord Mansfield no había participado en el voto y se negaba a pronunciarse antes y durante el siguiente debate ante la House of Lords.

⁴⁷ Rose, *obra cit.*, p. 98 p. 154 ss.

Mientras sus opositores lo acusaron por poco de cobardía, otros veían en ello una actitud calculada para evitar más roces graves con sus enemigos políticos, sobre todo Lord Camden.

Cuando el asunto fue presentado entonces ante la House of Lords para que ésta votase sobre la revisión de la posición de la Corte de Lord Mansfield o la de la Corte de Sesiones de Escocia, el resultado es reportado de haber sido formalmente unánime, aunque una fuente alega una división de 22 a 11 votos, pero con el mismo resultado: en virtud de su autoridad y sin la deseada exposición material la House of Lords decidió en contra del Copyright perpetuo y levantó con ello el criterio de Mansfield.

Es difícil decir cómo los “peers” determinaron su voto. Bien puede ser que más que por ponderaciones teóricas la mayoría se dejaba guiar por razones prácticas viendo en la afirmación del Copyright perpetuo la confirmación de un derecho monopólico en los libreros y/o autores, que resultaría contrario al interés público de la nación y los fines que se habían perseguido al emitir el Estatuto de la Reina Ana. También pesaba mucho que el mayor exponente de la teoría, Lord Mansfield, parecía haber abandonado una posición que por mucho tiempo había defendido con aparente fervor y otros, como Lord Chancellor Apsley, quienes le habían seguido en este camino, cambiaron de pareceres.

Como era de suponer, la decisión de la House of Lords provocó resistencia entre los libreros londinenses. A la semana de haberse publicado el resultado, los libreros presentaron una petición ante la otra Cámara inglesa, la House of Commons, para buscar un remedio en contra del daño que les significaba la decisión en contra del Copyright perpetuo. Por su parte, los libreros escoceses, que mayormente vivían de las reimpressiones, presentaron igualmente contrapeticiones para impedir que la House of Commons adoptase cualquier medida. Después de muchos debates la House of Commons remitió al House of Lords una propuesta de ley en el sentido de conceder un plazo adicional de Copyright de otros catorce años más. Nuevamente prevalecieron ahí los detractores de un Copyright extendido, y el proyecto fue

denegado con una votación de 21 contra 11 votos. Notablemente, Lord Mansfield ni siquiera era reportado como asistente a la votación.

De esta manera se estableció el Copyright como un compromiso entre los derechos del autor como propietario de su obra y las necesidades de la sociedad, sin que la House of Lords en pleno, como autoridad competente para hacerlo, hubiese analizado este derecho en términos jurídicos que esclarecerían su verdadera naturaleza. Por lo dicho, sin embargo, el hecho de terminar entonces en un compromiso permitiría en los años posteriores revisar varios aspectos, tales como la duración de la protección. Así en 1814 un estatuto revisado extendió el término de protección a 28 años contados de la publicación o el fallecimiento del autor, cualquiera fuese de más duración. Sin embargo, para autores como Robert Southey, William Wordsworth y Thomas N. Talfourd esto fue demasiado poco, ya que siguieron viendo en el fondo del Copyright un derecho de propiedad, que una imposición autoritaria les robaba ilegalmente.

Notablemente, para inicios del siglo XIX las imprentas parecen haberse generalmente conformado con que el Copyright fuese limitado en el tiempo. Se adaptaron a las nuevas realidades legales y, si bien no podían contar con un Copyright perpetuo, tampoco lo podía la competencia, por lo que las fuerzas del mercado procuraron en el transcurso de unas décadas el requerido equilibrio. Los mayores críticos eran ahora los propios autores, varios de ellos ya profesionales que buscaban vivir de su actividad y que recordaron el hecho que en Donaldson vs. Becket la consulta de los magistrados había confirmado un derecho de propiedad basado en el Derecho Común.

2.3.3.1.1 La interrelación de propiedad, originalidad y personalidad

Si bien se dice que las bases del Copyright no han variado en su esencia desde la época antes analizada, o sea el siglo XVIII y los inicios del siglo XIX, este análisis exige también mencionar la íntima relación que el Copyright considera para propiedad, personalidad y originalidad.

Rose cita al respecto la opinión del Juez Aston, que en *Millar vs. Taylor* opinaba lo siguiente:

*I confess, I do not know, nor can I comprehend any property more emphatically a man's own, nay, more incapable of being mistaken, than his literary works.*⁴⁸

Esta posición no es singular, como hemos visto de las explicaciones que antecedieron. Sin embargo, cabe resaltar el hecho que el Juez Aston, al igual que los otros, vio en las obras literarias también la marca impresa de la personalidad del autor. Lord Blackstone lo especificó cuando decía que la obra literaria era compuesta de sentimientos y lenguaje. Agregamos más directamente que se trata de los sentimientos del autor que éste expresa mediante el lenguaje, que sirve como código para conferirlos a otro individuo. Desde el punto de vista del Copyright, esta huella individual que deja el autor en la obra también es la principal fuente de su originalidad. Así tenemos que las variaciones que sobre un mismo tema hacen varios autores, si bien que argumentasen de forma parecida o casi idéntica, sacan su individual originalidad de la persona y el ser de su respectivo autor.

Como se aprecia además, la cuestión de propiedad no solo tenía una dimensión patrimonial en el sentido pecuniario sino mismo por la íntima relación personal de autor y obra una fuerte noción de moralidad. Así, por ejemplo, el caso de la novela de Samuel Richardson, que en 1753 se publicó ilegalmente en Irlanda incluso antes de que el propio autor la publicase en Londres con su propia imprenta, era doblemente reprochable: no solo se le había perjudicado al autor separándolo de los frutos de su trabajo, se le había robado una propiedad *sui generis*, porque contenía parte de su personalidad y estaba ligada a la esencia de su ser.

Sin ánimo de exagerar, debemos entender la fuerte sensación de propiedad que tiene el autor frente a su obra por cuanto prácticamente deposita parte de su alma

⁴⁸ Juez Aston, *Millar vs. Taylor*, citado por Rose, *obra cit.*, p. 114; libre traducción propia: "Debo admitir que desconozco ni puedo concebir cómo pueda haber cualquier propiedad más marcadamente propia a un hombre, y no solo esto sino aun incapaz de ser tomada por otra cosa, que sus obras literarias."

en la creación. El autor la percibe como “propiamente suya” y esta relación fundamenta también el nexo entre “personalidad” y “originalidad”, porque la obra se entiende como espejo de la personalidad del autor, o por lo menos parte de ella. Siendo el autor un ser vivo único, humano, que por todas sus generalidades sigue siendo un *unicum* e irrepetible, esta individualidad inherente al autor también se transmite a su obra.

Por consiguiente, y en este aspecto comparable con el requisito de “utilidad” como lo comprende el sistema anglosajón en las patentes de invención⁴⁹, la originalidad de una obra ya está dada por el mismo hecho de ser una creación de un ser humano, con ciertas excepciones hechas en los casos cuando el autor no crea propiamente sino aprovecha una creación anterior, como en el caso de la copia o de la cita.

2.3.3.1.2 Importancia del Copyright para el desarrollo de las teorías jurídicas

Cabe enfatizar que el desarrollo filosófico jurídico del Copyright, aunque hoy los juristas de tradición romanista no estén muy conscientes de ello, ha propuesto el sistema jurídico positivo más influyente en el mundo.

En base a las discusiones de derecho positivo iniciados desde el Estatuto de la Reina Ana y las importantes sentencias que se desarrollaron en el siglo XVIII alrededor de los fundamentos del nuevo derecho que protegía al autor, se han hecho los primeros esfuerzos para explicar su naturaleza. Desde estos esfuerzos, que en el sistema anglosajón forjaron el desarrollo positivista del Copyright, partirían luego los grandes filósofos continentales para evolucionar sus teorías sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Autor.

Si bien al fin y al cabo prevalecieron razones prácticas y políticas en la regulación legal del Copyright, de la discusión filosófico-jurídica se evidencia el carácter propietario que para el sistema anglosajón está en la base de este derecho. Solo el

⁴⁹ Véase al respecto Lettere, Angelo, Dr., *Los Requisitos de Patentabilidad*, Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL): Loja, Ecuador, 2008, pp. 21 - 24

gran interés público, que revestía y sigue revistiendo el tema de las obras literarias, era capaz de imponerse sobre este derecho cuyo carácter *sui generis* servía tanto a sus defensores para abogar por él, como a sus detractores para negarlo.

2.3.3.2 *La Teoría de la Propiedad Intelectual desarrollada en el Continente Europeo*

Al igual que en Inglaterra, en el Continente Europeo, y particularmente en los países Francia, España, Alemania e Italia, por su nivel de desarrollo, se dieron los mismos problemas de la reproducción ilegal de las obras de autor que en Inglaterra. También compartían con ella el mismo mecanismo para combatir esta situación, o sea que solían otorgar privilegios en forma de patentes excluyentes a las imprentas, que les permitían inhibir la reproducción no autorizada de una obra protegida.

Sin embargo, contrario a la situación política progresiva de los nobles y la burguesía en Inglaterra, en el Continente regía todavía un sistema feudal muy estricto con una burguesía más sumisa al poder autoritario. Italia y Alemania se encontraban muy fraccionadas en pequeños condados o ciudades estados, cada uno con un ordenamiento jurídico y moneda propios; y en la Francia gobernaba una aristocracia en declive, incapaz de controlar las conmociones internas que llevarían a la Revolución Francesa de 1789. En este ambiente el poder público no abrazaba fácilmente las ideas inglesas de una burguesía más fuerte y autoconsciente, sino se procuraba restringir y censurar cualquier influencia externa propensa a sacudir de manera violenta el orden interno.

Lo dicho, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que estos países se encontraban en un proceso de desarrollo estancado o incluso en retroceso. Más bien se buscaba, sobre todo en Alemania, donde se destacaba Prusia en estos esfuerzos, a realizar una revolución no violenta “desde arriba”, o sea guiada por las mismas autoridades que se habían vuelto obsoletas frente a una sociedad en cambio por la iniciada revolución industrial. Se podría hablar de una renovación desde adentro de las propias instituciones, por la necesidad reconocida de deber realizar un cambio profundo de sus estructuras.

En este entorno destacan en materia de Propiedad Intelectual los pensamientos de los filósofos de la Revolución Francesa y de los filósofos de una Alemania que tenía ya inherente la tendencia de unir sus varios Estados, también para responder a la amenaza política-militar de una Francia post-revolucionaria, por lo que en ocasiones estos dos pueblos también chocaban no solo en lo político sino también en lo filosófico jurídico, como veremos más adelante.

En todo caso la situación común en el Continente Europeo era la que los cambios sociales requerían de nuevas respuestas para establecer y justificar los ordenamientos jurídicos y así constituían por lo menos a nivel intelectual, si bien no tanto político, un terreno fecundo para las teorías liberales elaboradas por los filósofos ingleses a que ya nos habíamos referido en líneas anteriores. Y como ya lo habíamos anotado al tratar el Copyright, también en el Continente se realizó por la influencia inglesa un cambio de perspectiva que hizo que en la base de la propiedad ya no se veía al príncipe o soberano, como visión típica del feudalismo, sino a la actividad humana, que permitía una posesión y, por extensión, justificaba la propiedad individual sobre los bienes reales.

Sin embargo, vemos en el Continente desde un inicio que esta nueva percepción de propiedad viene ligada más extremadamente a la concepción romana del *ius in re*, parecido a lo que ya indicamos al tratar la concepción de propiedad en Escocia frente a la elaborada en Inglaterra. Resulta de ahí la mayor y decidida reserva que muchos juristas continentales expresaron frente al término “propiedad intelectual”, porque lo consideraron contrario a la técnica legal y portador de una contradicción inherente.

Eso no obstante, los defensores de la propiedad intelectual la entendieron ante el fondo de la filosofía liberal como medio de romper las ataduras de la concepción romanista. Para ellos, la propiedad se generó por la extensión que se hace de la personalidad humana hacia las cosas, y en esta concepción tal extensión no tenía por qué estar limitada solamente a objetos físicos. Este menos de formalismo permitía un más de carga ideológica de la filosofía liberal, según la cual el hombre

sirve a sí mismo y todo le es sujeto, haciéndose la propiedad física de una cosa solamente una de varias subcategorías de propiedad.⁵⁰

Que los tópicos filosóficos originados y discutidos en Inglaterra también eran conocidos en la Europa Continental, y el hecho de que sirvieran como elementos fundamentales para el desarrollo de sus propias filosofías, se manifiesta sobre todo en las obras de los filósofos franceses. Podemos mencionar en este aspecto como un buen ejemplo al filósofo-jurista Charles Louis de Secondat, Barón de Bréde y Montesquieu (1689 – 1755), comúnmente conocido como Charles Louis de Montesquieu. Montesquieu critica en su obra estándar *Del Espíritu De Las Leyes* de 1725 con una profunda base humanista parte las teorías de Hobbes y se remite varias veces a la situación política de Inglaterra, su constitución y otros aspectos legales, que le sirven de referencia para ilustrar sus propias ideas⁵¹.

