

# ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL

Eugenio Pizarro Moreno

Doctor en Derecho  
Universidad Pablo de Olavide

**Sumario:** 1. Prefacio. La inevitable y conflictiva disociación entre el derecho moral y el derecho patrimonial en la propiedad intelectual. 2. Raíz del derecho moral: teorización y tratamiento doctrinal. La “realidad disociada”. 3. El derecho moral de autor y su conexión patrimonial. 4. Introducción: posiciones filosóficas paradigmáticas. A) KANT y la lógica de la perspectiva del sujeto. B). BENTHAM y la lógica de la perspectiva del objeto. a). Utilitarismo benthamiano. b). Los principios económicos atinentes a la propiedad: escasez, costes del sistema y quiebra del mercado. 5. La inferencia regalista. 6. Economía y Filosofía del Derecho. Mercado y Propiedad Intelectual. 7. Conclusiones

## 1. PREFACIO. LA INEVITABLE Y CONFLICTIVA DISOCIACIÓN ENTRE EL DERECHO MORAL Y EL DERECHO PATRIMONIAL EN LA PROPIEDAD INTELLECTUAL

Está lejos de parecer un desatino considerar que el desconcierto sistemático que tradicionalmente se ha cernido sobre la naturaleza jurídica del genérico derecho de autor y la correlativa propiedad intelectual son, en gran medida, imputables tanto al Código civil como a la legislación especial (con independencia, en este último caso, de la fecha histórica en que se dictara o apareciera la regulación), con más razón a partir de que las normas jurídicas que dan cobertura a su regulación suelen discernir un contenido personal o moral, por una parte, en el derecho de autor y un contenido patrimonial.

Sigue abierto el debate sobre la posibilidad de que el derecho de autor contenga una naturaleza dual que lo hace parecer como un derecho capaz de bifurcar su núcleo en una serie de facultades de diversa índole: personal y patrimonial. Como reconoce LACRUZ<sup>1</sup>, el derecho de autor se extiende en dos ámbitos: de exclusiva o monopolio sobre la creación intelectual, y de paternidad de la creación; objeto, cada uno, de una específica protección. Se discute si se trata de dos aspectos distintos (pecuniario y moral) de un mismo derecho, o bien de dos derechos diferentes, el uno estrictamente de propiedad intelectual y faceta el otro de los derechos de la personalidad, o incluso, según ASCARELLI, mera aplicación del derecho de cada uno a la autoría de cualquier realización suya, y por tanto independiente de las llamadas propiedad intelectual o industrial. Sea cual fuere la solución, es cómodo hablar de un derecho *moral* de autor para designar un

haz de facultades cuyo reconocimiento y regulación en el campo de los bienes inmateriales reviste intensidad y caracteres peculiares, y que influye asimismo sobre el derecho *pecuniario*.

Con independencia de las posturas que la dogmática jurídica haya podido adoptar, lo cierto es que ambos aspectos han de ser tomados en consideración para articular cualquier tipo de reconocimiento y protección del derecho derivado de la creación, vista su evolución histórica<sup>2</sup>.

En principio, parece coherente pensar que la posibilidad de deslindar un contenido moral o personal y otro patrimonial en la creación intelectual no quita el reconocimiento de que las facultades derivadas —con independencia del tipo que sean— nacen de un derecho unívoco y uniforme. Ello no obsta para que, incluso, ambos derechos puedan contemplarse por separado. Como reconoce la doctrina más elemental y la mayoría de los legisladores, las facultades que provienen o se derivan tanto del aspecto personal como del patrimonial pueden, de por sí, corresponder a distintos titulares (el derecho moral, al autor; el derecho patrimonial, al que lo explote). Sin embargo, hemos de seguir considerando que el núcleo esencial del derecho, como se acaba de decir, es uno: derecho a la creación intelectual; no provienen de la posibilidad de escindir su contenido en un aspecto moral o personal y en otro patrimonial, sin que desmienta esta afirmación el hecho de que las facultades que nacen del aspecto moral o personal son inalienables (por tanto, no embargables, ni prescriptibles; tampoco renunciables) *ope legis*, en tanto que las derivadas del aspecto patrimonial son transmisibles. En otro caso, estaríamos obligados a entender que toda facultad derivada de derechos en que cabe desligar la titularidad sobre el bien de su disfrute económico (como muestra, la doctrina cita el arrendamiento o el usufructo) procede, en realidad, de una configuración dual del derecho en cuestión. Ocurre, por ende, que esa conflictiva disociación del derecho de autor es inevitable<sup>3</sup>.

