

Reafirmando la Propiedad de los Derechos Intelectuales (1)

Por: Fabrizio Modica Bareiro (2)

“La más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si puedo decirlo de esta manera, la más personal de todas las propiedades(3)”

Resumen

El trabajo tiene por objetivo abordar la problemática de la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales desde la perspectiva de los derechos de propiedad privada. Para ello se pasaran revistas a las principales teorías que intentar fundamentarla, adoptando enfoques jusnaturalistas y económicos del derecho. Especial mención haremos a un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay donde se estableció el significado que debe darse al término propiedad en relación a los derechos de propiedad intelectual. Siguiendo con esta misma interpretación veremos la línea jurisprudencial desarrollada en los últimos tiempos por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para finalizar analizando un trascendente fallo del Tribunal Superior de la Unión Europea donde además de reafirmar el significado amplio del término propiedad, hizo extensivo sus efectos al reconocer que el término en análisis es aplicable tanto a los bienes presentes como a los futuros.

Abstract

The objective of the following essay is to understand the problematic of the legal nature of intellectual property rights from a private property right perspective. In order to do so we will review the main theories that try to substantiate it, adopting the iusnaturalism and economic approaches of law. We will refer specially to a case law in which the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Paraguay established the meaning that should be given to property term in connection to intellectual property rights. Following with the said interpretation we will review the jurisprudence approach developed in recent times by international organizations such as the Inter-American Human Rights Commission and the European Court of Human Rights, turning the analysis of a transcendental ruling of the Superior Court of the European Union where in addition to reaffirming the broad meaning of the term property, did extend its effects recognizing that the term in analysis is applicable to both present and future assets.

¹ Monografía ganadora del concurso Día Mundial de la Propiedad Intelectual 2013, organizado por la Asociación de Derechos Intelectuales (ASDIN) – Buenos Aires, Argentina.

² Abogado egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Docencia en Educación Superior y candidato al Master por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Coordinador Académico del Diplomado en Propiedad Intelectual en Paraguay de la Universidad Austral de Buenos Aires. Socio del estudio jurídico Bareiro Modica Abogados (Paraguay).

³ Isaac René Guy LE CHAPELIER, en su informe presentado a la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa en el año 1791, refiriéndose a los derechos de autor expresó: *“la más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si puedo decirlo de esta manera, la más personal de todas las propiedades, es la obra fruto de la imaginación de un escritor; es una propiedad de un género completamente diferente de las otras propiedades”*.

1. Introducción

Uno de los temas del Derecho más debatidos y que aún sigue generando dudas tanto nivel doctrinario como jurisprudencial, es la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales. En los últimos tiempos han cobrado mucha fuerza las posiciones que intentan justificar estos derechos como un tipo especial de monopolio jurídico-económico, los cuales son necesarios desde una perspectiva utilitarista de costos-beneficios, y que se basan especialmente en la capacidad de excluir a la competencia. Sin embargo, a pesar de aceptar esta posición moderna, para nosotros los derechos intelectuales siguen siendo un tipo de propiedad, si bien distinta de los derechos reales y con características especiales, que incluso en algunos casos hasta llegan a formar parte de la personalidad de su creador.

En este trabajo intentaremos justificar nuestra posición, para lo cual presentaremos en primer lugar lo que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) entiende sobre la expresión en análisis. A continuación analizaremos las teorías más destacadas que intentan explicar estos derechos y las someteremos a crítica. Pasaremos revista a la clásica teoría de la personalidad de KANT, luego nos detendremos en la tradicional teoría de PICARD de los derechos intelectuales, como así también analizaremos la teoría de los bienes inmateriales de KOHLER. A continuación veremos la moderna teoría utilitarista o del monopolio, para finalmente centrarnos en la teoría de la propiedad privada en general aplicada a los derechos intelectuales -fundamentada desde una perspectiva lockeana del trabajo- en su acepción amplia con que actualmente debe interpretarse el término moderno de propiedad.

Enfocaremos a continuación las características de los derechos reales y estableceremos sus semejanzas y diferencias con los derechos intelectuales. Analizaremos el fundamento constitucional de éstos últimos vinculados a la propiedad privada, y su reconocimiento en la mayoría de las Constituciones americanas e instrumentos internacionales. Especial mención haremos a un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay donde se estableció el significado que debe darse al término propiedad en relación a los derechos de propiedad intelectual.

Siguiendo con esta misma interpretación veremos la línea jurisprudencial desarrollada en los últimos tiempos por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para finalizar analizando un trascendente fallo del Tribunal Europeo donde además de reafirmar el significado amplio del término propiedad, hizo extensivo sus efectos al reconocer que el término propiedad es aplicable tanto a bienes presentes como futuros.

2. La Propiedad Intelectual

El 14 de julio de 1967 se suscribió en Estocolmo el convenio que creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el objetivo de promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo. La expresión propiedad intelectual *“tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio*

Esta posición tiene su origen en el filósofo alemán Emmanuel KANT, quien considera que las creaciones constituyen la emanación de la personalidad del creador y tienen como objeto su misma persona, constituyéndose de esta manera en un mecanismo de auto-superación personal, de dignidad y de reconocimiento integro como individuo. En consecuencia le son aplicables las defensas jurídicas que les corresponde en tutela de su integridad corporal, su libertad, su reputación, su honor. DA GAMA CERQUEIRA cita la opinión de dos grandes juristas al respecto. Señala que para BLUNTSCHLI, el derecho de autor constituye la más alta exteriorización de la personalidad de éste; y la publicación de la obra, sin su consentimiento, implica disponer de su nombre, de su honra, en violación del ejercicio de su libertad personal. Agrega que GIERKE ve en las obras intelectuales, no sólo después de creadas, sino también después de publicadas, un derecho de la personalidad, una facultad que no se distingue de la actividad creadora del individuo, de modo que el derecho de autor tiene como fundamento la personalidad del creador y como objeto una parte integrante de la esfera propia de la personalidad (⁷).

La debilidad de esta teoría radica tanto en el hecho innegable del valor económico de la obra de creación como en su transmisibilidad, dado que los derechos de la personalidad no pueden entrar en el comercio ni cabe que sean cedidos a terceros. Entonces, debido a que el propio derecho es intransferible, se ideó una ficción jurídica por la cual el creador lo que está cediendo a un tercero no es el derecho, sino más bien el ejercicio de ese derecho, debiendo en algún momento retornar al titular originario. Asimismo, “*que el derecho de autor no es personalísimo es claro: Su objeto es la obra, exterior al autor, en sus relaciones con éste y respecto de terceros* (⁸)”. Esta concepción la encontramos especialmente en el sistema anglosajón del *copyright*, que destaca la obra como objeto económico, a diferencia del sistema latino del derecho de autor cuyo énfasis está puesto en la persona del autor, por lo que el sistema anglosajón admite que una persona jurídica sea la propietaria originaria de la obra, dando mayor transcendencia al inversionista que al creador. Puede decirse que la autoría de una obra es una manifestación de la personalidad humana, pero no constituye un derecho de la personalidad, pues si lo fuera debería abarcar tanto a autores como a quienes no lo son (intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión).