Inspirados por Constitución de los Estados Unidos, que ya en 1778 contenía una expresa referencia a la protección de invenciones y obras literarias⁵², filósofos como Robespierre y Rousseau profundizaron en vísperas y durante la Revolución Francesa de 1789 sobre todo el aspecto de la personalidad de los seres humanos y de la base del Derecho Natural para justificar por un lado los derechos humanos y, por otro lado, también con implicaciones en el Derecho de Autor, la existencia de los derechos morales de éste, si bien estos últimos se convertirían un tópico mayor unos cien años más tarde.

Bajo esta influencia se expidió entonces la primera ley francesa dedicada al Derecho de Autor (*droit d'auteur*) de 1791, que ya expandió la protección legal a las obras de teatro. Pero como el fundamento filosófico jurídico de esta ley era menos la propiedad intelectual que una analogía estricta con el derecho real, regresaremos

⁵⁰ Compare Rigamonti, *obra cit.*, p. 23

⁵¹ Montesquieu, Charles Louis (autor); Estévanez, Nicolás (traductor), *El Espíritu De Las Leyes*, Editorial Albatros: Buenos Aires, Argentina 1942, tomo I

⁵² "Section 8: The Congress shall have power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; [...]"; libre traducción propia: "Sección 8.- El Congreso quedará facultado [...] para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos; [...]"

a este tema al tratar la Teoría del Derecho Real o del Derecho de Propiedad en el Punto 2.3.8.1.

Cabe resaltar en este punto que sobre todo por la influencia de la doctrina francesa, que también fue recogida por Kant en Alemania, se instalan divergencias conceptuales entre el Copyright en los países anglosajones, donde se enfoca más el interés público, y la fluyente europea que centra sus observaciones aun más en la personalidad del autor. Nos dedicaremos más detalladamente a este punto al tratar la siguiente Teoría del Derecho de la Personalidad.

Según Grün, citado por German⁵³, en la Teoría de la Propiedad Intelectual el autor tiene un derecho subjetivo y propio en sus obras. Para Grün se trata de un derecho similar al de la propiedad que tiene por objeto bienes inmateriales, y que es construido de manera análoga al derecho de propiedad en los bienes materiales. Añade que la idea fundamental de la teoría es que la adquisición de propiedad en el producto del trabajo debe constituir una recompensa por el esfuerzo creativo. La diferencia esencial con los tiempos anteriores consiste en que el Derecho de Autor se extiende al dominio total de una cosa incorporeal.

Cuando nació la Teoría de la Propiedad Intelectual, no era posible que un autor adquiriese el reconocimiento de un derecho subjetivo que era válido para toda Alemania, debido al fraccionamiento territorial y de las normas legales que regulaban el tema. Por ello Grün también considera que la teoría clásica de la Propiedad Intelectual tiene el mérito de haber vencido al sistema de privilegios y de la prohibición legal de reproducir obras protegidas, ya que el Legislador se vio en la necesidad de codificar una propia ley protectora para el autor.⁵⁴ Por ende se dice también que gracias a la Teoría de la Propiedad Intelectual se emitieron en 1837 la correspondiente ley prusiana, y luego en 1870 propiamente la Ley de Derecho de Autor de la Confederación Norte, guiada por Prusia. Por la fundación del segundo Imperio Alemán en 1871, esta Ley se convirtió también en Ley Imperial.

⁵³ Grün en German, *obra cit.*, pp. 6-7

⁵⁴ Grün en German, *ibídem*.

Para una mejor comprensión de la Propiedad Intelectual en su sentido histórico, Rigamonti nos ofrece la siguiente definición y explicación:⁵⁵

*Geistiges Eigentum ist die Idee von einer (i) allein kraft Schöpfungsaktes (ii) in der Person des Erzeugers entstehenden (iii) ausschließlichen und übertragbaren Berechtigung (iv) am geschaffenen Geisteswerk.*⁵⁶

Empezando el análisis de este enunciado por el elemento de la “obra intelectual”, Rigamonti nos afirma la función diferenciadora que históricamente tenía, por cuanto distingue el objeto de la Propiedad Intelectual, que es siempre incorporeal. Por ende no se trata de ninguna propiedad en el sentido clásico, que vincula el derecho a una cosa material, como un manuscrito o una copia, lo cual se desprende del adjetivo “intelectual”. Si bien esta cualidad del concepto no se discute hoy en día, históricamente era problemático para los juristas y uno de los mayores obstáculos de esta teoría en su lucha por reconocimiento.

El “acto creativo” debe entenderse en este contexto como único requisito para fundamentar el nacimiento del derecho. En consecuencia no se requiere de ninguna formalidad, ni de ningún pronunciamiento expreso de autoridad alguna para reclamar la protección legal. Este principio refleja la doctrina de la adquisición natural de la propiedad, o sea que es inherente a la naturaleza del objeto que implica la existencia del derecho.

Si bien en la actualidad este principio es generalmente reconocido, nos permitimos recordar que en el “Copyright”, y por mucho tiempo en los países que seguían el sistema anglosajón, sí se insistía en requisitos formales, como originariamente el registro en la Stationers’ Company. También ha constituido un problema para que los EE.UU. firmen el Convenio Revisado de Berna. Lo pudieron recién hacer en 1988, cuando hicieron facultativa la tradicional obligación del “copyright notice” que obligaba a los autores registrar su obra y proporcionar sendas copias a ciertas

⁵⁵ Rigamonti, p. 37ss.

⁵⁶ Libre traducción propia: “Propiedad intelectual es la idea de que (i) meramente en virtud de un acto creativo (ii) se genera en la persona del creador (iii) un derecho exclusivo y transferible (iv) en la obra intelectual.”

instituciones para poder gozar por completo de los derechos otorgados bajo el Copyright.

En cuanto al elemento del “productor”, hablamos del sujeto de derecho que tiene un título originario en la obra. No pensamos necesariamente en quien ejecuta o realiza la obra, sino en quien la ideó. Si pensamos en la época en que nació la Teoría de la Propiedad Intelectual, explica Rigamonti, uno de sus principales propósitos era distinguirla de la propiedad de las imprentas, y tal vez se haya pensado más en la persona natural como autor, pero de nada se excluía en ese entonces la posibilidad de que una persona jurídica podía tener la calidad de autor. Por este lado la teoría compaginaba con el Copyright y las leyes continentales que regulaban el Derecho de Autor de la época, como la ley prusiana de 1837, que según Rigamonti admitía la posibilidad de que se realizasen obras por encargo económico de una persona jurídica, que por ende vestía la calidad de su autor.

Por último, referente al “derecho exclusivo y transferible”, éste tiene que ver con la modalidad legal en la que la obra se relaciona con su productor. Queda claro que en el concepto de la Propiedad Intelectual, el derecho no es meramente un reflejo de la prohibición de reimprimir, sino un derecho autónomo, que resulta en una exclusión general para terceros. El aspecto de la “exclusividad” eleva entonces a la obra a un bien apto para el comercio, ya que sin ella la obra sería libremente disponible y no constituiría ningún bien económico que puede ser poseído y que puede ser atribuido a un individuo para que éste haga comercio con él.

Además, se requiere también el otro aspecto de la “transferibilidad”, ya que el valor económico de la obra no podría ser aprovechado sin actos de comercio. Históricamente, señala Rigamonti, siempre se sobreentendía este aspecto de la transferibilidad de una obra intelectual, sobre todo si consideramos que la idea de una propiedad del autor servía como base para justificar el traspaso de la misma a las imprentas. En este aspecto se demuestra también cierta incompatibilidad de la Teoría de la Propiedad Intelectual con el Monismo, que generó problemas en los

aspectos de la transferibilidad. Revisaremos este problema al tratar las Teorías Dualistas y Monistas más adelante.

El hecho de que la Teoría de la Propiedad Intelectual hubiese fracasado se debe a un desarrollo paradójico del punto de vista filosófico jurídico. Si bien la Teoría de la Propiedad Intelectual era revolucionaria y había conseguido ampliar el concepto filosófico de que se entendía por propiedad a una dimensión intelectualmente superior, en la práctica legal se advertía que la analogía absoluta que se aplicaba con las normas positivas sobre la propiedad no era adecuada. La nueva categoría de bienes no era capaz, por ejemplo, de ser reivindicada o reclamada su posesión, ya que una vez exteriorizada la obra del autor, ésta por su naturaleza no podía ser capturada ni devuelta como un bien material.

La Teoría de la Propiedad Intelectual sufría de que su concepción por lado de los juristas de la época era todavía primordialmente material. Los juristas de ese entonces rechazaron por ende esta nueva categoría de propiedad, porque no se adecuaba satisfactoriamente a las reglas de propiedad establecidas. En vez de ampliar el concepto original buscaban al inicio un modo de hacer cuadrar el concepto nuevo en el originario, de que justo había querido evolucionarse, y como esto no funcionaba con la técnica de la ciencia jurídica de la época, se declaraba que este nuevo derecho no podía ser propiedad, y quienes no opinaban así corrían el peligro de ser descalificados en su calidad de juristas serios y capaces.

En la práctica se caía en la misma argumentación que ya casi cien años antes habían considerado los juristas escoceses cuando el tema fue discutido respecto al Copyright: Sin objeto físico (*res corporalis*) no podía haber propiedad, como lo sostenía Orloff nuevamente en 1861 cuando publicó el quinto tomo de sus Anuarios para la Dogmática Actual del Derecho Romano y Alemán.⁵⁷

El rechazo de los juristas alemanes no se quedaba netamente en el plano de una divergencia teórica. Consiguieron que en la doctrina y la Ley de Derecho de Autor

⁵⁷ Orloff, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, tomo V, p. 322 ss., citado por Rigamonti, *obra cit.*, p. 49

de 1870 se eliminase cualquier referencia al término aborrecido “Propiedad Intelectual” reactivando un término anterior que era justamente “derecho de autor” (“Auteurrecht” y más tarde “Urheberrecht”, en alemán). Es más, cuando se discutía el nombre y contenido del Convenio de Berna, los juristas alemanes causaron un incidente cuando la delegación francesa solicitó que el título original del proyecto, que hacía referencia a la “protection des droits d’auteur” (protección de los derechos de autor), se cambiase a “protection de la propriété littéraire et artistique” (protección de la propiedad literaria y artística). La delegación alemana rechazaba esta solicitud rotundamente, insistió en el término “droits d’auteur”, o mejor aun “droit d’auteur” en singular, y señaló que el término “propriété” conllevaba implicaciones en la doctrina legal que en la opinión legal alemana eran incorrectas. En la primera votación las delegaciones presentes decidieron con un resultado de siete a favor del cambio y cinco en contra. En respuesta, la delegación alemana amenazó a no firmar el Convenio incluso abandonar la conferencia en proceso.

Que el Convenio de Berna de 1886 se salvaría en este punto, se debe a la intervención conciliadora de la delegación suiza, que propuso la actual fórmula “protection des œuvres littéraires et artistiques” (protección de las obras literarias y artísticas). Además, se dejaba expresa constancia en el Acta que cada país era libre en la traducción del Convenio y que la presente versión del título no expresaba ninguna preferencia por teoría legal alguna.⁵⁸

Por lo reñido que eran entonces las posiciones jurídicas, se ve que todavía ninguna de las partes había logrado definir la naturaleza jurídica del Derecho de Autor de una manera convincente para todos. Lo dicho nos obliga también para este trabajo revisar la siguiente Teoría del Derecho de la Personalidad, que por su lado es otro intento de explicar el fenómeno jurídico social del Derecho de Autor.

2.3.4 La Teoría del Derecho de la Personalidad

Como ya habíamos señalado, la filosofía de la Revolución Francesa ponía un gran énfasis en la personalidad. Esta posición se reflejó también en la concepción

⁵⁸ Roeber, UFITA 21 de 1956, p. 157, citado por Rigamonti, *obra cit.*, p. 50

ilustrada del Derecho de Autor. Frente a la dificultad científica de justificar éste mediante La Teoría de la Propiedad Intelectual y nutriéndose de la misma base filosófica del Liberalismo inglés, según Rigamonti solo se ofrecían dos términos capaces de legitimar el Derecho de Autor a nivel político y económico: la *propiedad* y la *personalidad*. Encontrándose el camino de la *propiedad* en un callejón sin salida por su fijación en la propiedad real de una cosa, no quedaba más que buscar una solución filosófico-jurídica en la nueva concepción que el Liberalismo había introducido en cuanto a la *personalidad*.

El reconocimiento científico del Derecho de Autor debía, en consecuencia, buscar un nuevo camino por el concepto de la personalidad, dejando atrás su vinculación con la propiedad para poder encajar con ese otro concepto. Esta operación se veía beneficiada por la evolucionada visión *ius naturalista* de la “propiedad personal”, porque ésta ya llevaba en su nombre una relación entre ambos términos. Así se trasladó el énfasis de la propiedad a lo personal y los juristas se preparaban una base argumentativa fundada en lo segundo.

Siguiendo el hilo explicativo de Rigamonti, el filósofo alemán Georg Friedrich Hegel (1770 – 1831)⁵⁹ había ya preparado el camino para esta explicación del Derecho de Autor cuando decía que la ciencia jurídica como parte de la filosofía tiene como objetivo la exploración de lo racional, que se revela en los conceptos. Pero como la idea del Derecho es la *Libertad*, “el sistema legal [debe ser] el reino de la libertad realizada”.⁶⁰ Aspecto clave es en este contexto la *voluntad*, que por lo general es libre, y que sirve como símbolo de la finalidad en sí del hombre.