## 2. RAÍZ DEL DERECHO MORAL: TEORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DOCTRINAL. LA “REALIDAD DISOCIADA”

La génesis del derecho moral del autor, así como su evolución y significado histórico y actual, ha sido tratada con solvencia en nuestra doctrina patria<sup>4</sup> en diferentes monografías.

No por casualidad el profesor PÉREZ SERRANO critica desde la nomenclatura de derecho moral de autor (a la que califica de “desgraciada”) hasta el concepto de propiedad intelectual (a la que dedica los apelativos de “inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora”): “el bautismo de las figuras jurídicas —llega a decir, con tinte declamatorio— pocas veces puede calificarse de acertado, ... pues las discrepancias terminológicas pusieron en peligro desde un principio la institución misma”<sup>5</sup>. Según este autor, las principales líneas directrices de este innovador derecho que se encontraba en proceso de constitución, estarían constituidas por dos, con sus respectivos matices o derivaciones: la primera de ellas es que se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, ya que el propósito inspirador del derecho moral es salvaguardar derechos tan sagrados para el autor como el reconocimiento de la paternidad, así como la facultad ínsita de publicar o no su creación materializada y la facultad de defender la integridad de la obra; en segundo término, el derecho de arrepentimiento o facultad de retirar la obra, aunque ya hubiese estado circulando en el mercado más o menos tiempo. Éste sería, para PÉREZ SERRANO, el contenido del derecho moral de los autores derivado de su reconocimiento legislativo. En cualquier caso, comenta este autor, el derecho moral nació quizás en la vida real antes que el pecuniario.

Después de alinear a autores de la talla de KANT, GIERKE, BESELER o PIOLA-CASELLI<sup>6</sup> entre quienes registran —en general— el derecho de autor como derecho de la personalidad<sup>7</sup>, las reflexiones finales —que pueden traerse al presente sin ningún tipo de escrupulo— de PÉREZ SERRANO lo conducen a

concluir, con una literatura magnífica, que se plantea un problema realmente espinoso con la construcción jurídica de la propiedad intelectual una vez que se admite el derecho moral junto a los derechos patrimoniales. Sobre todo en los países, como el nuestro, que, siguiendo el criterio latino, han configurado hasta ahora ese derecho *sui generis* como una “propiedad especial”, pues en las naciones donde ha prevalecido la tesis germánica del “derecho de autor”, como en los de lengua inglesa, con su sistema de *copyright* (aunque menos ciertamente en éstos), la misma amplitud generosa de la denominación y de la estructura permite dar acogida a la nueva modalidad, sin que por ello quiebre la unidad global del concepto<sup>8</sup>. Pero cuando se llama a esa figura jurídica “propiedad intelectual” o “propiedad literaria y artística”, es evidente que se está centrando su fisonomía en el mundo de los derechos reales, de los derechos sobre cosas sin que varíe demasiado la institución por hablar de “propiedades incorpóreas”, como lo hace algún reputado escritor francés<sup>9</sup>. No obstante —prosigue—, siempre resultará que se tiene presente en forma primaria y decisiva el sentido económico, pecuniario, la posibilidad de obtener ventajas patrimoniales con la obra que es producto de nuestro esfuerzo. Y entonces, al tener que agregar a ese contenido de tipo *material*, de lucro, otros valores de *estirpe idealista*, al añadirle el “derecho moral”, se yuxtaponen dos esferas dispares, y se pone en peligro la unidad esencial de la institución. Con más, otra grave consecuencia: si “derecho moral” y “derechos patrimoniales” no coinciden necesariamente, si pueden ir en disociación, si no tienen la misma duración, ni igual comercialidad, ni idéntico titular presente, ni, en suma, el mismo rango, ¿cómo evitar las ocasiones de conflicto y cómo resolver, en su caso, las colisiones que por ventura surjan?<sup>10</sup>.