A pesar de ello, encontramos que la regla general en la legislación autoral paraguaya -y en muchas otras- es que el autor es la persona física creadora de la obra y no puede enajenar sus derechos patrimoniales –obviamente, mucho menos los morales– sobre ella, sino sólo cederlos temporalmente. Esta cesión que menciona la ley no corresponde a lo que normalmente se entiende como tal en el derecho civil, que la considera como un contrato por el cual se transmiten en forma definitiva derechos. La ley autoral paraguaya, así como ocurre con la mayoría de las legislaciones sobre la materia surgidas en los últimos veinte años (Costa Rica, España, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela, etc.) incluye una cesión *sui generis* que implica la temporalidad de los derechos patrimoniales cedidos (⁹), adoptando de esta manera dichas legislaciones un

⁷ DA GAMA CERQUEIRA João, *Tratado de Propiedad Industrial*, Revista dos Tribunales, I, Sao Paulo, 88.

⁸ DELLA COSTA Héctor, *El derecho de autor y su novedad*, De Belgrano, Segunda edición, Buenos Aires, 1997, 37.

⁹ Art. 86, Ley 1328/98: “Toda cesión entre vivos se presumirá realizada a título oneroso, a menos que exista pacto expreso en contrario, **y revierte al cedente al extinguirse el derecho del cesionario**. La cesión se limitará al derecho o derechos cedidos, **y al tiempo** y ámbito territorial

enfoque personalista. Sin embargo, otras legislaciones consideradas dentro de la tradición continental latina admiten la enajenación completa de la obra, como por ejemplo la argentina, la brasileña, la italiana, entre otras. Además incluso para las legislaciones autorales personalistas, existen excepciones (obras por encargo o en relación de dependencia, obras audiovisuales, obras colectivas y el software) en que los creadores pueden enajenar todos sus derechos patrimoniales –y, en la práctica, también los morales-- al productor o coordinador de la obra, asemejándose más a la figura del *copyright*.

La teoría de la personalidad es de más difícil aceptación en la propiedad industrial. Con respecto a la marca, por ejemplo, este fundamento establece una vinculación directa entre el propietario del signo y éste, dado que el titular aplica la marca sobre determinados bienes y servicios. Asimismo, considera la marca como identificada con la empresa, cuyos intereses preserva. Esta fundamentación no es válida en la actualidad, pues una marca puede cambiar varias veces de propietario –y de hecho así ocurre--, con lo que desaparece la relación entre su creador y el signo. Asimismo, al cambiarse de propietario, se pierde la vinculación entre la empresa y la marca. En cuanto al derecho de invención, al separarse la condición de inventor de la de titular de la patente –lo que muchas veces ocurre ya con la presentación de la solicitud para su registro-- se pierde la relación entre el inventor y su invención, salvo en lo que respecta a su reconocimiento perpetuo como “padre de la criatura”.

Otro de los problemas de esta teoría radica en establecer cuando una persona tiene o no un verdadero interés personal sobre determinados bienes, además de que el interés personal puede variar de un objeto a otro. Sobre el punto se sostiene que “*diferentes categorías de propiedad intelectual hace que existan diferentes grados de intereses personales. La poesía aparece como que encuadra mejor en la teoría de la personalidad que los secretos comerciales, las sinfonías mejor que los microchips. ¿Debería la poesía como categoría recibir mejor protección que los microchips? ¿Algunas categorías no deberían recibir protección en absoluto?*”⁽¹⁰⁾.

4. Teoría de los derechos intelectuales como categoría jurídica propia

Es la posición adoptada a fines del siglo XIX por el belga Edmond PICARD. Este jurista, partiendo de la tradicional clasificación tripartita de los derecho subjetivos en personales, reales y de obligaciones, encuentra al lado de ellos una cuarta categoría: la de los derechos intelectuales (*jura in re intellectuali*) que se contraponía a la categoría de los derechos reales (*jura in re materiali*). Expresa al respecto que “*la palabra propiedad tiene en el lenguaje del Derecho un significado perfectamente preciso. Se aplica a la propiedad de los objetos materiales. Con este alcance restringido, implica efectos legales conocidos que no podrían ser extendidos a los derechos que se puedan tener sobre una concepción intelectual, como es el caso, por ejemplo, de una marca de fábrica, una obra literaria o una invención industrial*”⁽¹¹⁾. Es latente el rechazo del autor belga por la equiparación de ambos derechos, al afirmar que “*se intenta introducir a golpes de mazo y de cualquier manera estos nuevos derechos en la categoría de los*

pactados contractualmente. Cada una de las modalidades de utilización de las obras será independiente de las demás, y, en consecuencia, la cesión sobre cada forma de uso deberá constar en forma expresa”. Las negritas son nuestras

¹⁰ HUGHES Justin, “*The Philosophy of Intellectual Property*”, Georgetown Law Journal, 77 Geo L.J. 287, 1989, 34

¹¹ Citado por DA GAMA CERQUEIRA. Op. Cit., 3, 104.

derechos reales (...) Sin embargo, no hay relación ni asimilación posible entre una cosa y una producción intelectual, por cuanto sus naturalezas están colocadas en las antípodas. Resulta increíble que sea necesario insistir para hacer comprender una verdad tan simple (...) Si el distingo entre derechos materiales y derechos intelectuales escapó a los romanos, esto fue así porque los derechos sobre las producciones artísticas y literarias – para no mencionar otras – no fueron de su época ⁽¹²⁾”.

PICARD propone entonces la expresión derechos intelectuales, a los que atribuye un carácter de monopolio o exclusividad. El objeto propio de estos derechos –según un comentador del autor belga— *“no es otro que una concepción del espíritu y esta concepción se opone como cuarto término a la cosa, que es el objeto del derecho real; a la condición jurídica, que es el objeto del derecho personal; a la acción humana, que es el objeto del derecho obligacional. Es entre esta concepción y su autor que se establece la relación jurídica ⁽¹³⁾”*. La teoría de PICARD ha sido criticada por cuanto los derechos intelectuales no pueden tutelar las marcas y otros derechos de propiedad industrial en la medida en que éstas no implican un trabajo intelectual sino que aseguran las ventajas del ejercicio de una actividad mercantil, no estableciéndose por ende la necesaria vinculación jurídica requerida para ser tenida como una verdadera concepción espiritual. Por otro lado, esta teoría de los derechos intelectuales fue concebida exclusivamente -en su famosa obra de 1885 titulada *Embriologie juridique. Nouvelle classification de droit-* para la siguiente clasificación: 1) Patentes de invención; 2) Dibujos y modelos industriales; 3) Planos de trabajos públicos y privados; 4) Producciones artísticas; 5) Obras literarias; 6) Marcas de fábrica y comercio y 7) Enseñas comerciales. Como hemos visto, existen actualmente otras categorías jurídicas que forman parte de los derechos de propiedad intelectual que no fueron concebidas aún en la época, como ser los derechos conexos al autor, los secretos comerciales, los derechos del obtentor, la represión a la competencia desleal, entre otras.

5. Teoría sobre los bienes inmateriales

En forma contemporánea a PICARD surge la teoría sobre los bienes inmateriales elaborada por Josef KOHLER, quien sostiene que este tipo de derechos tiene su origen en la creación. Argumenta que si el trabajo constituye el fundamento de la propiedad, al mismo tiempo que su fuerza originaria, toda creación debe ser un modo de adquirir derechos sobre el objeto creado. En consecuencia, la creación de un bien inmaterial – como es la obra artística o literaria, una marca o una invención— confiere a su creador un derecho que se manifiesta principalmente en la posibilidad de disponer de él del modo más completo. El bien inmaterial es el objeto de ese derecho. Pero, por su naturaleza inmaterial, la obra no puede constituir objeto de propiedad, tomada como derecho real. Por ello, KOHLER crea la categoría de derechos sobre bienes inmateriales ⁽¹⁴⁾, que, en esencia, no varía mayormente de la teoría de PICARD. Sin embargo, la inmaterialidad de la creación se integra a un soporte material, por lo que se ha afirmado con referencia a la obra que *“la cosa no por ser impalpable deja de ser material, como que integra el mundo físico e impresiona los sentidos ⁽¹⁵⁾”*.