Es la voluntad que vincula la persona con la propiedad, porque la voluntad da existencia a sí misma en el mundo cuando se dirige hacia las cosas externas y se proyecta sobre lo materialmente perceptible. Es lo que Hegel denomina la primera forma de libertad y que equivale a la propiedad. Al mismo tiempo dice que esta libertad también es lo que llamamos la persona, porque ésta en sí es libre e igual se da una existencia exteriormente perceptible por medio de las cosas. En

⁵⁹ Wikipedia, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Hegel> 06/11/2009 16:38

⁶⁰ Hegel, citado por Rigamonti, *obra cit.*, p. 52

consecuencia, según Hegel, si se le negase al hombre de manera general la existencia de la propiedad privada, se cometería una injusticia contra la persona, pues solo la *personalidad* otorga un derecho sobre las cosas, y el derecho personal es esencialmente el derecho de cosas. De esta manera la propiedad es muestra de la existencia de la persona e íntimamente ligada a ella, como se ve en la propiedad que cada hombre tiene intrínsecamente sobre su propio cuerpo y su propia vida.

Ante esta explicación filosófica, los términos “propiedad” y “personalidad” son en un alto grado intercambiables y quien infringe la propiedad comete al mismo tiempo una infracción contra la personalidad, porque no respeta la libre voluntad de la persona que se materializa en la propiedad. Hegel generó con esta explicación la base filosófico-jurídica de la Teoría General del Derecho Privado Subjetivo y, como dice Rigamonti remitiéndose a Windscheid *et al*, todavía en la actualidad se entiende al derecho subjetivo como “el poder de la voluntad sancionado por el orden jurídico”.⁶¹

Lo dicho no implica efectos jurídicos inmediatos, pero sí es útil para categorizar el tipo de Derecho a que pertenezca el Derecho de Autor, ya que encontramos a la “personalidad” como elemento común de todos los derechos privados subjetivos, por lo que los derechos personales o individuales forman parte general del Derecho Privado.

El desvío por el concepto de la personalidad como fuente última de los derechos privados subjetivos e individuales permitía evadir los tecnicismos jurídicos vinculados con el término “propiedad”, que es utilizado por Hegel en un sentido netamente filosófico y no técnico-jurídico. Así se podía interpretar a la propiedad como prototipo del Derecho Privado Subjetivo General, cuya estructura podía ser aplicado a otros derechos subjetivos, por lo que el Derecho Individual se relacionaba con el Derecho de Cosas como el género con la especie.

⁶¹ Compare Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tomo I, 8. A., Fráncfort/Meno: 1900; p.131; citado por: Rigamonti, *obra cit.*, p. 53

La labor filosófica de Hegel se veía ya beneficiada por Kant, que había trazado límites más concretos entre lo material y lo inmaterial, pero todavía más apegado a la Teoría de la Propiedad Intelectual. Ya en 1785 Kant había publicado un escrito denominado „Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks“ ("De la Ilegalidad de Reimprimir Libros"), en que se preocupaba de la posición jurídica que debía ocupar el derecho sobre las obras literarias.⁶² Según Kant, todo lo corporal pertenecía al derecho de la propiedad del autor, y todo lo inmaterial al derecho individual del mismo, advirtiendo un dualismo que en sí no cabe para la Teoría del Derecho de la Personalidad, pero que señalaba desde una posición todavía comprometida con la Propiedad Intelectual claramente hacía el aspecto personal de la pregunta. Por ello muchos consideran a Kant como real inventor de la Teoría del Derecho de la Personalidad.

Sin embargo, corresponde a otro filósofo alemán, Otto von Gierke (1841 - 1921)⁶³, un reconocido jurista, histórico jurídico y político, haber desarrollado con estos antecedentes mucho más la Teoría del Derecho de la Personalidad. Gierke lleva las ideas de Kant y Hegel a un nivel en que realmente cambian la forma de ver el Derecho de Autor. Extendiéndose el Derecho Individual a todos los derechos privados, el Derecho de Cosas tenía entonces por objeto la propiedad en su sentido técnico, permitiéndole al Derecho de Autor de tomar una posición jerárquicamente igual al Derecho de Cosas, con el que ya no tenía más vinculación que el hecho de derivar ambos de la misma fuente, la personalidad, como los otros derechos individuales también. Hemos aquí un Derecho de la Personalidad que resulta como consecuencia de la creatividad intelectual de la persona.

En este punto de la discusión, el Derecho de Autor y su importancia se derivan de la estrecha relación *sui generis* que tiene el creador con su obra, teniendo por objetivo la protección de la personalidad del autor. El Derecho de Autor por ello no es ninguna protección concedida a la imprenta o de la obra como objeto físico o intelectual, como lo teníamos en los siglos anteriores, sino la protección del esfuerzo creativo y de la esfera personal del autor.

⁶² German, *obra cit.*, p. 7

⁶³ Wikipedia, *Otto von Gierke* http://de.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Gierke 20/12/2009 15:50

Para Gierke solo se explicaba el trato positivista del Derecho de Autor por la existencia de un Derecho de la Personalidad, ya que de otra manera no se justificaba que el Derecho de Autor podía ser sujeto a una limitación temporal ni mucho menos que una vez separada físicamente la obra de su creador por un acto jurídico, vgr. compraventa, donación, etc., se conservarían ciertos derechos. Así los derechos otorgados por el Derecho de Autor constituirían por parte del legislador una concesión a la persona del autor.

A pesar de su ventaja de dar un nuevo fundamento teórico al Derecho de Autor que debía vencer los problemas encontrados en la Teoría de la Propiedad intelectual, la Teoría del Derecho de la Personalidad no es sin conflictos. Su eminente carácter inmaterial, que servía para no chocar con el término jurídico de la "propiedad", complicaba la explicación de los actos de transferencia, ya que implicaría la enajenación de una parte de la personalidad del autor, lo cual por un lado no es concebible en sí mismo, y por otro lado contradice al fundamento de la teoría.

Gierke buscaba explicar este fenómeno mediante un dualismo en la naturaleza de algunos derechos individuales. Así el Derecho de Autor pertenecería a aquella clase de ellos, que tienen una doble naturaleza de ser por un lado y primordialmente derechos individuales, y por otros derechos patrimoniales. El mismo Gierke ya adelantó que en este sentido los derechos parecen como derechos sobre *bienes inmateriales*, utilizando un término que nos ha de ocupar al tratar la siguiente teoría jurídica. Pero ni así se supo satisfactoriamente explicar en base al Derecho de la Personalidad cómo, por ejemplo, la publicación de una obra lograba incrementar el valor material y económico de la misma, quedando la Teoría del Derecho de la Personalidad en un evidente desequilibrio.

También Rigamonti destaca que la manera inconsistente de Gierke de formular su terminología, que habla, por un lado, del Derecho de la Personalidad como prolongación de la personalidad creadora y, por el otro, como derechos patrimoniales transferibles, revela una cierta falta de recursos explicativos y refleja

la algo infeliz vinculación del Derecho de Autor con el Derecho de la Personalidad. Así Gierke, para poder abarcar estos fenómenos, tenía que pensar en explicaciones cada vez menos concretas, caracterizando el Derecho de Autor *meramente en cuanto a su ejercicio como transferible*, pero no por su naturaleza.⁶⁴

Lo que se requería en ese punto era una mejor diferenciación entre las partes que doctrinariamente componían el Derecho de Autor. Para lograr esta tarea, se propuso la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales, que será el siguiente objeto de nuestra investigación.

2.3.5 La Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales

La Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales se remonta al filósofo alemán Josef Kohler (1849 – 1919).⁶⁵ Como Gierke era también un renombrado jurista y, además, un prolífero autor de quien se dice haber publicado apróx. 2.500 diferentes títulos. Kohler tenía la fama de ser muy versátil y de una mente aguda. Se destacó en el área jurídico-teórica, entre otros, por trabajos sobre la naturaleza de las patentes de invención y un análisis prolijo de los aspectos civiles, públicos y penales de la utilización de estampillas de correo.

En la apreciación de German⁶⁶, la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales es una combinación de la Teoría de la Propiedad Intelectual y la Teoría del Derecho de la Personalidad. A diferencia de éstas, sin embargo, Kohler partía en la protección del creador de una obra de la premisa que existían dos derechos nítidamente separados: Por un lado, el Derecho sobre los Bienes Inmateriales y, por otro, el Derecho de la Personalidad. Al Derecho sobre los Bienes Inmateriales correspondía entonces la protección de los intereses patrimoniales del creador, y al Derecho de la Personalidad correspondía la protección de la persona del autor.

⁶⁴ Rigamonti, *obra cit.*, p. 61

⁶⁵ Wikipedia, Josef Kohler http://de.wikipedia.org/wiki/Josef_Kohler 20/12/2009 16:35

⁶⁶ German, *obra.cit.*, p. 8

Kohler se sirve en la elaboración de su teoría por gran parte de la Teoría de la Propiedad Intelectual, combinando esta en cuanto conviene con la Teoría del Derecho de la Personalidad. Sin embargo, Kohler evita consecuentemente la utilización del término „propiedad intelectual”, por cuanto lo considera también técnicamente incorrecto. Reconoce que existe un error en considerar los derechos del autor como derechos propietarios, de los que se debe separar el Derecho de Autor, y destaca que es un derecho solamente similar al de la propiedad, pero propio e independiente. Para reflejar esta distinción y tomar en cuenta las críticas que habían hecho fracasar la Teoría de la Propiedad Intelectual, Kohler ideó e introdujo el término “Immaterialgüterrecht” (“Derecho sobre Bienes Inmateriales”). Eso le permitió por lo demás aprovechar gran parte de las enseñanzas de la Teoría de la Propiedad Intelectual sin exponerse a las mismas críticas. Cuan útil este nuevo término era, se demostró también cuando el mismo Gierke se refería a él para explicar el doble carácter de su Derecho de la Personalidad.

En su publicación “Die Idee des geistigen Eigentums” (“La Idea de la Propiedad Intelectual”) de 1894, Kohler defiende abiertamente la Teoría de la Propiedad intelectual contra su injusta discriminación:

So sehr wir darum die konstruktive Bildung des geistigen Eigentums als eine jetzt überholte Konstruktion bekämpfen, so müssen wir ihr das verehrungsvolle Zeugnis geben, dass sie Jahrzehnte lang zur Verwirklichung des wahren Rechts mächtig beigetragen hat. Denn sie kommt der richtigen Konstruktion am nächsten und hätte erst aufgegeben werden sollen, als man die Konstruktion des Immaterialrechts gefunden hatte. Alle anderen Konstruktionen stehen weit unter ihr: Die Privilegientheorie, auch die Gewerbetheorie ist inhaltlos, und die Personaltheorie ist so schemenhaft und abgeblasst, wie der kategorische Imperativ, der denselben Urheber hat.⁶⁷

⁶⁷ Kohler, *Die Idee des geistigen Eigentums*, AcP 82, p. 156 ss.; citado por: Rigamonti, *obra cit*, p. 59; libre traducción propia: “Por más que esto sea la razón de combatir la formación constructiva de la Propiedad Intelectual, debemos darle el testimonio reverencial que por décadas ha aportado en gran medida a que se realice el derecho verdadero. Es, pues, que se aproxima en mayor grado a la construcción correcta y sólo debía haber sido abandonada cuando se encontró la construcción de los Bienes Inmateriales. Todas las demás construcciones le

Como anotan también Fechner y Boytha⁶⁸, en realidad lo que se propone Kohler es deshacer la sucedida reducción de la propiedad intelectual a la propiedad real, restaurando así el contenido doctrinario legal de la Propiedad Intelectual en su significado original. Visto así, Kohler transforma la Propiedad Intelectual basada en un derecho natural en una teoría de la doctrina jurídica, que es el formato querido por la ciencia del derecho civil. Por ello tampoco sorprende que la definición del Derecho de Autor hecha por Kohler coincida prácticamente con la definición de la propiedad intelectual que tratamos más arriba, pero enriquecida por la visión filosófica hegeliana de la relación personalidad-voluntad-propiedad:

*Autorrecht ist ein Immaterialgüterrecht, d. h. ein Recht an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht fass- und greifbaren Rechtsgute.*⁶⁹

Kohler logra con su visión diferenciadora que el modo de ver el Derecho de Autor se desliza desde lo general hacia lo especial, eso es desde el Derecho de Autor como parte del derecho de las personas hacia el Derecho de Autor como derecho privado subjetivo independiente. Eso le permitía, según Rigamonti, distinguir en lo dogmático mejor que sus predecesores entre Derecho de Autor y Derecho de la Personalidad. Por ello para Kohler el término “Urheberpersönlichkeitsrecht” (Derecho de la Personalidad del Autor) se seguía refiriendo al Derecho de la Personalidad y no entraba en el Derecho de Autor, como lo propagaban los defensores de un derecho unitario. Así mismo rechazaba Kohler las tendencias que con remisión a la filosofía francesa querían incluir el “droit moral” (derecho moral) en la doctrina alemana, pues para él se trataba del mismo derecho individual o de la personalidad conocido ya por décadas, solo con otro nombre.⁷⁰

son muy inferiores: la Teoría de los Privilegios, y también la teoría de la Propiedad de la Imprenta carecen de contenido; y la Teoría de la Personalidad está tan sin contornos y descolorida como el Imperativo Categórico, que tiene el mismo autor.” (Nota: Kohler alude con esto a Kant y no Gierke)

⁶⁸ Rigamonti, *obra cit.*, ibidem

⁶⁹ Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, Alemania 1907; libre traducción propia: „El Derecho de Autor es un Derecho sobre Bienes Inmateriales, es decir un derecho sobre un bien jurídico que se encuentra en la esfera externa del hombre, pero que no es corporal y que no puede ser tocado o cogido.”