Recogiendo de alguna manera las inquietudes recién manifestadas, RAMS ALBESA<sup>11</sup> toma como punto de partida las resoluciones judiciales francesas<sup>12</sup> del siglo diecinueve y primera mitad del veinte (sobre crisis matrimoniales de autores y artistas o con ocasión de

conflictos sobre la gestión de su régimen económico-matrimonial de muebles y ganancias), las que dieron lugar a la aparición de lo que hoy denominamos derechos morales en contraposición a los patrimoniales que producen sus efectos plenos en el tráfico. Aunque con algún precedente judicial<sup>13</sup> anterior, cita este autor<sup>14</sup> la sentencia de la Corte de París de 1 de febrero de 1900, en el caso Lecocq v. Dame Cinquin, donde se hará un tratamiento “capital para la cuestión que nos ocupa, por varias razones sustanciales:

1º. Se afirma por primera vez en la historia que el autor tiene derechos morales sobre su obra, incluso cuando en una partición la obra se atribuye al consorte.

2º. Se especifica que, en razón de tales derechos morales, el autor puede retocar su obra, embellecerla o incluso destruirla si no la encuentra a la altura de su talento. Todo lo cual se imposibilitará si no se conociesen tales derechos morales sobre la obra cedida.

3º. Se concluye que la propiedad literaria y artística presenta una naturaleza particular que no entra en ninguna de las categorías clásicas de la propiedad ordinaria, que tal propiedad no ha de entenderse limitada, tal y como lo hacían las leyes de 1797 y 1793, a configurarse como privilegios temporales de explotación exclusiva, sino como conjunto de poderes, por lo que la obra debe mantenerse como privativa de su autor”.

Este planteamiento se consolida en Francia y se traslada, a través de las teorías personalistas, a Italia, donde, después de los avatares propios de una titubeante configuración, se conjuga una tesis —debida sobre todo a Tulio ASCARELLI<sup>15</sup>— en la que, a partir del concepto de *estrinsecazione*, asienta la división, dentro del mismo derecho de autor, de un elemento personal, espiritualista, “moral” en definitiva, y un elemento patrimonial, materializado en el derecho de explotación sobre la obra.

Situados en nuestro orden dogmático nacional, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO pone de manifiesto que ninguna de nuestras dos primeras leyes relativas a la propiedad inte-

lectual mencionan el derecho de autor<sup>16</sup>. Para el ámbito internacional es el Convenio de Berna el que, en su posterior revisión causada por la Conferencia de Roma —1928—, introduce el derecho moral de autor de una forma taxativa al reconocer, en su art. 6 bis), que el autor conservará, junto a los derechos patrimoniales, el de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier forma de modificación o deformación sobre ella<sup>17</sup>.

Sin embargo, la fijación de la realidad del derecho moral de autor y de las facultades derivadas no respalda una eventual consideración de aquél como bien o derecho de la personalidad: el derecho moral de autor sólo existe con respecto a una obra concreta —viene a decir BERCOVITZ—; no constituye un atributo del propio autor, del autor en sí, sino del autor en relación con esa obra, a partir del momento en que la misma existe. De acuerdo con lo que se acaba de apuntar, en el derecho moral de autor, sujeto y objeto no se confunden, no son lo mismo<sup>18</sup>.

Éste es el esbozo recapitulador de la génesis y evolución del controvertido derecho moral de los autores. Con independencia de que su naturaleza no cuaje en ninguno de los perfiles que se han elaborado para su explicación, de lo que no cabe la menor duda es que tanto la tendencia legislativa, nacional y foránea, como los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales son ya proclives, sin ningún tipo de rubor, a sondear y proclamar el derecho moral de los autores, a defender su interacción en el entramado de la tutela de los derechos de los autores. No obstante lo cual, sigue quedando una “disociadora” cuenta pendiente: la de identificar sus límites y ubicarlos en su natural enclave patrimonial.