¹² Citado por Pascual DI GUGLIELMO, *Tratado de Derecho Industrial*, Tomo I, Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1948, 138

¹³ *Ibíd.* 3, 105. Son expresiones del también belga Jules de Borchgrave.

¹⁴ *Ibíd.* 3, 109 y sgte.

¹⁵ DELLA COSTA, 38. Para este autor, la obra es siempre material. En efecto, expresa: *“Nosotros establecemos, pues, el carácter material de todo opus, pero no en el sentido de la materialidad de la*

Asimismo KOHLER distingue en el derecho de autor dos categorías diferentes que se complementan. De un lado, se encuentra el conjunto de facultades patrimoniales que posee el autor para la explotación económica de la obra que recaen sobre un objeto inmaterial y, del otro lado, un haz de facultades morales, referidas a los derechos de la personalidad. Siguiendo en este último punto a KANT, el derecho de autor forma parte de la personalidad de éste, por lo que cualquier publicación no autorizada constituye un atentado a su entidad intelectual, como si fuera una agresión a su persona física. La concepción de KOHLER se ubica dentro de las tesis dualistas del derecho de autor --es decir, las que distinguen las facultades morales, por un lado, y las materiales, por otro-- y entendemos que esta posición es la más adecuada para justificar este tipo de derechos, además de ser reconocida en la mayoría de las legislaciones autorales y tratados internacionales sobre la materia, como ser el Convenio de Berna para la protección internacional de los Derechos de Autor y el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Se critica esta teoría en el fundamento de que la misma no es suficiente para explicar la naturaleza jurídica de estos derechos, además de no establecer una verdadera separación de la propiedad de los derechos reales. RENGIFO GARCÍA expresa que *“se ha criticado la teoría de KOHLER por cuanto si bien la expresión derechos inmateriales explica la naturaleza del bien, no explica la verdadera naturaleza del derecho y el jurista fácilmente podría hablar para explicarla de ‘derechos de propiedad sobre cosas inmateriales’, sin salirnos del concepto clásico de propiedad. Esa es la razón por la cual FRANCESCHELLI (...) creó la categoría de derechos de monopolio para explicar la naturaleza de los derechos de propiedad industrial e intelectual (16)”*.

6. Teoría utilitarista o del monopolio legal

La posición utilitarista sostiene el fundamento de los derechos intelectuales sobre bases legales y económicas. Presupone que se deben dictar leyes que maximicen la riqueza o la utilidad en beneficio de la mayor cantidad posible de personas. FRANCESCHELLI elaboró la teoría de los derechos de monopolio con el fin de explicar la naturaleza jurídica de todos los bienes inmateriales. Para este autor italiano, los derechos intelectuales constituyen manifestaciones de una categoría del derecho que posee características propias y definidas que conforman el derecho de monopolio. Sostiene que el titular es el único que está facultado a ofrecer el bien que constituye el objeto del monopolio, y además, es el único que está facultado a impedir que otros hagan uso de su creación, reconociéndose como antecedentes de esta teoría a los antiguos privilegios estatutarios.

Señala BAYLOS CORROZA que *“los derechos de monopolio, a juicio de FRANCHESCHELLI, deben constituir una cuarta categoría al lado de las categorías clásicas y han de ser caracterizados con las siguientes notas: su contenido patrimonial estriba en que proporcionan al titular una fuente de ganancias a través de la exclusión de la concurrencia; su naturaleza es la de derechos absolutos, ya que crean una obligación general de abstención que se dirige erga omnes; finalmente, su estructura*

tabla y la sustancia colorante, o del papel y la tinta, sino en el de la que corresponde a las respectivas exteriorizaciones físicas, sensibles, que configuran la obra, como hecho externo al autor, resultante y posterior respecto del acto creativo...” (85).

¹⁶

RENGIFO GARCÍA Ernesto, *Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor*, Segunda edición, D’Vinni, Bogotá, 1997, 67

esencial es la exclusión, el impedir a todos el ejercicio de la industria y del comercio o una actividad determinada de carácter económico, como la impresión de un libro, la fabricación de un producto ⁽¹⁷⁾". El fundamento de ese derecho, por la función económica que cumple, es el *ius prohibendi erga omnes*, que constituye el verdadero contenido del derecho. Por ser considerados los derechos intelectuales como monopolios, debido a su función competitiva, la tendencia moderna es ubicarlos dentro del régimen jurídico de la competencia.

En relación con los derechos de autor y las patentes, la idea básica es que una mayor innovación artística o inventiva conlleva a una mayor riqueza general. Si los conocimientos tecnológicos y los objetos culturales fueran bienes públicos que estuvieran al alcance de todos, los "pasajeros sin cargo" (*free-riders*) que se apropian libremente de ellos, reducen esa cantidad de riqueza por debajo de su nivel óptimo, es decir, a un nivel inferior del que se podría obtener si hubiera leyes adecuadas de propiedad intelectual, teniendo como consecuencia la falta de oferta privada de los respectivos bienes. Por tanto, la riqueza se optimiza, o al menos se incrementa, con el otorgamiento de monopolios sobre los derechos que incentiven a autores e inventores a innovar y crear. Al respecto, es clara la intención de la Constitución de los Estados Unidos, en su artículo 1, sección 8, al mencionar que "*el Congreso tendrá facultad para fomentar 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*".

Para LEHMANN la razón de ser de los derechos intelectuales es el mejoramiento cuantitativo y cualitativo de la producción de bienes y servicios materiales. Si bien su análisis lo realiza desde una perspectiva económica de un aparente conflicto entre la protección de la competencia en el mercado y los derechos monopólicos de propiedad intangible, es a través de dos características que permitirá su distinción de la propiedad tangible: el carácter temporalmente limitado y el deber de explotación. Sostiene básicamente que la restricción de la competencia es necesaria durante un tiempo determinado para generar un buen nivel de oferta innovativa, pero más allá del lapso establecido atentaría contra su fin último: el mejoramiento de la oferta de los bienes ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, para la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos la patente no confiere un poder monopólico a su titular. En el fallo *Independent Ink vs. Illinois Tool Work, Inc* (2005) la Corte sostuvo que el derecho exclusivo de usar y vender que otorga una patente sobre un invento no se convierte en un monopolio jurídico. "*Mientras la ley ponga límites, como lo hace, a reivindicaciones exageradas en materia de patentes, el sistema crea un mercado competitivo de invenciones, del mismo modo que los derechos reales crean mercados competitivos para las viviendas y las explotaciones comerciales. Claro está que el mercado de patentes no es tan competitivo como el de, por ejemplo, un tipo especial de trigo, teniendo en cuenta el diferente grado de las invenciones. Pero lo mismo puede decirse de una lujosa propiedad en la Quinta Avenida de Nueva York*⁽¹⁹⁾".

¹⁷ BAYLOS CORROZA Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 1993, 441.