⁷⁰ Rigamonti, *obra cit.*, p. 64

Tanto Gierke como Kohler vieron en el Derecho de Autor un derecho limitado en el tiempo. Sin embargo, la explicación dogmática de Kohler es más precisa que la Teoría del Derecho de la Personalidad de Gierke. Kohler reconoció que la obra del autor, una vez creada, se convierte en un factor autónomo, independiente y suelta de la persona de su autor, que meramente queda vinculado a ella por el hecho histórico de haberla creada y por unas relaciones del derecho individual. Esta posición facilita también la calificación del Derecho de Autor como un derecho patrimonial transferible, sin las operaciones apologéticas que tenía que hacer Gierke en este punto.

Para Baylos Corroza, quien analiza ampliamente las características de los bienes inmateriales⁷¹, la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales constituye “*el primer intento sistemático de profundizar en el sentido de las creaciones intelectuales y de las concepciones aplicables a la industria y el comercio, en cuanto objeto de protección jurídica*”⁷². Eso no obstante, el ilustre autor termina criticando esta teoría en tres aspectos importantes: Primero releva que la teoría tiene lagunas por contener precisiones que no se sitúan en el plano jurídico; dice que el método utilizado exige aceptar una concepción de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, que actualmente se rechaza por contener una exagerada cosificación de la creación intelectual; segundo, critica la separación en dos derechos diferentes (patrimoniales y morales), de facultades que en determinados momentos concurren conjunta y complementariamente; y, tercero, la caracterización del bien inmaterial resulta en que su concepto se remite a una tipificación legal, que no es unitaria sino variable.

Que la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales en la misma Alemania no experimentase una mejor acogida se debe a que desde el rechazo de la Teoría de la Propiedad Intelectual se habían incluido muchos derechos individuales o de la personalidad en las normas positivas del Derecho de Autor. La separación sugerida por Kohler entre Derecho de Autor (derechos patrimoniales) y Derecho de la Personalidad (derechos individuales o morales), siendo cada conjunto regulado por

⁷¹ Baylos Corroza, *obra cit.*, pp. 107-120

⁷² *Ibidem*, p. 119

sus propias normas separadas, que juntas procurarían una protección global de los intereses patrimoniales y personales del autor, habría significado por el lado técnico introducir primero el Derecho de la Personalidad como derecho positivo general para luego poder establecer normas positivas específicas relativas a la relación autor – obra. En vez, la Corte Imperial estableció al Derecho de la Personalidad del Autor como Derecho de la Personalidad especial, sin que se hubiera primero positivamente codificado un derecho general. El resultado era la vinculación muy estrecha de este nuevo derecho con el existente Derecho de Autor, que por lo demás ya contenía algunas normas que debían proteger aspectos personales del autor. Además, se temía que un nuevo derecho independiente, que también consideraría aspectos personales hasta entonces regulados por el Derecho de Autor, bajaría el valor de los derechos existentes, ya que estaba poco claro cuál jerarquía legal correspondería a los derechos de la personalidad del autor si se sometían a un juicio de valor frente a los derechos existentes.

Por lo dicho, la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales de Kohler no se enfrentaba tanto a problemas filosóficos que prácticos basados en el desarrollo del Derecho Positivo, que proseguía una tendencia unitaria del Derecho de Autor. Esto era razón suficiente para las siguientes consideraciones sobre la naturaleza dualista o monista del Derecho de Autor, que al mismo tiempo constituyen la mayor crítica a la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales.

2.3.6 Las Teorías Dualistas y Monistas

Más que teorías propias, las Teorías Dualista y Monista constituyen una clasificación de las teorías ya existentes según el criterio si éstas aceptan el carácter del Derecho de Autor de ser un derecho doble (Doppelrecht), como lo sostenía Kohler y sus seguidores, o si se trataba de un solo derecho único y uniforme, posición que defendían von Gierke, Stobbe y Allfeld, y como lo insinuaba también el derecho positivo en Alemania.⁷³ Estos juristas comprendieron al Derecho de Autor como un derecho unitario y único, o como lo expresa Grün:

⁷³ Lipszyc, *obra cit.*, p. 23

Es ist weder reines Vermögensrecht, noch reines Persönlichkeitsrecht, sondern ein Recht sui generis, in dem beide Interessen des Urhebers berücksichtigt werden^{74 75}.

También dentro del Dualismo existen varios matices, algunas de las cuales no mantienen la exclusión de los derechos morales del Derecho de Autor, propuesta por el mismo Kohler, sino que agrupan los derechos patrimoniales por un lado y los derechos morales por el otro bajo el común denominador “Derecho del Autor”, sin renunciar a la separación de ambos derechos.⁷⁶ Esto se debía, como dice German, al punto de vista que ambos tipos de derecho tenían en común que nacieron de la relación originaria que tiene el autor con su obra.⁷⁷ Esta visión general y al mismo tiempo diferenciadora mantenía un trato global del Derecho de Autor, en todos sus aspectos y alejándolo entonces otra vez más del Copyright, a que en este punto se había acercado bastante la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales de Kohler.

La fuente común de estos derechos también servía a los monistas para defender su posición, sin negar tampoco el carácter de la obra de ser una creación intelectual. Podemos, de lo visto, afirmar que el Copyright, la Teoría de la Propiedad Intelectual y la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales pertenecen a la clase de las teorías dualistas, porque propagan de mayor o menor grado la diferencia y un trato distinto entre los derechos patrimoniales y los derechos morales del autor. Al otro lado tenemos la Teoría del Reflejo, la Teoría de la Propiedad de la Imprenta, la Teoría del Derecho de la Personalidad y La Teoría del Árbol, que se analizará a continuación, que son de carácter monista.

⁷⁴ Grün, *obra cit.*, p. 81; citado por German, *obra cit.*, p. 9; libre traducción propia: “No es ningún derecho patrimonial puro ni es un Derecho de la Personalidad puro, sino un derecho *sui generis* en que se toman en cuenta ambos intereses del autor.”

⁷⁵ En este mismo sentido también Allfeld, *obra cit.*, p. 7

⁷⁶ Del Corral, Milagros, *Introduction to the Concept And Nature of Copyright*, UNESCO: Paris 1988, p. 5

⁷⁷ German, *obra cit.*, p. 8

Baylos Carroza, por su parte, subdivide las teorías dualistas en dos posiciones fundamentales y, como dice, contrarias⁷⁸. La primera considera la configuración del derecho “*como un señorío jurídico sobre un bien exterior y la reducción de este derecho a una facultad de hacer, a la posibilidad jurídica de desarrollar en exclusiva una actividad determinada.*” Este grupo comprende, como posiciones destacadas, las teorías de la Propiedad, del Derecho sobre Bienes Inmateriales y, de los Derechos Intelectuales. El segundo subgrupo, según Baylos Carroza, abarca las teorías del Derecho a la No Imitación, de los Derechos de Clientela, del Derecho del Trabajo y, las varias posiciones del Monopolio Legal.

Según la respectiva posición, cada grupo defiende su propia teoría básica, viéndose las teorías monistas apoyadas por varios sistemas de derecho positivo, como el francés, el español y el alemán, mientras el sistema dualista rige, p.ej. en Suiza y los países del Copyright. También hay posiciones como la de Piola Caselli, quien a un principio era partidario de la Teoría del Derecho de la Personalidad, y que luego convirtió a la Teoría del Derecho Personal-Patrimonial, que es una teoría intermedia a que regresamos en el punto 2.3.8.2.

En resumen, la posición dualista y la posición monista dependen de la filosofía básica desde la cual se valora esta pregunta, habiéndose desarrollado la teoría monista como reflejo al dualismo establecido dogmáticamente por Kohler, si bien en la práctica no era desconocida la distinción entre derechos patrimoniales y morales, como ya vimos al tratar el Copyright. De todos modos causó esta crítica positivista de los juristas monistas que se considerase nuevamente esta calidad fundamental del Derecho de Autor y que se buscasen argumentos que explicaren su carácter unitario.

2.3.7 Teoría de los Derechos Morales y Patrimoniales o Teoría del Árbol

También esta teoría monista relativamente reciente se centra en los aspectos personales/patrimoniales y ha encontrado muchos adeptos en los ordenamientos

⁷⁸ Baylos Carroza, *obra cit.*, pp. 379-380

jurídicos actuales de Latinoamérica. Según Villacreses⁷⁹, su mayor precursor era el jurista Eugen Ulmer (1903 – 1988), duro crítico del dualismo excluyente de Kohler.

Para Ulmer, los derechos morales y los patrimoniales nacen de una misma fuente y describe su relación como sigue:

Das Verhältnis, in dem der Interessenschutz zur Gestalt des Urheberrechts und zu den aus dem Urheberrecht fließenden Befugnissen steht, kann man sich an einem Bild verdeutlichen. Die beiden Interessengruppen erscheinen, wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts, und dieses selbst als der einheitliche Stamm. Die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind den Ästen und Zweigen vergleichbar, die aus dem Stamm erwachsen. Sie ziehen die Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln.⁸⁰

Como destaca Villacreses⁸¹, el criterio de Ulmer es definitivamente no dualista, pero permite distinguir en el plano conceptual entre derechos personales y patrimoniales. Éstos para Ulmer no son derechos diferentes, porque para él no se suman diferentes derechos, sino que se trata de uno solo que abarca ambos conceptos.

Rigamonti explica al respecto, que Ulmer en un primer paso mira al Derecho de Autor desde las facultades radicadas en el derecho positivo y las compara con dos diferentes grupos de intereses, a saber intereses patrimoniales e ideal-intelectuales. En un segundo paso Ulmer diagnostica que existe una interrelación de estos grupos de intereses que es *independiente de los derechos individuales de la personalidad*, o sea una relación prácticamente *intrínseca al Derecho de Autor*, viendo el

⁷⁹ Villacreses Real, F., Dr., *Derechos de Autor*, Texto Guía, Editorial de la UTPL: Loja, Ecuador octubre de 2007, p. 20

⁸⁰ Ulmer, Eugen, *Urheber und Verlagsrecht*, 3ra edición, Berlín 1980; citado por Rigamonti, *obra cit.*, p. 67-68; libre traducción propia: "La relación que existe entre la protección de intereses y la forma del Derecho de Autor y las facultades que surgen del Derecho de Autor, puede ser ilustrada mediante una metáfora: Los dos grupos de intereses parecen, como en un árbol, tener la calidad de constituir las raíces del Derecho de Autor, y éste la de ser un tronco uniforme. Las facultades otorgadas por el Derecho de Autor son comparables con las ramas y ramificaciones que salen del tronco. Reciben su vigor bien sea de ambas raíces, bien sea netamente o mayormente de una de ellas."

⁸¹ Villacreses Real, *obra cit.*, ibídem

fundamento de estas facultades en el derecho positivo. Por ende, la conexión entre las facultades materiales e ideales forma para Ulmer parte de la misma esencia del Derecho de Autor, que en cuanto a su componente ideal, independiente de la existencia de un derecho de la personalidad general, debe ser intransferible.⁸²

Como partidario de la Teoría de la Propiedad Intelectual, Rigamonti critica la teoría de Ulmer en dos aspectos: Por un lado, dice, Ulmer pretende *a priori* que todas las facultades contenidas en el derecho de autor positivo son al mismo tiempo parte material del Derecho de Autor. Con ello supone una consecuencia sistemática legal del Legislador que como tal simplemente no existe. Si por ejemplo el derecho positivo le otorga al autor la facultad de defenderse contra alteraciones de su obra que le puedan difamar, el mero hecho de haber incluido esta facultad en la ley que regula el Derecho de Autor no significa necesariamente que tal facultad realmente tiene el carácter material de pertenecer al Derecho de Autor. Los mismos adeptos de la Teoría del Árbol admiten este punto, pero dicen que la inclusión de una facultad que materialmente pertenece al Derecho de la Personalidad, es una afirmación de que la obra es parte de la personalidad del autor y el Derecho de Autor es, por ende, un derecho de la personalidad. Para Rigamonti, esta posición carece de lógica y, demuestra un afán exagerado de unificar dogmáticamente bajo una sola denominación derechos solo porque la legislación positiva lo ha hecho. Señala, además, que es más bien común que el Legislador en su categorización puede cometer errores.