### 3. EL DERECHO MORAL DE AUTOR Y SU CONEXIÓN PATRIMONIAL

Al margen del constante careo a que se somete la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual entre monistas y dualistas<sup>19</sup>, lo cierto

es que la potenciación de alguna de las facultades —morales o personales y patrimoniales o pecuniarias— que integran la propiedad intelectual, tiende a desdibujar a la otra. Ello desenfoca gravemente el análisis. Y es que, en definitiva, unas y otras facultades se encuentran recíprocamente condicionadas, de manera que su comprensión y alcance sólo puede abordarse a través de la consideración conjunta de todas ellas<sup>20</sup>.

En efecto, se reconoce por toda la legislación, incluida la comparada, que la facultad de divulgación de la obra creada es un derecho moral. Obviamente, se trata de una *conditio sine qua non* para que puedan concretarse facultades patrimoniales, independientemente de quién las ejercite. Esa interrelación moral-patrimonial es incuestionable también en otros supuestos concretos reconocidos por los textos positivos sobre la propiedad intelectual. A título de ejemplo, BERCOVITZ<sup>21</sup> cita la concurrencia de los derechos de integridad sobre la obra —facultad o derecho moral— y el denominado derecho de transformación<sup>22</sup> —facultad o derecho patrimonial—. Mientras que el derecho de integridad parece que atiende más a la defensa de la obra frente a posibles alteraciones, el derecho de transformación atiende más al ejercicio de la facultad que lógicamente tiene el autor de consentir, con plena eficacia vinculante, su alteración, esto es, la afectación de su integridad. De donde resulta que la inalienabilidad y la irrenunciabilidad del derecho o facultad moral de integridad no son absolutas, puesto que quedan condicionadas por el ejercicio del derecho de transformación.

Tres ejemplos más que refuerzan la conexión moral-patrimonial:

a. Limitación de los derechos o facultades morales en función del ejercicio del derecho de explotación en la regulación o configuración legal que se atribuye al derecho de modificación (respeto de derechos adquiridos) y al derecho de arrepentimiento o retirada (indemnización de daños y perjuicios).

b. Limitación de los derechos o facultades morales en función de la naturaleza de la obra

y de las exigencias derivadas de su explotación en el mercado.

c. Refuerzo que desempeña el derecho o facultad moral lesionada en la determinación del *quantum* indemnizatorio, potenciando el importe y facilitando su cálculo<sup>23</sup>.

En conclusión, y como puede verse, las aportaciones doctrinales en la materia conducen a la búsqueda de soluciones cada vez más integradoras<sup>24</sup>, soluciones que eviten una decantación en las posturas teóricas no contribuidoras de la pacificación sobre la procelosa naturaleza de los derechos sobre la propiedad intelectual. Ello no puede ser óbice, desde luego, para que se indague en la clarificación de “los equilibrios que deben establecerse entre las facultades patrimoniales y las facultades morales del derecho de autor, con el fin de conseguir que el mismo respalde adecuadamente la producción y difusión de la cultura”<sup>25</sup>, en sentido amplio.

#### 4. INTRODUCCIÓN: POSICIONES FILOSÓFICAS PARADIGMÁTICAS

Es un error pensar que la filosofía del Derecho es una ciencia social ajena a las exploraciones jurídicas sobre la propiedad intelectual. En el presente apartado, nuestro objetivo queda centrado en afianzar una posible crítica de la propiedad intelectual, poniendo en entredicho sus fundamentos filosóficos, derivados del enfoque iusnaturalista representado por Immanuel KANT, y analizando su justificación utilitarista, de índole economicista, cuyo blasón más reconocible lo encontramos en la obra de Jeremy BENTHAM.

En su orientación filosófica (y eminentemente jurídica), la mencionada crítica se careará con el iusnaturalismo, de donde proceden los derechos naturales privativos del liberalismo clásico. Aquí no hay otra opción que ajustar el análisis, consecuentemente, a los derechos subjetivos; en particular, a la propiedad como eje de una ética acorde con la na-

turalidad racional del hombre que manifiesta y desenvuelve sus intereses en el mundo jurídico. Como reconoce de forma unánime la dogmática jurídica, es significativo destacar que acaso las justificaciones éticas más sólidas del concepto de propiedad intelectual provengan de este campo (o se fundamenten en sus mismos principios), con lo cual el combate dialéctico tendrá lugar con idénticas o similares armas...<sup>26</sup>