¹⁸ LEHMAN, *The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property*, IIC, 16, 1985, 534-535

¹⁹ EPSTEIN Richard, "Por que los libertarios no deberían ser (muy) escépticos sobre la propiedad intelectual", *Derechos Intelectuales* 13, Astrea, Buenos Aires, 2007, 29-30

Es importante mencionar que debido a confusiones que genera la expresión “monopolios”, algunos autores establecen la distinción entre monopolios legales o jurídicos y monopolios económicos. Los llamados monopolios jurídicos son otorgados por las legislaciones que protegen los derechos intelectuales referidos a la exclusión de los competidores en el ejercicio legítimo del *ius prohibendi*, mientras que los monopolios económicos se refieren a las conductas que tiendan a crear posiciones dominantes – y sus respectivos abusos- en mercados ajenos a los bienes o servicios protegidos por derechos de propiedad intelectual, conductas que son reprimidas por la legislación de defensa de la competencia. Sostiene CABANELLAS que “*las principales legislaciones antimonopólicas han basado la elaboración de las reglas aplicables en esta materia en el principio de que el ejercicio de derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender el monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos. Así, por ejemplo, si una empresa goza de una patente que le permite ser la única fabricante del producto A, tal patente no podría ser utilizada para excluir a los competidores en el mercado correspondiente al producto B, por ejemplo mediante la imposición de cláusulas atadas sobre los competidores del producto A, de forma de impedir su acceso a los restantes oferentes del producto B*”⁽²⁰⁾.

Esta teoría de exclusión del monopolio legal –que en la práctica constituye una de las características del derecho de propiedad— es la más aceptada para concebir a los derechos intelectuales, sobre cuyo objeto su titular tiene derechos plenos, por haber creado (o ideado) el bien intangible de que se trate, si bien esta teoría desde el punto de vista económico se centra más en explicar el fundamento de los derechos de patentes y los derechos de autor, dejando de lado a los demás derechos intelectuales. Finalmente para el caso de los secretos comerciales, no es aplicable esta teoría del monopolio jurídico debido a que es posible llegar a aquellos mismos resultados a través de un desarrollo independiente. La tutela legal se da sólo cuando terceros adquieren o utilizan la información –es decir la idea, el método, el procedimiento, etc.— ilícitamente. Si los terceros la obtienen de manera honesta o se ven favorecidos por la negligencia del poseedor de la información en su cuidado ellos quedan relevados de responsabilidad. La normativa paraguaya expresa que “*la protección conferida por esta ley no crea derechos exclusivos en favor de quien posea o hubiera desarrollado la información*”⁽²¹⁾.

7. Propiedad y dominio

Antes de analizar la teoría que sostiene que los derechos intelectuales son asimilados a un derecho de propiedad privada, es necesario esclarecer las diferencias existentes entre propiedad en general y dominio, que es propio de los derechos reales, para una mejor comprensión del término propiedad. Para OSSORIO ésta es la “*facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del arbitro ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro*”⁽²²⁾. Para el Derecho

²⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo II, 2005, 252-253.

²¹ Art. 15° de la Ley 3283/07 de Protección de la Información Confidencial y Datos de Prueba.

²² OSSORIO Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, 803

Romano la propiedad comprendía las siguientes facultades o derechos: de uso (*ius utendi*), de disfrute (*ius fruendi*), de abuso (*ius abutendi*); de posesión (*ius possidendi*); de enajenación (*ius alienandi*), de disposición (*ius disponendi*) y de reivindicación (*ius vindicandi*). El Código Civil argentino, en su artículo 2540, define el derecho de propiedad como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona". Entre los elementos tradicionales de la propiedad se encuentran que la misma es: a) absoluta, porque confiere al titular todas las facultades posibles, como son las de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien objeto del derecho, pese a que actualmente existen claras limitaciones a dicho carácter absoluto; b) exclusiva, porque excluye de su ámbito a cualquier persona distinta de su dueño, siendo oponible a todos (*erga omnes*) y en principio no puede haber dos propietarios, salvo los casos especiales de copropiedad y comunidad de bienes; c) perpetua, porque no se extingue por el transcurso del tiempo, salvo el caso de la prescripción. Para el jurista español PUIG BRUTAU "la propiedad es un concepto económico-jurídico, mientras que la palabra dominio se utiliza generalmente en sentido técnico, para designar el señorío sobre las cosas corporales. Se refiere a cosas y derechos, plena o limitada, pero siempre referida a cosas corporales. Se habla de propiedad con referencia a todos los derechos reales, mientras que el dominio se hablaría solamente con referencia al poder pleno sobre las cosas corporales (23)".

De lo señalado surge, según entendemos, que el término propiedad indica toda relación de pertenencia o titularidad, que si bien en un principio era aplicado exclusivamente en relación a las cosas materiales (muebles e inmuebles), actualmente se lo aplica no sólo a las cosas sino que también a todo tipo de bienes. Y así resulta posible hablar, por ejemplo, de propiedad intelectual. Sin embargo el término dominio se refiere exclusivamente a la titularidad sobre un objeto corporal, sea este mueble o inmueble. Por ende, debido a la mayor amplitud del vocablo propiedad sobre dominio, se puede distinguir la propiedad del bien artístico, científico, literario e industrial, abarcando situaciones completamente ajenas al dominio sobre las cosas que, inclusive, en algunos casos desbordan el ámbito patrimonial, como ocurre con el derecho moral del autor.

8. Teoría del derecho de propiedad

Según una primera posición dentro de esta teoría, la facultad que posee el autor sobre su creación es un derecho real, al igual que un propietario sobre su marca y un inventor sobre su invención. La ley brasileña N° 9610/98 de Derechos de Autor, resolviendo dogmáticamente el problema de la naturaleza de este derecho, se orienta al reconocimiento de las facultades sobre la obra como propias de los derechos reales al establecer en su Art. 3º: "Los derechos autorales se reputan, para los efectos legales, bienes muebles". Al respecto CABRAL expresa que "en la medida que se pretendía garantizar un derecho oponible *erga omnes*, era necesario conceptualarlo materialmente e incluirlo en una categoría ya determinada en el universo jurídico. ¿Cómo puede existir una propiedad sin que la ley la define como tal? (24)". La mención que la ley brasileña hace de los derechos intelectuales como bienes muebles, cumple también otro requisito de los derechos reales: aquel que manifiesta que deben ser expresamente establecidos en la ley.

²³ PUIG BRUTAU José, *Compendio de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecarios, III*, Edersa, Madrid. 2004.

²⁴ CABRAL Plinio, *A nova lei de direitos autoris – Comentários*, Cuarta edición, Harbra, Sao Paulo, 2003, 14

La posición de los derechos intelectuales en general como derecho real es muy difícil de sostener por los diversos motivos que hemos visto en puntos anteriores de este trabajo. Sin embargo, entendemos que es posible adoptar el criterio de propiedad si se le da el sentido de VÉLEZ SANSFIELD en la nota al Art. 2312° del Código Civil argentino: “*El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes (...) Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en ese Código. Si es por la intención del propietario, es universitas facti, si por el derecho, universitas juris*”. El resultado de la creación puede estar incluida en este conjunto de bienes por ser susceptible de apreciación pecuniaria. Esta es la posición de los derechos intelectuales como un tipo especial de propiedad, diferente al dominio real, llamado también propiedad *sui generis*, asemejándose a la expresión de bien jurídico. El Art. 1873° del Código Civil paraguayo expresa: “*los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio.*”

Propiedad en una concepción amplia o económica del término es posible concebirla aplicada a todo tipo de bienes, si nos despojamos de los preconceptos con los cuales fueron asociados tradicionalmente los derechos reales. Así tenemos que “*si el fundamento natural del derecho de propiedad es siempre el principio de justicia y equilibrio social que reconoce a cada uno lo suyo, la distinción no puede descansar sobre la materialidad del objeto, ni en la ley que nada crea. Esta, en efecto, no ha creado el derecho sino que, admitida su existencia, se ha limitado a reglamentar su ejercicio según las épocas, y en todos los tiempos ha declarado que el derecho de propiedad no es el que tiene por asiento lo tangible o material, sino el que, no siendo de público uso, es susceptible de exclusivo goce y disponibilidad absoluta* (25)”. Lo fundamental es que toda creación para ser considerada como propiedad debe poseer forzosamente un legítimo titular, y que éste sea el único autorizado a disponer de ella, para lo cual no se debe estar en presencia de una *res nullius*.