Por otro lado critica Rigamonti que Ulmer, por enfocarse en los *intereses* protegidos por el Derecho de Autor, parte de un punto estructural irrelevante para la dogmática jurídica. Con el reconocimiento del Derecho de Autor como derecho subjetivo se cortó el vínculo entre intereses y acciones legales. Cuando se ejercen las acciones ya no se pregunta cuáles intereses persigue el titular en el caso concreto. Si bien Rigamonti admite cierto valor académico a ese aspecto, para la práctica legal le resta importancia, porque es justo parte del *derecho privado subjetivo* el que se le conceda al titular de un derecho un grado bien delimitado de arbitrariedad. Por

⁸² Rigamonti, *obra cit.*, p. 68

consiguiente, fuera de los límites en que se constituiría un abuso del derecho, no interesa *cuáles intereses* persigue el individuo en la ejecución de sus acciones. El mismo principio se conoce en el derecho de la propiedad, donde nadie pregunta por el interés del propietario cuando éste presenta una acción en base a dicho derecho.

2.3.8 Otras Teorías

Las teorías que hemos analizado hasta aquí reflejan a pasos grandes el desarrollo filosófico- jurídico producido por el afán intelectual de dar una base dogmática al fenómeno del Derecho de Autor que era presente en las normas positivas del Derecho. Sin embargo, como son muchos los juristas que se han interesado por el tópico de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, también se han generado algunas teorías intermedias o “menores”, si consideramos su acogimiento en el mundo jurídico más que su valor objetivo para la evolución del tema. Algunas de estas teorías se resumirán en las siguientes líneas.

2.3.8.1 Teoría del Derecho Real o del Derecho de Propiedad

Constituye en materia del Derecho de Autor la primera expresión continental de la ideología liberal inglesa que generó el Copyright. Debido a que su base filosófica era, digamos, todavía “en evolución” mostraba un gran apego al derecho real buscando la protección de las obras más bien en el campo de la legislación positiva. Participaba todavía de la idea propietaria que caracterizaba los argumentos iniciales del Copyright.

Esta teoría encontró su principal aplicación en la Francia post-revolucionaria y la Asamblea Constituyente emitió entre 1791 y 1793 varios decretos tendientes a aplicar las normas civiles que regulaban la propiedad a las obras literarias y la reproducción de las obras dramáticas⁸³. Según Villacreses⁸⁴, como teoría netamente patrimonial no analizaba el derecho moral del autor, por lo que éste podía reivindicar la paternidad sobre la obra en cualquier lugar y tiempo, incluso cuando la

⁸³ Lipszyc, *obra cit.*, p. 19 ss.

⁸⁴ Villacreses, *obra cit.*, p. 16

obra misma se había enajenado a un título legal, con el traspaso de todos los derechos reales de que era susceptible como bien.

Esta teoría tenía obvias falencias, ya que rápido se llegó a comprender que el Derecho de Autor se ejercía sobre un bien inmaterial, una creación intelectual, que no era susceptible de las mismas reglas que el dominio sobre las cosas corporales. En este sentido destaca Delia Lipszyc⁸⁵, por ejemplo, que en la obra se adquiere el dominio por el mero hecho de la creación, frente a los modos de adquisición del Derecho Civil, que son clásicamente: la apropiación, especificación, accesión, tradición, usufructo, etc. Otra diferencia radica en el tiempo de protección, que en el caso de las obras es de tiempo limitado, mientras no tiene límite fijo en el caso de la propiedad real, excepto tal vez el caso de la adquisición prescriptiva. También la coautoría obedece a otras reglas que el dominio, y por derechos morales, que ni siquiera se toma en cuenta en los derechos reales, los derechos en los bienes intelectuales no son nunca al cien por ciento transferible. En el mismo sentido cita Villacreses a Ernesto Rengifo, quien menciona un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 1960, que destaca también estas diferencias.⁸⁶

Por las obvias diferencias que existen entre la propiedad en su sentido clásico y la propiedad en cuanto se ejerce sobre un bien inmaterial, también la ley francesa sobre patentes de 1844 y la que regulaba los derechos de autor en 1866 abandonaron, según Baylos Corroza, la fórmula de la propiedad.⁸⁷

2.3.8.2 Teoría Personal-Patrimonial

Como nos indica Delia Lipszyc⁸⁸, se trata de una teoría intermedia, igualmente ideada en Alemania. Para esta teoría, si bien el Derecho de Autor radica en la persona, también abarca factores patrimoniales, por lo que el Derecho de Autor es un derecho particular que no puede ser adscrito solamente al derecho de la personalidad ni a un derecho netamente patrimonial.

⁸⁵ Lipszyc, *obra cit.*, p.20-21

⁸⁶ Rengifo en: Villacreses, *obra cit.*, p. 17

⁸⁷ Baylos Carroza, *obra cit.*, p. 394

⁸⁸ Lipszyc, *obra cit.*, p.26

Este derecho mixto, según Piola Caselli, versa sobre un bien intelectual (*ius in re intellectuali*) y abarca en su espectro tanto las facultades personales del autor como sus facultades patrimoniales, por lo que el Derecho de Autor debe ser considerado como un *derecho personal-patrimonial*.

2.3.8.3 Teoría de los Derechos Intelectuales

Esta teoría, nos explica Delia Lipszyc⁸⁹, se remonta al jurista belga Edmond Picard (1836 – 1924). Parte de la afirmación que la clasificación tripartita clásica de los derechos en derechos reales, personales y de obligaciones es insuficiente. En su nueva clasificación general ubica al Derecho de Autor junto con los inventos, los diseños y modelos, y las marcas en la nueva categoría de los Derechos Intelectuales (*iura in re intellectuali*). Esta categoría es *sui generis* y autónoma, contraponiéndose a la clásica categoría de los derechos reales (*iura in re materiali*)⁹⁰.

Larraguibel Zavala expone al respecto⁹¹ que para Picard todo derecho es formado por tres elementos básicos: i) el objeto de su ejercicio; ii) el sujeto titular del derecho; y, iii) la relación jurídica entre los dos primeros elementos, o sea las relaciones autor-obra e inventor-invencción, respectivamente. Identifica como único elemento invariable, y por ende apto de clasificación, al objeto, cuya naturaleza puede ser de tres diferentes tipos, cada uno con su correspondiente derecho:

- 1) Las cosas materiales, a que corresponden los derechos reales;
- 2) Las acciones y omisiones, o acciones positivas y negativas, a que corresponden los derechos personales u obligaciones; y,
- 3) Las exteriorizaciones o manifestaciones de la inteligencia del hombre o los valores de que se originan en los signos distintivos (marcas, logotipos, etc.), que por su naturaleza representan un valor patrimonial, y a los que corresponde la nueva categoría de “Derechos Intelectuales”.

⁸⁹ Lipszyc, *obra cit.*, p. 27

⁹⁰ Picard en Lipszyc, *ibidem*

⁹¹ Larraguibel Zavala, Santiago, *DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL*, Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 1979, pp. 13-14

Frente a este método de determinar la naturaleza jurídica de un derecho por medio de su objeto, Baylos Corroza admite, si bien no en sus últimas consecuencias, la objeción que esta forma de proceder es censurable por cuanto el objeto de un derecho carece de relevancia para la determinación de su naturaleza⁹²:

“Hemos venido precisando las notas peculiares que caracterizan a estos objetos jurídicos tan singulares que son las creaciones espirituales, con el propósito de allegar de este modo datos útiles para el estudio de los correspondientes derechos subjetivos. Ahora bien, esta posición incurre en una objeción que se ha hecho ya clásica: la de que los derechos no se definen por razón de su objeto, sino por su contenido. Lo que expresa la verdadera naturaleza de un derecho es el conjunto de facultades que confiere a su titular, y no el objeto sobre el cual esos poderes recaigan. Por eso es por lo que la tesis contraria, por ejemplo la tesis de Picard, es rechazada por la mayoría de la doctrina.”

Técnicamente escoge Picard una solución similar a la de Kohler, ya que quiere dar vida a una nueva categoría de derechos. Sin embargo, mientras Kohler divide los derechos nacientes de la creación en patrimoniales (propiamente Derecho de Autor) y establece como nueva categoría los derechos personales en forma del Derecho de la Personalidad, los Derechos Intelectuales de Picard abarcan ambos aspectos dentro de la misma nueva clasificación, respetando su origen común.

2.3.8.4 Teoría del Derecho Social

Marco Proaño Maya explica que la Teoría del Derecho Social tiene su origen en México⁹³. Como dice el nombre, esta teoría no ubica el Derecho de Autor en el Derecho Público o en el Derecho Privado, sino entre ambos en el Derecho Social.

⁹² Baylos Corroza, *obra cit.*, p. 67

⁹³ Proaño Maya, Marco, *El Derecho de Autor Un Derecho Universal*, Editorial El Gran Libro: Quito, Ecuador 1993, pp. 35-36

Según explica Proaño Maya, en esta doctrina el Derecho de Autor carece del vínculo de la subordinación que caracteriza el Derecho Laboral. No obstante es un derecho social y, como dice el autor, profundamente humano.

2.3.8.5 Teoría del Derecho de Trabajo

Pizarro Dávila presenta en su recopilación de teorías una de origen italiana, denominada Teoría del Derecho de Trabajo.⁹⁴ El autor remonta esta teoría al fascismo italiano, que consideraba la creación de una obra como otra forma más de trabajo, concretamente un trabajo intelectual, por lo cual el Derecho de Autor se incorporó en la legislación positiva italiana de 1941 en el Derecho Laboral.

Cabe anotar que, si bien Pizarro Dávila critica esta teoría, fue defendida por encima de las consideraciones políticas por el renombrado jurista italiano Piola Caselli. Para ilustrar su concepción del Derecho de Autor como Derecho de Trabajo, que es ciertamente interesante desde el punto doctrinario, nos permitimos transcribir una cita de Caselli cuando comenta el Art. 6 del Libro de Trabajo italiano de 1941 ⁹⁵:

“Este concepto puede aparecer para una mente superficial como un concepto de puro valor político. No es así. Dicho concepto puede y debe dirigir el pensamiento jurídico en la interpretación y aplicación de todas las normas de la nueva ley. El magistrado, en esta interpretación y aplicación, deberá ser guiado por la idea de que no se trata de una protección objetiva del bien económico, sino el amparo de una actividad de trabajo intelectual que constituye, al mismo tiempo, bienes o valores económicos y objetivos, y bienes o valores espirituales y personales.”

Puesta en relación con la teoría anterior del Derecho Social, me parece revelador que tenemos una vez más dos posiciones sobre el mismo objeto, que es el Derecho de Autor, que hacen dos afirmaciones contrarias: la primera insistiendo en su contenido social, mas no laboral; la segunda resaltando justo el carácter laboral y

⁹⁴ Pizarro Dávila, Edmundo, Los Bienes y Derechos Intelectuales, Editorial Arica S.A.: Lima, Perú 1974, tomo I, pp. 39-40

⁹⁵ *Ibidem*, p. 39

personal. Tenemos aquí, pues, un excelente ejemplo de cuán poco concreta es la percepción jurídica del Derecho de Autor, y cuán susceptible es para la injerencia de contenidos ideológicos.

2.3.8.6 Teoría de la Colectividad

La Teoría de la Colectividad de los años cuarenta representa otra concepción que en su extremo niega todo derecho de propiedad al autor. Según Pizarro Dávila⁹⁶ esta teoría es influida por las ideologías socialistas de Francia (*Droit Socialement Relative*) y alemana (*sozial gebundenes Recht*)⁹⁷ de las décadas anteriores. Identifica como verdadero propietario de las obras al público a quien se beneficia. Pizarro menciona a Colin y Capitant como representantes de este concepto. También cita al jurista alemán De Boor y al catedrático francés Verieau, quienes veían a la obra como producto cultural de la sociedad y, por ende, propiedad cultural y herencia patrimonial de los pueblos. En este sentido se expresó también Fidel Castro cuando refutó la Convención de Berna⁹⁸:

“Si hay una herencia universal que la humanidad se ha legado a sí misma, es la cultura, es la ciencia y la técnica. Y nosotros tenemos el derecho de reclamar nuestra participación en el acervo cultural, científico y técnico del mundo.”

Los efectos de derecho positivo de este punto de vista se tradujeron en que el Derecho de Autor fuera atribuido al Estado, que lo ejercía como herramienta de represión y censura, si bien con diferentes matices. En la Unión Soviética, el autor pasó a la categoría de obrero intelectual, remunerado por el Estado dentro de la idea del colectivismo integral. Sin embargo, según la cita que hace Pizarro de Forns, en los años siguientes la legislación soviética debía ir reconociendo paulatinamente más privilegios personales a los autores, que eran el objeto de un estricto control en su actividad literaria.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 32-38

⁹⁷ Según German, *obra cit.*, pp. 10-11, el jurista alemán Julius Kopsch presentó como primero el concepto del *derecho ligado a consideraciones sociales* en ocasión de la renegociación del Convenio de Berna en 1908

⁹⁸ *Ibidem*, p. 34

Para la Alemania nazista se remite Forns, citado por Pizarro⁹⁹, a los escritos de la Asociación alemana de jurisconsultos nacional-socialistas, que por un lado concebían al Derecho de Autor como un derecho de la personalidad del autor, pero declararon por otro lado esta personalidad supedita a los intereses superiores del partido nazista y, por ende, el bien nacional. Sin embargo, anota el mismo autor, la mayoría de los juristas alemanes vinculaba este derecho personal con la laboriosidad que involucraba la creación de una obra, e identificaron en el fondo del Derecho de Autor un derecho de trabajo, parecido al analizado en líneas anteriores.