En su vertiente económica, es indiscutible que nuestros esfuerzos pretenden tomar en consideración las invocaciones dogmáticas del utilitarismo en defensa de la propiedad intelectual, para después explorar si los monopolios legales sobre las ideas constituyen un acicate para la creación intelectual y, por ende, para su tutela. A este respecto, no parece procedente adelantar acontecimientos, porque, en buena medida, la explicación de los derechos y facultades —sobre todo los patrimoniales, aunque también los denominados morales— derivados de la propiedad intelectual, así como la articulación de un sistema legal de protección, necesitan precisamente de un contundente análisis de la perspectiva utilitarista empleada en materia económica con especial incidencia en nuestro objeto de estudio: la propiedad intelectual.

Un soberbio artículo doctrinal de la profesora M. J. RADIN<sup>27</sup> sitúa el debate en sus justos términos: existen dos visiones de la propiedad en función de la mercificación<sup>28</sup>; el *modelo kantiano* o “no mercificado” parte de los valores sociales para, atendiendo al desarrollo humano y la auto-constitución o satisfacción de los individuos, destallar en la libertad humana como fundamento del derecho de propiedad (extensible, lógicamente, a la propiedad intelectual). En tal caso, el derecho de propiedad se justifica como proyección del hombre<sup>29</sup>; el *modelo benthamiano* o “mercificado” tiende a desarrollar el concepto de propiedad como mercancía para la maximización del bienestar social, medido como un análisis coste-beneficio. En tal caso, el derecho de propiedad (al igual que antes, idea que es extensible a la propiedad intelectual) se justifica por su valor

como mercancía. Veremos estos dos modelos por separado.

El proceso de objetivación de la creación —llamado también de reificación o de extrinsecación material, según la doctrina a la que atendamos— ha de ser contemplado poniendo el énfasis en una de las siguientes perspectivas<sup>30</sup>:

a) en función de la primera, que denominamos **“lógica de la perspectiva del sujeto”**, se produce la creación intelectual, identificada con el contenido moral o personal del sujeto, que es sentida por el sujeto-creador como un derecho subjetivo; en concreto, la profundización desde esta óptica ha conducido a muchos autores a considerar el derecho de autor como un derecho de la personalidad y, de ahí, como un derecho fundamental.

b) la segunda, que enunciamos como la **“lógica de la perspectiva del objeto”**, nos lleva a la necesidad de protección de lo creado, que ha de ser ya necesariamente objeto o bien material, del que derivan facultades con contenido patrimonial; en particular, el derecho a ejercer en exclusiva, —lo que incluye, por supuesto, su reproducción ilimitada—, una actividad económica sobre dicho objeto.

## A) KANT Y LA LÓGICA DE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO

Como no puede extrañar, fueron los juristas alemanes<sup>31</sup> los primeros en llamar la atención sobre la “notable” influencia que había ejercido la doctrina kantiana sobre la configuración jurídico-privada del derecho de autor —aunque no es correcto, caemos también nosotros en la inercia diacrítica de utilizar de forma ambivalente las expresiones “propiedad intelectual” y “derecho de autor”; éste no es más que una concreción de aquélla. No es procedente, por el contrario, enfatizar el exiguuo tratamiento que KANT dispensa a esta materia, debido a que sólo hace una deliberada alusión en dos obras<sup>32</sup>, y de un modo asistemático. No obstante, tampoco puede obviarse la impronta que el pensamiento kantiano deja en toda la

configuración jurídica y doctrinal posterior en la institución del derecho de autor.

Una atinada exposición de las aserciones kantianas, desde una traza orientada principalmente a reflexionar sobre el derecho moral de autor, la encontramos en la obra de la profesora Juana MARCO MOLINA<sup>33</sup>, quien señala que “el eje central de las disquisiciones de KANT”, a partir del cual asaca sus conclusiones, está tomado de la idea de que “el libro constituye un discurso del autor al público<sup>34</sup>; el editor, que publica el libro del autor con su consentimiento, habla al público como su representante<sup>35</sup>, estando legitimado para ello en virtud del poder que le confiere el autor<sup>36</sup>. De manera que quien imprime el libro sin su consentimiento, habla en nombre del autor contra su voluntad y se inmiscuye en un negocio ajeno —el mandato o gestión que realiza el editor en nombre del autor—<sup>37</sup>.