En el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, tanto la Corte como la Comisión Interamericana establecieron que son competentes para entender en violaciones a los derechos intelectuales por considerar que atentan contra el artículo 21 de la Convención Interamericana que reconoce el derecho a la propiedad privada (26). En el fallo *Alejandra Matus Acuña v. Chile* (2005) -relacionado a la violación de derechos de autor- la Comisión Interamericana reconoció el concepto amplio del término propiedad, expresando que “*el artículo 21 de la Convención Americana garantiza el derecho de las personas a la propiedad privada, que implica el derecho de disponer de sus bienes en cualquier forma legal, poseerlos, usarlos e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho. Este derecho abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, tanto los que recaen sobre bienes materiales como sobre bienes inmateriales susceptibles de valor* (27)”. Postura que fue

25 Ibid 10, 132

26 Art. 21: “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

27 CIDH, Informe No. 90/05, Caso 12.142, Fondo, *Alejandra Matus Acuña v. Chile*, 24 de octubre de 2005, párr. 51.

confirmada meses después en el fallo *Palamara Iribarne v. Chile* - también relacionado con la violación al derecho de autor- donde la Corte Interamericana además de reiterar el concepto amplio de propiedad sostuvo que dentro del concepto amplio de bienes cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma. Para finalmente concluir que “*la protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales (...) Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana (28)*”.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cláusula de propiedad establecida en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ⁽²⁹⁾, adoptando una interpretación extensiva amplió el concepto de propiedad al establecer que el mismo es aplicable tanto a los bienes presentes como a aquellos futuros, siempre y cuando el solicitante tenga al menos una expectativa legítima de obtener un efectivo goce de un derecho de propiedad ⁽³⁰⁾. En otras palabras y llevado al campo de los derechos intelectuales -concretamente al de la propiedad industrial- esto implica el reconocimiento como propiedad de derechos en expectativa, como sería el caso de una mera solicitud de marca o de patente, dejando de lado el tradicional sistema constitutivo de derechos y pasando a un sistema declarativo, que por el sólo hecho de haber creado y posteriormente presentado una simple solicitud de registro en una oficina pública ya es suficiente para obtener el nacimiento de un derecho de propiedad en cabeza del solicitante, que puede ser ejercido para tutelar sus intereses contra terceros, aún cuando no haya existido un examen de fondo de registrabilidad de parte de la institución responsable que se expida sobre la validez o no del derecho. Un claro ejemplo de esto puede verse en el fallo *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (2007) donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que las solicitudes de marcas son también acreedoras de protección como derechos de propiedad, como luego lo analizaremos.

9. Semejanzas y analogías entre tipos de propiedad

Tanto la propiedad tangible como la intelectual comparten notas en común. Desde el

²⁸ CIDH, Informe No. 77/01, Caso 11.571, Fondo, *Palamara Iribarne v. Chile*, 22 de noviembre de 2005, párr. 103.

²⁹ Art. 1: “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes “. En inglés el texto es el siguiente: “*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions*”. Como podemos observar, la versión inglesa del texto habla de *possession*, mientras que la versión castellana la traduce como *bienes*. Consideramos que la traducción del inglés al español si bien no es la literal, sin embargo es la correcta. Sabemos que la posesión es una situación o poder de hecho que se ejerce sobre una cosa -se tenga o no derecho sobre ella- con el ánimo de ejercerla como dueño. Para que la posesión coincida con la propiedad debe ser una posesión legal, de buena fe y regular. En pocas palabras, la posesión es la mera detentación material de la cosa. En cambio, desde un punto de vista jurídico el concepto de bien se refiere a todo aquello que pueda ser objeto de apropiación y tener por ello un valor económico, sea éste un objeto inmaterial, a diferencia de la cosa que siempre es un objeto material.

³⁰ HELFER, Laurance R., *The new innovation frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, “Harvard International Law Journal”, vol. 49, nº 1, 49

punto de vista iusnaturalista las creaciones del intelecto merecen ser protegidas al igual que la propiedad tangible. Siguiendo con la tradicional teoría lockeana del trabajo, PALMER afirma que ambos son frutos del trabajo y de la mente de cada persona, y debido a esto cada quien es propietario de su propio trabajo, teniendo en ellos un derecho natural a los frutos. Según el mencionado autor *“bajo este punto de vista, al igual que uno tiene un derecho a cosechar lo que planta, también tiene derecho a las ideas que genera y las artes que produce”*⁽³¹⁾. Se refiere a que uno es propietario de su propio cuerpo y trabajo y, por tanto de sus frutos, incluyendo las creaciones intelectuales. *“Un individuo crea un soneto, una canción, una escultura, utilizando su propio cuerpo y trabajo. Por tanto tiene derecho a ser propietario de esas creaciones, porque son consecuencia de otras cosas de las que es propietario”*⁽³²⁾. Siguiendo con la teoría lockeana, vemos que es necesario que el fruto del trabajo sea aplicado a un bien mostrenco para que origine un derecho de propiedad sobre dicho bien, siendo una condición necesaria que luego de la apropiación deban de existir objetos de similar calidad y en cantidad suficiente, de modo que no haya empeorado la situación de nadie.

En pocas palabras, aplicando los principios iusnaturalistas del trabajo como fundamento de la propiedad tangible, tenemos que ciertas ideas merecen protección como derechos de propiedad porque son creaciones. En consecuencia, los derechos de propiedad intelectual son de alguna forma la remuneración del trabajo productivo, y por ende, es justo que un creador participe en los beneficios que genera la utilización de su creación, de su esfuerzo, por parte de otras personas. Para BERCOVITZ si bien los fundamentos iusnaturalistas de la teoría lockeana del trabajo aplicada a la propiedad tangible son en un principio válidas, sin embargo *“la propiedad intelectual recae sobre un objeto inmaterial que se individualiza precisamente en cuanto propiedad, y que nace atribuido ya a su creador: no preexiste una propiedad intelectual mostrenca y a disposición del primer ocupante, y es por eso por lo que nadie puede monopolizar palabras o ideas vulgares, o las notas musicales, o los colores, sino que el monopolio de la combinación de unas y otros está condicionado a la originalidad del resultado, y entonces se atribuye al creador por el solo hecho de la creación”*⁽³³⁾.

Ambas propiedades comparten las características de absolutas (admitiendo, sin embargo, sus respectivas limitaciones) y exclusivas (excluyen a cualquier persona distinta de su titular). Algunos autores consideran que la falta de uso de ciertas creaciones – como en el ámbito de las patentes – equivale al concepto clásico del *ius abutendi* o derecho de abuso. *“El análogo del derecho de no explotar una patente es el derecho de destruir un bien tangible en la propiedad romanista”*⁽³⁴⁾. Por otra parte, es posible encontrar instituciones similares a la expropiación, como en el caso de las licencias obligatorias de patentes por razones de interés público. Asimismo, al igual que todos los bienes, los intelectuales son susceptibles de apreciación pecuniaria y además - salvo las modernas legislaciones de derechos de autor- pueden ser transmitidos o cedidos por actos entre vivos o *mortis causa*. También es posible constituir garantía prendaria sobre dichos objetos inmateriales e incluso pueden ser llevados a ejecución en el caso de que no se pague la obligación que garantizan. Asimismo caben sobre ellos

³¹ PALMER Tom, *“Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”*, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol 13/3, 1990, 819.