Si bien la Teoría de la Colectividad no habrá tenido en su origen un propósito apologético, las fuerzas totalitarias de la época pronto se dieron cuenta de que esta teoría podía proveer una base filosófico-legal para sus ambiciones de ejercer un control extremo sobre los sujetos de su poder. Me parece, por ende, otro ejemplo de la manipulación ideológica que ha habido en los fundamentos de las instituciones jurídicas para justificar las acciones del poder político de turno.

2.3.8.7 Teoría del Derecho a la No Imitación

Esta teoría es presentada por Baylos Carroza¹⁰⁰, quien nos identifica al jurista francés Ernest Roguin como su mayor exponente. Para Roguin, en lo general las facultades concedidas por la ley de disfrutar de una cosa no tienen carácter monopólico, ya que considera un monopolio sobre una cosa algo excepcional. El monopolio privado más bien se da cuando el derecho excluye a otros que posean una cosa muy similar o análoga, de hacer uso de ella.

Roguin ve en la prohibición de la imitación la raíz del Derecho de Autor, y la identifica con los privilegios que se sabía conceder en la Edad Media y el Renacimiento. Como expresa, citado por Baylos:

“Importa poco que el privilegio antiguo se haya hoy convertido en derecho común y que sea considerado, no como una concesión del poder público en cada caso determinado, sino como las consecuencias

⁹⁹Ibidem, p. 37

¹⁰⁰ Baylos Carroza, *obra cit.*, pp. 431-432

naturales de una legislación aplicable a todos; porque esta evolución no puede alterar la estructura del derecho.”

Para Roguin, las facultades de crear la obra y de multiplicar y reproducirla, no son propiamente dadas por el Derecho de Autor, sino por otros fundamentos legales. Así el sujeto del Derecho de Autor no crea la obra en virtud de este derecho, sino por la protección de su corporeidad física y en cuanto sean protegidas sus acciones; y la facultad de reproducir y multiplicar se deriva de la mera circunstancia de tener un derecho de propiedad sobre las cosas corporales que se construyen mediante los materiales que igualmente son de uno.

Roguín identifica en su teoría más bien la existencia de un derecho común a la imitación, que es restringido por el mandato de la ley en protección de los intereses de los titulares del derecho al monopolio privado. Por el robustecimiento que significa este derecho sobre el dominio de las cosas, Roguín lo ubica entre los derechos reales y las obligaciones, ya que fortalece los primeros y aumenta los segundos en cuanto abstención de imitarle al titular del derecho.

La Teoría de la No Imitación es considerada por Baylos Corroza como muy interesante, pero difícilmente expresable en términos jurídicos. No le convence la transfiguración del monopolio en un derecho subjetivo privado. Por otro lado, agregamos, prescinde Roguín de importantes aportes filosófico-jurídicos que ya se habían establecido en los años veinte, cuando él elaboró su teoría, y que a pesar de sus propias falencias habían determinado correctamente varios aspectos que no son compatibles con esta apreciación materialista de las obras intelectuales.

2.3.8.8 Teoría de los Derechos de la Clientela

Esta teoría era propuesta por Roubier, como explica Baylos Corroza¹⁰¹, y exalta la función económica de las instituciones. El objetivo de las obras e invenciones es la “*conquista de la clientela*”, con lo que se busca “*obtener beneficios en la concurrencia económica*”. Se requería el desarrollo de una sociedad basada en una

¹⁰¹ *Ibíd*em, pp. 433-435

economía comercial e industrial para conseguir el reconocimiento de los correspondientes derechos privativos de los autores, inventores y comerciantes.

Como estos derechos privativos se dirigen contra la competencia, para proteger la clientela del titular, esta clientela se convierte en el objeto de la protección legal.

Dice Roubier, citado por Baylos, que:

“Es por esto, por lo que proponemos llamar a estos derechos: derechos de la clientela, eso que corresponde a su contenido. Al lado de los derechos reales y de los derechos de crédito, estos derechos forman una tercera clase de derechos patrimoniales.”

Se critica de esta teoría la misma idea de hablar de una “*propiedad de clientela*”, ya que los actuales clientes son meramente una esperanza en el futuro en cuanto al poder del titular del derecho de lograr de mantener los. Otra objeción, que recoge Baylos Corroza de Dabin, es la falta de técnica jurídica en la teoría de Roubier. Concluimos y coincidimos, pues, con Baylos Corroza en su apreciación que esta teoría no es capaz de explicar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, pero que da un interesante aporte en cuanto señala aspectos de índole económica que amplían la vista del problema.

2.4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

2.4.1 Conclusiones

Del desarrollo de las teorías presentadas se desprende que los intentos de explicar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor han sido progresivos, o sea que cada nueva teoría se ha formado en respuesta a las falencias de la anterior o de las anteriores. En respuesta a la situación originaria, que contemplaba el otorgamiento más o menos arbitrario de privilegios en forma de patentes por las autoridades

gubernamentales, se desarrolló la Teoría del Reflejo. Ésta, si bien explicaba la existencia de las leyes protectoras de ese entonces, otorgaba mayor tutela a la imprenta que al autor. Además, su carácter penalizador no era acorde con la problemática civil que se encontraba en el centro de la discusión.

La Teoría de la Propiedad de la Imprenta tenía en primer lugar una función apologética. Su principal objetivo era el de darle un sustento legal al *status quo* que las imprentas y libreros buscaban proteger. Sin embargo, los propios esfuerzos de este grupo interesado para explicar el fundamento *ius naturalis* de su derecho, pusieron al autor en el centro de la atención, ya que resultó que el derecho reclamado por las imprentas derivaba de ése como creador y primer poseedor/propietario de la obra. Esto dio lugar al desarrollo de un verdadero Derecho de Autor en forma del Copyright anglosajón y su “pariente” continental, la Teoría de la Propiedad Intelectual, que ambos delimitaron este derecho a favor de los intereses de la sociedad.

Por los problemas que presentaba dogmáticamente la Teoría de la Propiedad Intelectual, se propuso la Teoría del Derecho de la Personalidad, que a la vez fue contestada por la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales. Éste buscaba en lo esencial reivindicar la posición abandonada en el desarrollo de la propiedad intelectual, pero su separación de derechos patrimoniales y morales también llamó al plano un mayor desarrollo de las teorías monistas, que pusieron mayor énfasis en el derecho positivo y el carácter unitario del Derecho de Autor, que se defendía, por ejemplo, mediante la Teoría del Árbol.

Debemos tomar en cuenta que incluso en la actualidad se siguen discutiendo las teorías dualistas y monistas. Esto se ve, por ejemplo, en que a pesar de que las teorías monistas hayan alcanzado un mayor reconocimiento en los sistemas legales de la mayoría de los países, una nueva ola de dualistas, como Rigamonti, sigue defendiendo con convicción y algunos buenos argumentos la división del Derecho de Autor en dos derechos separados.

Por lo expuesto a lo largo de este trabajo debemos constatar que ninguna de las teorías más recientes resuelve por completo el problema de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor. Por las justificadas críticas que uno como otros defensores de las teorías monistas y dualistas se echan mutuamente, debemos forzosamente concluir que debe haber uno o varios errores profundos en esas teorías. Eso no obstante, resaltan aspectos siempre y simultáneamente presentes en el Derecho de Autor, que coinciden en su carácter personal y patrimonial.

También es interesante notar que la ciencia jurídica se muestra bastante recelosa en aceptar las varias teorías propuestas, tanto dualistas como monistas, que pretenden introducir nuevas categorías jurídicas para generar un espacio dogmático que sea adecuado para el Derecho de Autor desde el punto de vista filosófico-jurídico. Los mayores problemas que se ven en este punto son por un lado, que esta inclusión debe realizarse en un sistema jurídico occidental que en cuanto a los conceptos patrimoniales es fuertemente basado en el Derecho Romano, que en la esfera del derecho real o de cosas ha demostrado ser muy idóneo y que ha podido seguir sin mayores inconvenientes la evolución social en este aspecto. También es un sistema bastante bien elaborado desde la Edad Media hasta la actualidad y antes de introducir cambios que podrían eventualmente sacudir hasta los fundamentos de este sistema probado, se debe primero convencer a cientos de miles de juristas y filósofos que efectivamente se ha encontrado una explicación concluyente y que puede (co-)existir en armonía con el ordenamiento existente. Pues, no se va a derrumbar toda una construcción bien funcional solo para introducir un aspecto nuevo y, además, controvertido.

Aquí radica otro gran problema de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor. Como todavía ninguna teoría, bien sea dualista o monista, ha podido demostrar que tiene ventajas decisivas sobre las otras, es difícil tomar posición en el plano doctrinario. Parece que la apreciación de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor se reduce para muchos a la percepción personal de cada cual, según si llega para sí a la conclusión de que el Derecho de Autor es esencialmente patrimonial y

separable o si es esencialmente personal y, por ende, inseparable y unitario en el trato de los derechos otorgados.

2.4.1.1 *Intento propio de un acercamiento a la naturaleza jurídica del Derecho de Autor*

Lo siguiente será un intento de por lo menos tratar de definir aquellos aspectos de esta discusión filosófico-jurídica, que podemos afirmar como generalmente aceptados, y ver si podemos sacar algunas conclusiones más.

Hay cierto consenso en las teorías más importantes (Copyright, Derecho de la Personalidad, Derecho sobre Bienes Inmateriales y la de Derechos Morales y Patrimoniales), que los derechos patrimoniales y morales tienen todos su fuente en la relación *sui generis* que tiene el autor con su obra.¹⁰² No hay obra sin autor, ni puede calificarse a nadie como autor sin obra.

También podemos afirmar que en la actualidad, por lo menos filosóficamente, ya no se identifica el producto físico con la obra, ya que este primero es meramente un modo de enterarse de la fijación de la creación (obra) en una forma perceptible para los sentidos. Si bien la fijación no suele ser requisito para la protección de la obra, en el plano práctico resulta sumamente difícil demostrar su existencia si no está fijada. Por ende, la fijación en cualquier forma (física, verbal, gestos, etc.) es la prueba por excelencia de la existencia de una obra.

Tenemos entonces la situación que el autor crea la obra, la cual necesariamente debe fijar para darle vida fuera de su propia persona. En este sentido la fijación extrae la obra de la esfera netamente personal del autor y la lleva al mundo externo. Si hasta ese momento la obra era netamente y exclusivamente objeto de la voluntad que ejercía su creador sobre ella, sin que éste tenía que realizar más esfuerzo para proteger su propiedad que simplemente no darle una forma fija, una vez llevada al mundo externo, la obra se hace también susceptible a ser sujeta a

¹⁰² Entendemos en este punto al autor como la o las personas que con sus poderes intelectuales idean la obra y determinan su forma, independiente de quien efectivamente la ejecuta, ya que la mano de obra puede reducirse en una mera herramienta para la realización del trabajo.

todas las relaciones que sean posibles por el ejercicio de la voluntad de terceros, con tal que estos consigan tener acceso a ella. Como ya dijimos, el acceso por terceros a la obra era antes de la fijación del todo excluido, pero una vez fijada, la obra entra en interrelación con su entorno, a no ser que el autor tome medidas que lo eviten, por ejemplo escondiendo la obra fijada o destruyendo su fijación. Son actos positivos que antes de la fijación no eran necesarios y que incluso en el caso de destruir la fijación no deshacen, en teoría, la obra protegida, si bien regresáramos al problema probatorio de su existencia.

Ahora bien, si recordamos el hecho indiscutible que el Derecho es una ciencia social especial, también podemos afirmar que para la existencia de un derecho se requiere la interacción de un ser humano con otros de la misma especie. El último ser humano en la tierra viviría en un mundo sin derecho, porque no tendría ningún semejante con quien regular la convivencia. Sería al mismo tiempo dueño de todo y de nada, propietario universal incontestado e incontestable. Empero, esta es prácticamente la situación en que se encuentra el autor antes de la fijación de su obra. Recién por el hecho de la fijación se hacen necesarias las normas de derecho para regular la situación de la obra en cuanto a la relación de su creador y propietario con el resto de la sociedad. Y esto es igual de cierto para la obra inédita, que no requeriría de la protección legal si no podría ser, por lo menos potencialmente, el objeto de interrelaciones con terceros.

Tenemos con la obra entonces un objeto que en la filosofía hegeliana puede servir para que las personas, como originariamente sola y únicamente el autor, ejerzan actos voluntarios sobre ella, como el de constituir una propiedad en ella. La fijación permite en este contexto una ampliación de las posibles voluntades que estén en condiciones de influir sobre la obra. Hemos aquí el punto en que efectivamente nace el Derecho de Autor como conjunto de normas que debe regular la interacción de la persona del autor de una obra fijada con sus semejantes.