En el curso de su exposición, deja caer KANT las expresiones “persönliches Recht” y “angeborenes Recht”. A partir de aquí, una vez queda descartada en el ámbito germánico durante el último tercio del siglo XIX... la concepción del derecho de autor como propiedad, algunos autores —adscritos al parecer a la corriente “germanista”<sup>38</sup>, por oposición a la “romanista” o pandectista que imperaba entonces en el pensamiento jurídico alemán— se refieren al derecho de autor como “derecho de la personalidad”. Esta orientación dogmática venía a sostener que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad misma. La obra del ingenio no es otra cosa que la prolongación de la personalidad del autor y que éste exterioriza por medio de su creación.

Es indudable que detrás de esta teoría se esconde un denodado esfuerzo de KANT y de sus epígonos por provocar una predisposición jurídica (y legal, si cupiera) a favor del autor, y lo hace sobre la base de dos atractivos argumentos: en primer lugar, reconociendo la titularidad del autor sobre su creación y otorgando en su provecho derechos de publicación, y, en

segundo término, reconociendo también que el derecho del autor sobre su obra es, *per se*, inviolable, sin necesidad de secundarse en un privilegio del soberano, con lo que merece una protección<sup>39</sup>.

Ésta es, en resumen, la principal aportación kantiana en materia de derecho de autor. Rebajando el impacto neokantiano, realiza MARCO MOLINA<sup>40</sup> una brillante síntesis de lo que, a su juicio, han sido los vestigios kantianos en esta sede: “En realidad, el mérito de KANT a este respecto consiste en haber pronunciado palabras sacramentales —‘angeborenes Recht’, ‘persönliches Recht’—. Tales fórmulas, por venir de quien venían, permitirían más tarde a determinados autores, que consideraban que las especialidades del derecho de autor eran tales que invalidaban cualquier posibilidad de hacerle sitio entre los derechos de carácter patrimonial, adscribir este derecho a una categoría en aquel entonces todavía en estado magmático: los derechos de la personalidad. Categoría, como decimos, todavía *in fieri* en el período que analizamos, tanto en cuanto a su contenido, todavía por fijar, como incluso en cuanto a su propio reconocimiento como categoría del Derecho privado”.

Esta concepción traía causa de la idea lockeana de la propiedad como derecho natural. El pasaje transcrito a continuación corresponde a su obra *Second Treatise of Government*<sup>41</sup> y hace referencia al derecho de propiedad clásico, al acto de apropiación original por el cual los bienes desocupados que la naturaleza ofrece son apartados de su seno por el hombre y convertidos en propiedad privada: “...cada uno de los hombres es propietario de su propia persona. Nadie sino él tiene derecho sobre ella. Podemos decir que el trabajo de su cuerpo y las obras de sus manos son estrictamente suyos. Cuando aparta una cosa del estado que la naturaleza le ha proporcionado y depositado en ella y mezcla con ella su trabajo, le añade algo que es suyo, convirtiéndola así en su propiedad. Ahora existe a su lado, separada del estado común de la naturaleza puesta en ella. Con su trabajo le ha añadido algo que la excluye del derecho común de las demás personas. Dado

que este trabajo es propiedad indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho sobre aquello que ha añadido...”<sup>42</sup>. Hemos visto cómo esta tesis fue duramente atacada por el pensamiento posterior kantiano; ¿en qué sentido la propiedad intelectual enlaza con el concepto de propiedad privada tradicional? Para los defensores iusnaturalistas de la propiedad intelectual, tanto ésta como la propiedad tradicional son el producto de la labor y el pensamiento del individuo.

## B) BENTHAM Y LA LÓGICA DE LA PERSPECTIVA DEL OBJETO

Cualquier enfoque o acercamiento que pretenda profundizar en el estudio del derecho de autor carecería de sentido si no previniera sobre las dos principales fuentes de pensamiento cuando se ha partido de la endógena naturaleza moral y patrimonial que caracteriza a este tipo de derecho. La primera de ellas acabamos de examinarla; está representada por la vertiente filosófico-jurídica que, tras parapetarse en un cerrado e inalterable concepto de la propiedad, reivindica el descubrimiento del derecho moral derivado de la creación, salido precisamente —de ahí la relación con el concepto propietario— de la propiedad intelectual.