³² Ibíd.

³³ BERCOVITZ Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, 32.

³⁴ SPECTOR Horacio, *“Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial”*, *Derechos Intelectuales* 3, Astrea, Buenos Aires, 1988, 29

medidas cautelares como embargo preventivo, inhibición general de enajenar y gravar bienes, anotación de litis, prohibición de innovar, secuestro del soporte material que contiene el bien intangible, entre otros.

En lo que respecta a la tutela jurídica, ambos tipos de propiedad en general encuentran protección de forma absoluta, a diferencia de la protección relativa que son características de las obligaciones. De las tradicionales acciones del derecho romano utilizadas para la defensa de la propiedad real -la *reivindicatio* y la *negatoria*-, la primera la encontramos regulada preferentemente en las instituciones de los derechos de propiedad industrial (marcas y patentes) para el caso de que terceros se atribuyan falsamente la titularidad de la creación, con el fin de recuperarla y transferirla a su legítimo dueño. Sin embargo, técnicamente hablando el ejercicio de la acción reivindicatoria exige que la cosa se encuentre en poder de un tercero, situación no aplicable a los derechos sobre bienes inmateriales ya que estos no son cosas y además están al alcance de todos. A diferencia de la *reivindicatio*, la acción *negatoria* se acuerda al propietario siempre y cuando se lesiona su derecho con simples turbaciones y sin privarle de la posesión de sus bienes, que actualmente podemos asemejarla al derecho que tiene el titular de excluir a otras personas del goce de su propiedad, en el llamado "*ius prohibendi erga omnes* (³⁵)" o derecho negativo, que ya lo vimos al analizar la tesis de FRANCHESCHELLI sobre los derechos de monopolio.

10. Diferencias entre tipos de propiedades

Debido a las diferencias existentes entre la propiedad real material y la propiedad intelectual o inmaterial, algunos autores cuestionan que técnicamente hablando haya realmente propiedad en los llamados derechos de la propiedad intelectual. Según éstos, la principal diferencia estriba en la intangibilidad de las obras o creaciones intelectuales, y no todo es susceptible de ser propiedad privada en el sentido estricto de la expresión. De acuerdo con esta posición, la propiedad intelectual es una ficción creada por la ley para equipararla a la propiedad tangible. Como vimos, esta posición confunde conceptos, ya que propiedad no es sinónimo de dominio, sino que propiedad se refiere en un sentido amplio a todo aquello que puede ser apropiado y transferido por tener un valor económico, es decir como un bien jurídico.

Cierta posición doctrinaria que se basa en un análisis económico del derecho, sostiene que la razón de ser de la propiedad tradicional es la de proteger los bienes materiales, ya que por su propia naturaleza éstos son recursos escasos, mientras que en la propiedad intelectual los derechos de propiedad son reconocidos sobre bienes que por su naturaleza son ilimitados o, por lo menos, no son escasos. Entonces, la propiedad intelectual no puede compararse con la propiedad sobre objetos materiales. Estos objetos son susceptibles de apropiación, pero no los incorporales. Los objetos tangibles son usados por una persona con exclusión de los demás, mientras que las creaciones intelectuales pueden ser usadas por varias personas al mismo tiempo, sin una necesidad inevitable de exclusiones (³⁶). En otras palabras sostienen que el conocimiento y la creatividad son bienes públicos al alcance de todos y que el uso o disfrute por una persona no priva o excluye a las demás. Se ha dicho también que "*la mayor parte de*

³⁵ En el Derecho Romano el *ius prohibendi* consistía en el derecho a veto que poseían los demás condóminos para evitar que uno de ellos disponga del bien sin el consentimiento del resto.

³⁶ Conf. KINSELLA Stephan, "Against Intellectual Property", *Journal of Libertarian Studies*, Volume 15, Nº 2 (Spring 2001),

ese mundo inmaterial que es la creación, es un coto privado con una verja invisible ⁽³⁷⁾". Por lo tanto no es fácil proteger o diferenciar nítidamente sus límites.

Siguiendo con esta posición utilitaria podemos resaltar que las características existentes entre los derechos intelectuales y el derecho tradicional de propiedad están determinadas por los llamados bajos *costos de transacción*⁽³⁸⁾. Sostiene un autor norteamericano que "*los economistas institucionales ven en la vibrante competencia una mejor fuerza positiva para incentivar las invenciones, las innovaciones y la difusión de tecnología, antes que el desarrollo coordinado de un solo propietario. Por este motivo, estructuras de derechos limitadas y débiles pueden ser más eficaces en promover la innovación en determinados campos. Incluso el profesor William LANDES y el juez Richard POSNER reconocen que negando el carácter de 'propiedad' a los derechos de propiedad intelectual puede algunas veces resultar en políticas económicas más sólidas* ⁽³⁹⁾", y como ejemplos cita que en los Estados Unidos los costos por otorgar patentes a los métodos de negocios y al software (atribuidas a una ambigüedad inherente en límites difusos de los derechos de patentes) generalmente sobrepasan los modestos beneficios otorgados por la concesión de dichas patentes.

Entre las principales características de la propiedad inmaterial tenemos su carácter temporalmente limitado y la obligación de explotación. La propiedad material es perpetua, pues el derecho del propietario sobre la cosa no expira por el simple transcurso del tiempo --excepto en determinados casos como la prescripción--, mientras que los derechos de explotación patrimonial de la propiedad intelectual tienen plazo de caducidad. En sentido contrario, la propiedad intelectual sobre bienes inmateriales no puede ser adquirida por usucapión, mecanismo válido para adquirir cosas materiales. En lo que respecta al deber de explotación, tenemos que en ciertos institutos de la Propiedad Industrial --como las patentes y las marcas-- su falta de explotación durante cierto tiempo trae aparejada en el primer caso el pedido de licencias obligatorias y en el segundo, el pedido de cancelación de la marca por falta de uso.

Por lo que respecta al derecho de autor, el mismo se caracteriza por tener un doble contenido: patrimonial y extrapatrimonial. El primero se refiere a un conjunto de facultades exclusivas de explotación que ejerce el creador, mientras que el segundo comporta un haz de facultades perpetuas, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables, ajenas al derecho de dominio. El derecho de propiedad es esencialmente patrimonial, mientras que el derecho de autor es además moral. Por lo tanto, de haber una enajenación total de la obra, el autor seguirá ejerciendo un control sobre ella porque según la faceta del derecho moral la obra siempre permanece en la cabeza del creador original.

Siguiendo a otro autor norteamericano tenemos que una de las diferencias fundamentales entre estos dos tipos de propiedades es la que se refiere a la observancia

³⁷ BRAVO BUENO David, *Copia este libro*, Dmem, Madrid, 2005, 14

³⁸ Los costos de transacción pueden ser definidos como los costos derivados del establecimiento y mantenimiento de derechos de propiedad, en el sentido económico de la habilidad de derivar algún tipo de utilidad del ejercicio de una acción, en lugar de centrarse exclusivamente en el costo derivado de una transacción comercial (Douglas W. Allen, *What Are Transaction Costs?*, 14 RES. L. & ECON. 1 (1991)

³⁹ MENNEL Peter "*Intellectual Property and the Property Rights Movement: should intellectual property be accorded the same protection as tangible forms of property?*", Regulation, Vol. 30, No 4, 2007-2008, 39

de las mismas. Mientras que la propiedad tangible puede ser fácilmente monitoreada, el flujo del conocimiento es particularmente difícil de controlar. Por este motivo, los secretos comerciales son muy difíciles de proteger. Sostiene el autor que *“la tecnología digital e internet han hecho que los productos de las tradicionales industrias de contenidos – grabaciones musicales, películas, etc. – sean más vulnerables a la distribución no autorizada”*⁽⁴⁰⁾.