También se puede afirmar que dentro del Derecho de Autor se reconoce generalmente el carácter *inmaterial* de este objeto externo llamado *obra*, sobre el

que la persona puede ejercer su voluntad. Por consiguiente podemos hablar con la necesaria lógica de la existencia de un objeto externo inmaterial, que por su aptitud de representar un valor económico es efectivamente un *bien*, en este caso entonces un *bien inmaterial*, término que introdujo el dualista Kohler, pero que también fue utilizado por el monista von Gierke, para referirse a este aspecto. Como también el valor económico solo puede desarrollarse cuando el bien inmaterial entra en contacto con la sociedad, esta vez entendida como mercado sujeto a la relación básica de oferta y demanda, el aspecto económico-patrimonial recién entra en juego, cuando tenemos algo susceptible de ser negociado. Este momento está igualmente vinculado al momento de la fijación de la obra, porque recién ahí tenemos algo que puede ser apreciado, en el sentido literal de la palabra, por los demás.

Así que todo el conjunto de derechos, tanto los morales como patrimoniales, que se concede al autor por su calidad de creador de la obra, nacen solo cuando por el hecho de la fijación se le ofrece al autor la posibilidad de usar estos derechos en sus relaciones con otros. Por la fijación, la obra entra en contacto con la sociedad y por este hecho recién se generan las condiciones de que concurren los intereses tanto personales como patrimoniales del autor con los de las otras personas. La necesidad de regular esta concurrencia de intereses se da, obviamente, porque los intereses del autor, indistintamente si son patrimoniales o personales, pueden ser contrapuestos a los intereses patrimoniales y personales de los otros miembros de la sociedad y esta tensión debe ser controlada para garantizar la paz y el orden sociales, así como el progreso cultural, artístico y científico.

Por la misma naturaleza del Derecho como ciencia social se desprende también que, independiente de la vertiente filosófica y política que rija en determinado país, la existencia de un derecho depende necesariamente de su sanción, que se suele obtener de las fuerzas dirigentes de una sociedad. Así el reconocimiento por parte de la sociedad que al autor le asisten derechos sobre su obra se retrotrae efectivamente a dos circunstancias: i) el hecho de haberse creado la obra por el

esfuerzo de una persona; y, ii) el hecho de que la fuerza dirigente de la sociedad es de la opinión que este esfuerzo creativo merece de protección.

Lo dicho se refleja también en que prácticamente siempre se ha podido observar desde los sustentadores del poder algún tipo de protección o apoyo al autor, bien sea por su mecenas, bien por un privilegio individual, bien por leyes que prohibían la reimpresión, o bien por medio de leyes que efectivamente han regulado el Derecho de Autor. Conforme a las visiones que según la época se tenía sobre la base filosófica del mundo, también ha venido evolucionándose el conjunto de derechos que se atribuía al autor: Si al principio se le reconocía meramente un *ius in re corporalis* con el derecho de reclamar la paternidad sobre su obra, con el tiempo se llegó a entender el carácter inmaterial de la obra y se agregaron otros derechos morales, como ya se vio en la parte introductora. La misma expresión francesa “derechos morales”, que como ya resaltó Kohler corresponden a los derechos de la personalidad de la filosofía alemana, nos confirma la concepción que estos derechos dependen de una percepción moral. Qué es y qué no es moral, sin embargo, esto depende de un juicio de valores hecho o por la propia sociedad o por las fuerzas dirigentes de ella.

También se ve claramente que el desarrollo del Derecho de Autor es producto de las presiones sociales que experimentó el Legislador, por lo que se dedicó a regular el tema del Derecho de Autor. Sería, en mi parecer, incorrecto decir que originariamente existía netamente un derecho real y que los derechos morales se agregaron posteriormente. Paralelamente a que se cristalizó el carácter inmaterial de la obra por ser el producto de la mente de una persona, se cristalizaron también nuevos derechos inherentes a esta persona.

La filosofía liberal inglesa, que para toda la discusión filosófica-jurídica forma nuestro punto de partida, contemplaba a la persona desde una extrema posición individualista, y no tanto como persona en sociedad, o sea como ente interrelacionada en su desarrollo con las demás entes que forman la sociedad. Todas las teorías que hemos analizado no han cuestionado esta base y, más bien,

nutrido sus teorías dualistas y monistas desde esta misma fuente. Por ende se han encontrado también siempre con los mismos dos problemas: Por un lado, los dualistas en su defensa de la propiedad intelectual o de los bienes inmateriales no pueden explicar por qué esta propiedad sobre el bien inmaterial es limitada en el tiempo. Los derechos morales se excluyen de esta discusión, por constituir en la opinión dualista una categoría legal aparte, que también se debe normar aparte, con o sin incluirlos bajo la denominación "Derecho de Autor". Por otro lado, los monistas desde su punto de vista no pueden satisfactoriamente justificar cómo este derecho personalísimo puede tener una vida fuera del autor y cómo las facultades otorgadas por este derecho pueden ser enajenados.

Resulta entonces notable que existe una constante contradicción entre los esfuerzos filosóficos de explicar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor y el trato positivo que recibe la materia por parte del Legislador. Hemos podido ver que al cuñar este derecho en Inglaterra, se ha tutelado el interés público por encima de los derechos individuales que le podrían asistir al autor. El mismo fenómeno se ha podido constatar en el Continente Europeo, visto al ejemplo de Alemania.

Si admitimos entonces que la obra es un bien inmaterial cuyo contacto con el mundo externo recién genera el Derecho de Autor como consecuencia de su sanción por la sociedad, ¿no deberíamos trasladar más bien la razón de ser de este derecho también desde la relación "autor – obra" a la relación "autor – obra – sociedad"? El concepto patrimonial de la obra ya tiene el germen inherente de salir de la esfera personal de su autor para desarrollar como bien una vida propia en lo que respeta su valor económico. Esta "independización económica" o emancipación, para utilizar la metáfora filio-paternal, de la obra encuentra sus límites en los derechos morales que, como vimos, pueden también incidir sobre los mismos derechos patrimoniales. Es más, por otro lado típicamente se suele resarcir un daño moral sufrido por el autor por medio de una indemnización pecuniaria. Por imperfecto que sea este resarcimiento, demuestra que el aspecto patrimonial penetra al aspecto moral y viceversa. Si bien el dinero no es capaz de reparar el

daño personal, es considerado el medio disponible más idóneo para mitigar la injusticia sufrida y castigar al infractor.

Recordemos, además, que algunas facultades morales resultaban para Lord Mansfield como lógicas consecuencias de la relación patrimonial entre autor y obra, y eso antes de que en el Continente Europeo se hubieren ideados los derechos morales o personales. Si bien el Copyright no incluyó la protección de los derechos morales, éstos al principio no eran necesariamente considerados ajenos a él, sino que la práctica jurídica anglosajona decidió atribuirle al Copyright el carácter de ser un derecho patrimonial y, por ende, excluir los derechos de la personalidad de él. No así el derecho continental, representado en este caso por Alemania, que en este caso decidió ver una unidad de derechos, dada por la relación singular entre autor y obra. Sin embargo, a pesar de esta diferencia en el plano positivo, ambos sistemas legales tienen en común que tratan al Derecho de Autor como un conjunto de normas que regula la relación “autor-obra-sociedad”.

Como ya señalé, corresponde a la fuerza dirigente de la sociedad sancionar el tipo y el contenido de derechos que quieren atribuir a esta interrelación que se encuentra en la base del Derecho de Autor. De la Teoría de la Colectividad hemos podido ver también cuán fácil es para el poder político de turno distorsionar esta innegable relación para los propios fines ideológicos, atribuyendo el Derecho de Autor directamente al Estado o totalmente supedito a sus intereses; un error que en este análisis no queremos hacer, por lo que nos esforzamos de señalar netamente lo que percibimos por lógica como verdades objetivas sobre la relación “autor-obra-sociedad”.

Que los derechos reconocidos, además, pueden en la práctica legal ser dispersos en varios cuerpos legales, es un fenómeno lamentable, pero no inusual, como demuestra la legislación sobre el Derecho Ambiental. En ningún país la Función Legislativa se compone meramente de juristas, sino de un conglomerado de personas de las más variadas profesiones, si bien todos con cierto nivel mínimo de educación. Eso es también bueno así, porque permite incluir diferentes opiniones

en el acto de legislar, quedándose la técnica jurídica, lamentablemente, a veces atrás. Por ende creo, que el hecho de que las normas de protección del Derecho de Autor se encontraran en diferentes cuerpos legales, no obsta que se puede afirmar el carácter unitario del Derecho de Autor.

Si abogamos entonces por una posición monista, cabe no obstante definir de qué tipo de derecho estamos hablando. Remitiéndome a las consideraciones anteriores, no podemos afirmar de plano ni el carácter propietario ni el carácter personal del Derecho de Autor. Lo que sí parece adecuado es resaltar el carácter patrimonial del Derecho de Autor, porque los derechos patrimoniales no son limitados al derecho de la propiedad en sí, sino que pueden abarcar otros, como el uso y el usufructo.

Por este lado sería posible identificar la verdadera relación entre “autor-obra-sociedad” en los siguientes términos: Si bien el autor crea la obra, la sociedad por los varios intereses superiores que representa, realmente no lo deja con la propiedad en este trabajo suyo, sino se posesiona y se apodera de la obra. En este sentido la sociedad ejerce una voluntad colectiva y se impone a la voluntad individual del autor en relación con su obra. Si recordamos la filosofía de Hegel, estamos en el concurso de dos voluntades, la una colectiva y la otra individual, que quieren establecer una relación de propiedad con el mismo objeto externo, que es la obra. En razón de su mayor poder, necesariamente suele vencer la voluntad colectiva.

Sin embargo, por razones de equidad y para no desalentar la actividad creativa de sus miembros individuales, la misma sociedad le otorga al autor en reconocimiento por sus esfuerzos y la íntima relación que guarda con la obra un conjunto de derechos que le permiten el goce económico-personal de la obra, siendo algunos derechos limitados en el tiempo y otros no. El criterio para limitarlos en el tiempo depende en parte de si sus efectos tienden a ser más patrimoniales o más morales, teniendo el aspecto patrimonial también la connotación de constituir un impedimento para una mayor distribución de la obra, por lo que son normalmente fijados en el tiempo.

Hemos en esta construcción una posible explicación por qué la mayoría de derechos del autor es de tiempo limitado, ya que a pesar de que la obra sea un bien inmaterial, su real y nudo propietario es la sociedad y el autor ejerce solamente un tipo de derecho de usufructo, que incluye unas facultades perennes.

Así mismo tenemos la situación que la obra no debe entenderse necesariamente como extensión solamente de la personalidad del autor, sino también como producto y extensión de toda una sociedad que se refleja en la persona del autor entendido como integrante de la sociedad y penetrado por la sociedad. En este contexto cabe también recalcar que por creativa que sea una persona y por cuanto sus obras participen de la personalidad del autor, esta misma personalidad es el producto de una gran cantidad de factores, algunos internos, pero muchos externos. La personalidad de una persona se forma en base a las influencias que ejercen su efecto sobre ella: su genética, educación, constitución física, experiencias en la vida, la época en que vive, su religión, convicciones políticas, tendencias sexuales, los valores morales y la cultura en que nació, etc., etc., etc.

Así que por único que sea toda persona, como ser social siempre carga consigo el sello de su vida en sociedad. Y en este aspecto el hombre y las cosas que produce, sobre todo considerando sus obras intelectuales, también son pertenecientes de la sociedad. Por este lado podemos incluso intuir un título natural y justo de la sociedad a reclamar cierta participación en la obra del autor, por cuanto ha aportado indirectamente a su creación por los efectos que ha tenido en el desarrollo de la personalidad del autor.

Al Derecho de Autor se suele atribuir en la práctica la calidad de ser un derecho personal subjetivo, como señaló también Rigamonti, que consiste en el conjunto de facultades legales (derechos) que la sociedad concede al autor como creador y propietario originario de la obra en compensación de haberlo desprovisto de su propiedad exclusiva sobre la misma. En este sentido, el Derecho de Autor aparece como consecuencia e indemnización por un acto de expropiación que obra *ipso*

iure, o sea de pleno derecho, cuando la obra entra efectiva o potencialmente en contacto con la sociedad. Este momento se identifica, como vimos, más con la fijación que con la creación. Por ende, la pretensión de querer proteger la obra desde su creación es inexacta, porque sin fijación la obra, o mejor dicho la relación obra-autor, no puede ser objeto de la protección legal.

Que la obra como objeto tiene el carácter de un bien económico inmaterial, ya lo demostramos arriba, y nos confirma el carácter patrimonial del Derecho de Autor. También señalamos que es un derecho unitario, porque los límites entre derechos patrimoniales y morales son fluidos y su distinción es más ideal que real, teniendo todos su origen en la interrelación “autor-obra-sociedad”.

En esta interrelación los autores han logrado que la sociedad les conceda derechos que exceden los de grupos comparables, como los inventores, por el hecho de haberse resaltado la íntima relación personal que tienen con sus obras. Esto no obstante, al fin y al cabo la sociedad impone su voluntad y se adueña de la obra, consolidando su propiedad en el tiempo.

Por ello podemos resumir que el Derecho de Autor es, en cuanto a su naturaleza jurídica, un derecho patrimonial de usufructo, personal, subjetivo, unitario y de orden público, que se verifica de pleno derecho por el hecho de que la sociedad expropia al autor de la obra en el momento en que éste la fija.