El segundo enfoque ha de incorporar necesariamente los elementos estructurales aportados por BENTHAM para tamizar la propiedad intelectual en el filtro del utilitarismo económico, de forma que, en una institución impregnada de la noción de empresa, puedan evaluarse los beneficios que reporta la articulación de un sistema de protección de la propiedad intelectual o derecho de autor.

### a) Utilitarismo benthamiano

Tras la Revolución Francesa, y ya entrado el siglo XIX, Europa conoció una época de profundos desequilibrios. Las causas eran la incapacidad de la burguesía para desalojar del poder a los representantes del Antiguo Régimen y las contradictorias alianzas temporales entre los trabajadores y las fuerzas burguesas.

Este juego inestable provocó oscilaciones sociales y políticas, que tenían, en buena lógica, su impronta en la evolución económica. Las ofertas intelectuales de los pensadores más lúcidos para la reordenación del sistema fueron el individualismo y el utilitarismo.

Aunque es posible encontrar algunos esbozos de la doctrina utilitarista en A. SMITH, R. MALTHUS y D. RICARDO, la elaboración más acabada de su alcance y significado halla sus principales teóricos en J. BENTHAM, JAMES MILL y J. STUART MILL.

BENTHAM, retomando ideas de la más pura filosofía occidental, considera que las dos motivaciones básicas, centrales, que determinan la conducta humana, son el “placer” y el “dolor”. Las personas tienden a buscar, sobre todo, el placer y a evitar el dolor. Únicamente estas tendencias constituyen algo real y, por ello, pueden convertirse en un principio incommovible de la moralidad: y esta realidad ha de definirse en relación con lo que produce mayor placer individual (y colectivo). Decir que un comportamiento es “bueno”, significa que produce más placer que dolor. Y, en efecto, si el origen de la sensación placentera (como la del dolor) depende de variables irrelevantes, el “bien global” de una persona cualquiera queda determinado unívocamente por el sumatorio de las magnitudes de las demás. El utilitarismo habla de eficiencia referida a fines, medios, valoraciones y preferencias en la acción humana.

Como se reconoce en la doctrina económica, necesariamente, esto tiene un corolario fundamental, y es que, si lo dicho se asume consecuentemente y la tendencia natural de todo ser humano es hacia la maximización de su placer y minimización del dolor, los medios elegidos para ello son irrelevantes *prima facie*. Hechas estas asunciones, es fácil ver que los asuntos morales podrían dirimirse fácilmente recurriendo a un simple “cálculo” utilitarista de las opciones o alternativas de acción puestas en juego. El utilitarismo pretende la maximización del bienestar social o la utilidad social, esto es, el mayor bienestar para el mayor número. El utilitarista indica que el sistema económico liberal produce y distribuye más

riqueza, optimiza la asignación y la utilización de recursos escasos y coordina de forma espontánea los deseos y las capacidades de los participantes en el mercado. Los derechos, para el utilitarismo, son construcciones *ad hoc* ideadas para alcanzar la maximización del bienestar que todo individuo anhela<sup>43</sup>. BENTHAM pretende un análisis desapasionado de las motivaciones del comportamiento individual y colectivo, no sólo estrictamente económico. Las tesis utilitaristas del siglo XIX pretendían ser, como hemos adelantado, un instrumento esencial de una más que justificada reforma social y política, en una realidad caracterizada por la explotación, la miseria o indigencia de las clases obreras (son ideas de RICARDO) y el problema del crecimiento indiscriminado de la población en un medio adverso (o MALTHUS). En este sentido, podemos considerar que el utilitarismo se opone a la ética kantiana, al dogmatismo. El iusnaturalismo habla de justicia referida a derechos de propiedad, fuerza y voluntariedad de las relaciones humanas. El iusnaturalista indica que la única norma ética basada en la igualdad esencial de los seres humanos que puede ser universal y simétrica es el respeto de los derechos de propiedad de cada persona sobre sí mismo y sobre aquellos bienes que coloniza, crea o intercambia libremente con los demás. Libertad y derechos de propiedad son equivalentes. Por eso y en tal sentido, el utilitarismo ofrece una perspectiva que pretende superar los defectos del individualismo.