Por su parte recordemos que los derechos reales sobre bienes inmuebles necesariamente deben ser inscriptos en los registros públicos correspondientes para que tengan efectos contra terceros. Si bien semejante disposición se aplica a la gran mayoría de los derechos de propiedad industrial en lo que se refiere a ciertos actos jurídicos, para el caso de los derechos de autor y conexos es un principio universal reconocido por casi todas las legislaciones autorales que los mismos no están sujetos a formalidades registrales para su ejercicio. Finalmente los derechos intelectuales no nacen de algunas de las formas previstas por el Código Civil para la adquisición del dominio, como están expresamente contemplados en la legislación civil.

11. La propiedad como derecho fundamental

Recordemos que durante el siglo XIX la propiedad privada tuvo su reconocimiento como uno de los principales derechos fundamentales surgidos en el llamado constitucionalismo tradicional, que junto a la libertad, la igualdad y la limitación de los poderes públicos, constituyeron las notas características del Estado Liberal de Derecho. De la concepción individualista de la propiedad establecida en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽⁴¹⁾ se ha llegado en nuestros días al constitucionalismo moderno, que reconoce la función social de la propiedad y sus limitaciones. En la Constitución Nacional del Paraguay lo encontramos en el Art. 109⁽⁴²⁾, y en forma semejante en las Constituciones de los demás países americanos.

En la mayoría de la Constituciones modernas junto al reconocimiento del derecho de propiedad, encontramos además un reconocimiento a los derechos intelectuales como categoría de derechos que se encuentran vinculados y formando parte de la tutela constitucional de la propiedad. El Art. 110 de la Constitución del Paraguay expresa: *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial con arreglo a la ley”*. En nuestro continente similar reconocimiento encontramos en las Constituciones de Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, si bien se menciona a la propiedad intelectual y artística por un lado, y la propiedad industrial por otro. Un reconocimiento expreso a la frase “propiedad intelectual” se encuentra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

⁴⁰ Ibid, 40

⁴¹ Art. 17: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa”.

⁴² Art. 109: “Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos. La propiedad privada es inviolable. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley”.

Europea (⁴³),

En un trascendente fallo del año 2005 el máximo tribunal de nuestro país se pronunció a favor de la validez de las sociedades de gestión colectiva, sobre la base de una demanda de inconstitucionalidad presentada por una compañía de cable con el objeto de abstraerse de la obligación de resarcir a los productores de fonogramas la remuneración correspondiente al derecho de comunicación pública de fonogramas. Al analizar la supuesta afectación de parte del accionante del derecho de propiedad garantizado en la Constitución, se estableció en primer lugar que *“en concordancia con nuestra Constitución Nacional la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su cruzada de protección de los autores, inventores y creadores entiende por propiedad intelectual la propiedad de las creaciones intelectuales, particularmente las invenciones tecnológicas y las obras literarias y artísticas. Propiedad significa que las invenciones protegidas y las obras protegidas por derecho de autor pueden utilizarse únicamente con el consentimiento del inventor, autor o cualquier otro propietario de los derechos. Los derechos de propiedad intelectual existen también respecto de las marcas protegidas⁽⁴⁴⁾”*. En pocas palabras se refiere a la propiedad como la capacidad exclusiva de disposición de bienes por parte de su titular cuyo uso a terceros está vedado sin su autorización, abarcando no solamente a las invenciones y las obras, sino que también a las marcas comerciales.

Acto seguido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay ratificó el criterio amplio de propiedad establecido en la Carta Magna y a la cual se refieren tanto VÉLEZ SARSFIELD como los tribunales internacionales de derechos humanos. *“En cuanto al término propiedad, se debe destacar que, cuando se emplea en la Constitución Nacional, comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, derechos subjetivos, privados o públicos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que quiera interrumpir su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad⁽⁴⁵⁾”*. Esta posición es la más aceptada tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, por considerar que la protección constitucional de los derechos intelectuales está implícita en las disposiciones sobre los derechos de propiedad, lo que trae aparejado que en los últimos tiempos se considere a los derechos intelectuales como una categoría de derechos fundamentales que integran los derechos humanos.

A diferencia de nuestro continente, si bien en la mayoría de las Constituciones de los países europeos no se encuentran cláusulas que hagan una mención expresa a la tutela de los derechos intelectuales, la protección se desprende de otros principios fundamentales, y uno de ellos – por no decir el principal- es el que se refiere a la

⁴³ Art. 17. “Derecho a la propiedad. 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual”.

⁴⁴ Consorcio Multipunto Multicanal S.R.L. s/ acción de inconstitucionalidad. C.S.J. Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 368, 30/05/05, ap. 3.2

⁴⁵ Ibid., ap. 3.3

vinculación con el derecho de propiedad. DE LA PARRA TRUJILLO en su artículo titulado *La Constitucionalización de los Derechos de Autor* menciona jurisprudencia europea referida a la consolidación de esta postura. “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso 'Laserdisk' afirmó que los 'derechos de propiedad intelectual', como los derechos de autor (...) forman parte del derecho de propiedad' (asunto C-479/04, sent. Del 12/9/06, ap. 65), postura que fue reiterada en el caso 'Promusicae', al afirmar que constituyen principios generales del derecho comunitario tanto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como 'el derecho fundamental de propiedad, del que forman parte los derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor (asunto C-275/06, sent. Del 29/1/08, ap.62)⁽⁴⁶⁾”.

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidieron en sus fallos que los derechos intelectuales están expresamente protegidos por el derecho de propiedad reconocidos a su vez en sus respectivas cartas fundamentales. En el continente americano fueron dos fallos relacionados a los derechos intelectuales -concretamente violaciones al derecho de autor- que afectaron el derecho de propiedad establecido en la Convención Americana, como lo habíamos visto en el punto 8 de este trabajo. Para el Tribunal Europeo, el primer fallo en reconocer a una patente la protección por el derecho humano a la propiedad fue el caso “*Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. Netherlands*” (1990) donde el Tribunal sostuvo: “Bajo la ley holandesa al titular de una patente se lo tiene como propietario de una patente y las patentes se consideran, sujetas a las provisiones de la ley, que son una propiedad personal que es transferible y asignable. La Comisión encuentra que una patente se ajusta al alcance del término 'propiedad' del artículo 1 del Protocolo No. 1⁽⁴⁷⁾”.

Uno de los fallos más importantes que ha tenido lugar --resuelto por Tribunal Europeo de Derechos Humanos-- y que merece especial mención fue el caso “*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*” (2007). El conflicto tuvo su origen en una larga serie de casi cincuenta litigios en toda Europa entre la conocida empresa cervecera norteamericana *Anheuser-Busch* -fabricante y distribuidora de la cerveza *Budweiser*- y su rival la empresa checa *Budweiser Budvar*, también dedicada al rubro de cervezas con el mismo nombre, en el que se disputaban el derecho exclusivo a comercializar la cerveza *Budweiser* en los diferentes países europeos. En estos conflictos estaban de por medio complejas cuestiones referidas por un lado a las relaciones existentes entre marcas y denominaciones de origen⁽⁴⁸⁾ y por otra a los derechos de propiedad intelectual nacional e internacional. En pocas palabras en el fallo en cuestión la empresa norteamericana recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que Portugal había violado el artículo 1º de la cláusula de propiedad al denegarle el registro de las marcas “*Budweiser*” teniendo en cuenta un tratado bilateral sobre denominaciones de origen celebrado entre el país luso y la República Checa que favorecía a la empresa *Budwiser Budvar*, pero de fecha posterior a las solicitudes de marcas solicitadas por *Anheuser-Busch*.