2.4.2 Recomendaciones

Para quienes tengan interés en profundizar el tema de las teorías jurídicas que buscan justificar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, quisiera recomendar que formen grupos para discutir las varias teorías, y ver si pueden concordar con la nueva propuesta que hice en las conclusiones.

También se podría proponer el tema de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor como tópico de discusión en los seminarios que sobre Propiedad Intelectual ofrecen el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), los colegios de abogados y

algunos bufetes especializados en Propiedad Intelectual. En estos casos, el tópico debería dirigirse a juristas, por la necesidad de que el público debe estar familiarizado con la filosofía del Derecho.

Por lo demás podría ofrecerse el esclarecimiento de esta pregunta para que el Legislador vuelva a pensar sobre la justificación que existe para otorgar períodos de protección más o menos largos para las obras frente a la resistencia social que innegablemente existe, como se ve en el fenómeno de la piratería.

Por otro lado, creo que si llegamos a entender que la búsqueda por una adecuada protección de las obras culturales, artísticas y científicas no es meramente una tarea del autor o de sus derechohabientes, sino de toda la sociedad como efectivamente perjudicada por los actos de piratería, podremos lograr un mayor interés de cada individuo en este tema y la observancia de las normas legales. Se podría también pensar en un mayor actuar por parte de las autoridades, que en vez de esperar a la instancia particular deberían intervenir en mayor grado de oficio.

FIN

BIBLIOGRAFÍA

ALLFELD, Philipp (autor), VOLKENING, Ernesto (traductor), *Del Derecho de Autor y del Derecho de Inventor*, Editorial Temis S.A.: Santa Fe de Bogotá, Colombia 1999

ANÓNIMO, *Derechos Reales*,
http://www.alipso.com/impresion/impresion.php?ruta=http://www.alipso.com/monografias2/Derechos_reales/index.php 21/12/2009 21:33

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL – ASIPI, *Derechos Intelectuales*, Editorial Astrea: Buenos Aires, Argentina 2006, número 12

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *TRATADO DE DERECHO INDUSTRIAL – PROPIEDAD INDUSTRIAL, PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA, DISCIPLINA DE LA COMPETENCIA DESLEAL*, Editorial Civitas S. A.: Madrid, España 1993

BSA-IDC (editores), *Sixth Annual BSA-IDC Global Software Piracy Study 2008*,
<http://global.bsa.org/globalpiracy2008/studies/globalpiracy2008.pdf>
 28/09/2009 21:36

BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG (editor), GEHRING, Robert A. (autor), *Geschichte des Urheberrechts*,
http://www.bpb.de/popup/popup_druckversion.html?guid=Z1SGXH
 27/05/2009 18:16

Hofmann, Jeanette (editora), *Wissen und Eigentum - Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter*, <http://www.bpb.de/files/MJPQ2J.pdf> 27/05/2009 19:38

CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS – CEDRO, *Derechos de autor>Tipos de derechos*, http://www.cedro.org/tipos_derechos.asp
04/07/2009 16:34

CORRIERE DELLA SERA, *La pirateria? Può passare di moda*,
http://www.corriere.it/scienze_e_tecnologie/09_novembre_19/pirateria_musica_giorn... 19/11/2009 20:00

DEL CORRAL, Milagros, *Introduction to the Concept and Nature of Copyright*,
UNESCO: Paris 1988

DEL VALLE, Julio, *Der Kompass und die Segel: Kants Bestimmung der Kunst und des Genies*, http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/volltexte/2006/6038/pdf/Der_Kompass_und_die_Segel.pdf 17/11/2009 18:15

ECO, Umberto, *Il Nome della Rosa*, Bompiani: Milán, Italia 1990

EL COMERCIO, *El 99% de las películas vendidas es pirata*,
http://www.elcomercio.com/solo_texto.asp?id_noticia=179348 19/05/2009
15:29

El teatro cuida el derecho de autor,
http://www.elcomercio.com/solo_texto.asp?id_noticia=181756 04/06/2009
22:40

Bono pide proteger a los creadores,
http://ww1.elcomercio.com/solo_texto.asp?id_noticia=210568

GERMAN, Stanislav, *Das Urheberrecht und seine Entwicklung*, Grin – Verlag für akademische Texte (E-Book); Dokument Nr. V51994

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *Del Derecho Moral del Autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.: Madrid, España, 1993

GRÜN, Christian: *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts: Eine historische und dogmatische Erklärung*, en: Manfred Rehbinder (editor) und Wolfgang Larese (editor), *Schriften zum Medienrecht*, Bern 1979, S. 26 ff., citado por German, Stanislav, *obra cit.*,

GÜNTHER, Gotthard, *Schöpfung, Reflexion und Geschichte*, en: Vordenker – Winteredition 2004, http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_schoepfung-reflexion-geschichte.pdf 17/11/2009 17:56

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY (IFPI) (editor), *DIGITAL MUSIC REPORT 2009 - New Business Models for a Changing Environment*, http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2009.html 30/09/2009 17:48

LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago, *DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL*, Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 1979

LETTERE, Angelo, Dr., *Historia Breve de la Ortografía del Inglés con una Introducción Paleográfica*, CEDAI-Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE): Quito, Ecuador 1999

Los Requisitos de Patentabilidad, Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL): Loja, Ecuador, 2008

LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, UNESCO: Buenos Aires, Argentina 2005

Nuevos Temas del Derecho de Autor y Derechos Conexos, UNESCO: Buenos Aires, Argentina 2004

MONTESQUIEU, Charles Louis (autor); Estévez, Nicolás (traductor), *El Espíritu De Las Leyes*, Editorial Albatros: Buenos Aires, Argentina 1942, tomo I

MORALES GALITO, Einstein Alejandro, *El Derecho de Autor*, <http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-autor-venezuela/derecho-autor-venezuela.shtml> 28/06/2009 18:20

MUSIC ALLEY, *Pirate Bay Trial Verdict: Guilty and going to Jail*, <http://musically.com/blog/2009/04/17/pirate-bay-trial-verdict-guilty/> 20/07/2009 20:39

MUSIC INDUSTRY PIRACY INVESTIGATIONS – MIPI, *Impact of internet music file sharing and CD burning – 2003*, <http://www.mipi.com.au/Impact-of-internet-music-file-sharing-and-CD-burning---2003.html> 24/10/2009 13:42

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL – OMPI, *Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas*, <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html> 04/11/2009 21:32

ORTLAND, Eberhard, *Geschichte des Urheberrechts - Teil I: DRUCKAUSGLEICH*, en: artnet Magazin, <http://www.artnet.de/magazine/features/ortland/ortland08-21-06.asp> 23/05/2009 18:19

Geschichte des Urheberrechts - Teil II: EXPANSIONEN, en: artnet Magazin, <http://www.artnet.de/magazine/features/ortland/ortland01-26-07.asp> 23/05/2009 18:22

PIZARRO DÁVILA, Edmundo, *Los Bienes y Derechos Intelectuales*, Editorial Arica S.A.: Lima, Perú 1974, tomo I

PROAÑO MAYA, Marco, *El Derecho de Autor Un Derecho Universal*, Editorial El Gran Libro: Quito, Ecuador 1993

REBELO, Catarina, El Derecho Moral En El Mundo Contemporáneo, Su Naturaleza Y Contenido, en: Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (editores), X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), Xerox del Ecuador: Quito, Ecuador 1995

RIGAMONTI, Cyrill P, *Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts*, GRIN Verlag: Munich, Alemania 2006

ROSE, Mark, Authors and Owners: *The Invention of Copyright*, Harvard University Press: Harvard, EE.UU. 1995

SERENDIP (editor), *Rene Descartes and the Legacy of Mind/Body Dualism*, <http://serendip.brynmawr.edu/Mind/Descartes.html> 18/11/2009 19:33

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO – UNAM (editor), *LOS DERECHOS DE AUTOR*, <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040219212417.html>

VILLACRESES REAL, F., Dr., *Derechos de Autor*, Texto Guía, Editorial de la UTPL: Loja, Ecuador octubre de 2007

WIKIPEDIA, *Derecho de Autor*, http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_Autor 23/05/2009 12:10

Edmond Picard http://en.wikipedia.org/wiki/Edmond_Picard
24/12/2009 11:24

Enrique VIII de Inglaterra, http://es.wikipedia.org/wiki/Enrique_VIII 12/11/2009 10:05

- Geistiges Eigentum*,
http://de.wikipedia.org/wiki/Geistiges_Eigentum#Privilegienwesen_un...
 23/05/2009 19:35
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Hegel> 06/11/2009
 16:38
- Immanuel Kant*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Kant> 23/10/2009 22 :11
- Jean-Jacques Rousseau*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau> 22/11/2009
 10:47
- Johannes Gutenberg*, http://es.wikipedia.org/wiki/Johannes_Gutenberg
 03/06/2009 18:17
- John Locke*, http://es.wikipedia.org/wiki/John_Locke 21/11/2009 14:05
- Jonathan Swift*, http://es.wikipedia.org/wiki/Jonathan_Swift 28/11/2009 9:45
- Josef Kohler*, http://de.wikipedia.org/wiki/Josef_Kohler 20/12/2009 16:33
- Leonardo da Vinci*, http://es.wikipedia.org/wiki/Leonardo_Da_Vinci
 09/11/2009 17:59
- Mäzen*, <http://de.wikipedia.org/wiki/M%C3%A4zenatentum> 23/05/2009 19:32
- Otto von Gierke*, http://de.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Gierke 20/12/2009
 12:46
- Samuel Johnson*, http://es.wikipedia.org/wiki/Samuel_Johnson 28/11/2009
 21:53
- Statute of Anne*, http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne 12/11/2009
- Thomas Hobbes*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Hobbes> 22/11/2009 10:44
- William Murray, 1st Earl of Mansfield*,
http://en.wikipedia.org/wiki/William_Murray,_1st_Earl_of_Mansfield
 28/09/2009 16:35
- William Warburton*, http://en.wikipedia.org/wiki/William_Warburton 28/09/2009
 17:42

ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo, *La Piratería: Flagelo De Los Derechos Intelectuales En El Mundo Contemporáneo*”, en: Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (editores), *X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, Xerox del Ecuador: Quito, Ecuador 1995

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. PARTES FORMALES	
1.1. Carátula.....	i
1.2. Declaración de Autoría.....	ii
1.3. Cesión de Derechos.....	iii
1.4. Autorización del Director.....	iv
1.5. Agradecimiento.....	v
1.6. Dedicatoria.....	vi
1.7. Esquema de contenidos	vii
1.8. Resumen del contenido.....	ix
2. DESARROLLO DEL TEMA	
2.1 ESTUDIO INTRODUCTORIO GENERAL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR EN LA ACTUALIDAD	2
2.1.1 NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR.....	2
2.1.2 IMPORTANCIA DEL DERECHO DE AUTOR Y EL FENÓMENO DE LA PIRATERÍA.....	8
2.1.3 ¿CÓMO GENERAR MÁS RESPETO AL DERECHO DE AUTOR Y FRENAR LA PIRATERÍA?.....	15
2.2 INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS	19
2.2.1 EL INVENTO DE GUTENBERG.....	19
2.2.2 EL AUTOR EN LA ANTIGÜEDAD Y LA EDAD MEDIA.....	21
2.2.3 EL ESTATUTO DE LA REINA ANA (STATUTE OF ANNE) DE 1710...	28
2.3 LAS TEORÍAS JURÍDICAS	32
2.3.1 La Teoría del Reflejo.....	32
2.3.2 La Teoría de la Propiedad de la Imprenta.....	34
2.3.3 El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual.....	36
2.3.3.1 <i>El desarrollo del Copyright</i>	39
2.3.3.1.1 La interrelación de propiedad, originalidad y personalidad.....	60

2.3.3.1.2	Importancia del Copyright para el desarrollo de las teorías jurídicas.....	62
2.3.3.2	<i>La Teoría de la Propiedad Intelectual desarrollada en el Continente Europeo.....</i>	63
2.3.4	La Teoría del Derecho de la Personalidad.....	70
2.3.5	La Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales.....	75
2.3.6	Las Teorías Dualistas y Monistas.....	79
2.3.7	Teoría de los Derechos Morales y Patrimoniales o Teoría del Árbol....	81
2.3.8	Otras Teorías.....	84
2.3.8.1	<i>Teoría del Derecho Real o del Derecho de Propiedad.....</i>	84
2.3.8.2	<i>Teoría Personal-Patrimonial.....</i>	85
2.3.8.3	<i>Teoría de los Derechos Intelectuales.....</i>	86
2.3.8.4	<i>Teoría del Derecho Social.....</i>	87
2.3.8.5	<i>Teoría del Derecho de Trabajo.....</i>	88
2.3.8.6	<i>Teoría de la Colectividad.....</i>	89
2.3.8.7	<i>Teoría del Derecho a la No Imitación.....</i>	90
2.3.8.8	<i>Teoría de los Derechos de la Clientela.....</i>	91
2.4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	92
2.4.1	Conclusiones.....	92
2.4.1.1	Intento propio de un acercamiento a la naturaleza jurídica del Derecho de Autor.....	95
2.4.2	Recomendaciones.....	103
	BIBLIOGRAFÍA.....	105
	ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	111