⁴⁶ DE LA PARRA TRUJILLO Eduardo, “La Constitucionalización de los Derechos de Autor”, *Derechos Intelectuales* 15, Astrea, Buenos Aires, 2010, 46

⁴⁷ Ibid 17, 12-13

⁴⁸ La empresa checa *Budwiser Budvar* se había opuesto a todas las solicitudes de registro de marcas presentadas por la empresa norteamericana *Anheuser-Busch* por considerar que “cerveza budweiser” constituía una denominación de origen protegida por el Arreglo de Lisboa sobre Denominaciones de Origen.

En el aspecto que nos interesa, el Tribunal resolvió en primer lugar que Portugal no había violado el artículo 1 sobre el derecho de propiedad, y que la protección a la propiedad establecida en la cláusula del Convenio se aplica tanto a marcas registradas como a solicitudes de marcas. Para llegar a esta última conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta *“el conjunto de intereses y derechos económicos que surgen de una solicitud marcaría, que autorizan a los solicitantes a entablar transacciones comerciales (como el caso de transferencias o acuerdos de licencias) pudiendo incluso llegar a tener un gran valor económico (49)”*. Por último, en lo que respecta al reconocimiento de la propiedad de los derechos intelectuales como una categoría de derechos humanos, se criticó el fallo por considerar que la decisión protege los intereses de empresas multinacionales en vez de los derechos fundamentales de las personas físicas, tradicionalmente asociados a la protección de libertades civiles y políticas de los ciudadanos. Además, la constante expansión de los derechos de propiedad intelectual plantea cuestiones relativas a posibles conflictos con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la privacidad, a libertad de expresión, a la educación, el disfrute de la cultura, entre otros.

12. Conclusión

Consideramos que el trabajo es creador de propiedad. Lo es cuando el hombre agrega su esfuerzo y su inteligencia a los objetos materiales que la naturaleza pone a su disposición para producir cosas nuevas o agregarle valor a las existentes. Y lo es más aun cuando el hombre emplea su inteligencia y su sensibilidad para crear obras –obras bellas, obras útiles-- en que plasma su propia personalidad. Son inseparablemente suyas como resultado del acto creador y, como tales, le brindan un gozo espiritual y, al mismo tiempo, se incorporan a su patrimonio como elementos productores de riqueza.

Tal como lo señala VÉLEZ SANSFIELD y las Cortes internacionales de Derechos Humanos en diversos fallos, existen derechos de propiedad sobre todos los bienes que forman parte del patrimonio de una persona. Aunque en una escala de valores debe tener siempre prioridad lo espiritual –en la obra los llamados derecho morales o de la personalidad—, es imposible desconocer el valor económico de la creación incorporada al patrimonio. Ella, aun con las limitaciones características de este derecho –que en las legislaciones modernas han llegado a prohibir su enajenación— tiene un valor de cambio como lo tiene un bien material cualquiera. El elemento espiritual –esencial en este derecho— lo hace distinto, pero no priva al objeto sobre el cual recae su condición de bien negociable.

Obviamente no podemos aceptar la equiparación de los derechos intelectuales a los reales por las razones que hemos expuesto. Pero no nos repugna la posición adoptada por Brasil, tanto en su ley de derechos de autor como en la de propiedad industrial, que considera la obra y la marca como cosas muebles, con lo que establece sobre ellas una relación cuyos efectos son los de la del dominio entendido como derecho real. Es una solución que no se compadece con la verdadera naturaleza del objeto intelectual, pero que resulta práctica. Entendemos que entra en la categoría de ficción jurídica.

Nuestra posición de reafirmar la teoría de la propiedad de los derechos intelectuales no significa que rechazamos de plano todas las otras. Admitimos que cada una de ellas

49

Ibid 17, 23

ilumina aspectos diferentes que constituyen la esencia de los objetos intelectuales, pero es la propiedad –con los alcances señalados– la que nos parece que se ajusta a la realidad de estos bienes. Incluso la categoría de derechos intelectuales creada por PICARD o de los bienes inmateriales por KOHLER son compatibles con la admisión de la propiedad sobre este tipo de objetos, en tanto identifiquemos aquélla con ésta.

Finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó un especial reconocimiento a los derechos intelectuales --hasta si se quiere un tanto amplio-- al considerar que incluso son merecedoras de protección meras solicitudes de derechos en expectativa, si bien desde una perspectiva práctica se condicen en cierta manera con la realidad económica. Finalmente, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad intelectual y su consecuente categorización como derecho humano implica la constante (y para algunos peligrosa) evolución experimentada en esta disciplina.

13. Bibliografía

- BAYLOS CORROZA Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 1993, 441.

- BRAVO BUENO David, *Copia este libro*, Dmem, Madrid, 2005, 14

- BERCOVITZ Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, 32.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo II, 2005, 252-253.

- CABRAL Plinio, *A nova lei de direitos autoris – Comentarios*, Cuarta edición, Harbra, Sao Paulo, 2003, 14

- DA GAMA CERQUEIRA João, *Tratado de Propiedad Industrial*, Revista dos Tribunales, I, Sao Paulo, 88.

- DE LA PARRA TRUJILLO Eduardo, “La Constitucionalización de los Derechos de Autor”, *Derechos Intelectuales 15*, Astrea, Buenos Aires, 2010, 46

- DELLA COSTA Héctor, *El derecho de autor y su novedad*, De Belgrano, Segunda edición, Buenos Aires, 1997, 37.

- DI GUGLIELMO, *Tratado de Derecho Industrial*, Tomo I, Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1948, 138

- Douglas W. Allen, *What Are Transaction Costs?*, 14 RES. L. & ECON. 1 (1991)

- EPSTEIN Richard, “Por que los libertarios no deberían ser (muy) escépticos sobre la propiedad intelectual”, *Derechos Intelectuales 13*, Astrea, Buenos Aires, 2007, 29-30

- HELFER, Laurance R., *The new innovation frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, “Harvard International Law Journal”, vol. 49, nº 1, 49

- HUGHES Justin, “*The Philosophy of Intellectual Property*”, *Georgetown Law Journal*, 77 Geo L.J. 287, 1989, 34
- KINSELLA Stephan, “Against Intellectual Property” , *Journal of Libertarian Studies*, Volume 15, Nº 2 (Spring 2001),
- LEHMAN, *The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property*, IIC, 16, 1985, 534-535
- MENNEL Peter “*Intellectual Property and the Property Rights Movement: should intellectual property be accorded the same protection as tangible forms of property?*”, *Regulation*, Vol. 30, No 4, 2007-2008, 39
- OMPI, ¿*Qué es la propiedad intelectual?* En <http://www.wipo.int/about-ip/es/>
- OSSORIO Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, 803
- PALMER Tom, “*Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 13/3, 1990, 819.
- PUIG BRUTAU José, *Compendio de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecarios, III*, Edersa, Madrid. 2004.
- RENGIFO GARCÍA Ernesto, *Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor*, Segunda edición, D’Vinni, Bogotá, 1997, 67
- SPECTOR Horacio, “Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, *Derechos Intelectuales* 3, Astrea, Buenos Aires, 1988, 29