Los principios sobre los que pivota la mentalidad utilitarista (de ingente implantación, sobre todo, en el mundo anglosajón), mesurados sus efectos en relación con el bienestar-felicidad, son los siguientes:

- Principio de felicidad: lógicamente, las acciones son adecuadas en la medida en que promueven o potencian la felicidad, e inadecuadas en caso contrario.

Este principio arrastra presupuestos necesarios como la libertad, la justicia o el derecho.

- El principio de bienestar general: las consecuencias de las acciones tienen que contri-



buir al mayor bienestar y felicidad posibles del mayor número de personas.

- El principio de sacrificio: el sacrificio no es un bien en sí mismo, sino en relación con su capacidad para reportar la utilidad a los demás.

A partir de aquí, y poniendo en relación la visión utilitarista con el régimen de la propiedad intelectual, se arguye que el progreso, con el concomitante aumento de riqueza, será optimizado si se garantizan *copyright* y patentes que incentiven la labor de autores y inventores. No se contempla si los creadores son acreedores de un derecho natural exclusivo sobre sus obras. Desde un punto de vista utilitarista, esto es irrelevante, lo único que interesa es si la propiedad intelectual fomenta el progreso<sup>44</sup>. Tal forma de proceder científico tiene, entre otros achaques, el de que el cálculo de utilidades es imposible, pues éstas no son medibles. En efecto, no es posible determinar cuándo una política maximiza el bienestar ni en qué medida, pues las utilidades son estrictamente subjetivas y no son ni cuantificables ni comparables. En este contexto, no es riguroso precisar si las patentes y los *copyrights* o los derechos de autor benefician a unos más de lo que perjudican a otros, si el bienestar que resulta de las innovaciones fomentadas por la propiedad intelectual compensa los perjuicios derivados de las restricciones a la divulgación de estas innovaciones<sup>45</sup>.

## **b) Los principios económicos atinentes a la propiedad: escasez, costes del sistema y quiebra del mercado**

Este segundo argumento está estrechamente vinculado a la ciencia económica. Desde este punto de vista, existen tres principios<sup>46</sup> económicos que son de cercana aplicación a la propiedad intelectual como institución:

### I. La escasez (*scarsità*).

Se enuncia diciendo que no hay bien o derecho de propiedad específico sobre un bien —inmaterial— si éste es tan difuso que cada cual puede servirse libremente dejando siempre una cantidad suficiente para los demás.

En economía se habla de bienes escasos cuando el uso de un bien por parte de un individuo excluye o limita el uso de este bien por parte de otro individuo o para otra finalidad. Por consiguiente, se colige que un bien es escaso cuando puede haber conflicto sobre su uso por parte de múltiples sujetos.

Pero las ideas, y ése es el punto clave, no son bienes escasos. Los objetos inmateriales no son de uso excluyente, no puede haber conflicto sobre su uso. Luego no tiene sentido que se establezcan normas éticas para evitar el conflicto, ya que no puede haber conflicto alguno con respecto a su uso.

Ocurre también que la dimensión económica de la escasez (producto inagotable) que acabamos de ver, tiene su correlativo en una dimensión jurídica: se limitan, son escasos, los derechos de acceso a la propiedad. Si bien es cierto que, según la propia naturaleza de las cosas, los bienes inmateriales ni son escasos ni, en principio, se limita su acceso a ellos, el ordenamiento jurídico se encarga de circunscribir los supuestos en que puede accederse a su propiedad (creación o título adquisitivo), con lo que está “construyendo” o, al menos, facilitando una dimensión jurídica de la escasez.

### II. Costes del sistema (*costi del sistema*)

No habrá un régimen propietario sobre un determinado bien, aunque sea escaso y tenga un valor, si los costes de mantener un sistema propietario son mayores que el beneficio aportado por el sistema mismo<sup>47</sup>. Los costes consisten en la creación y en la aplicación práctica de un determinado régimen jurídico.

Los beneficios son el aumento en la producción debido a mayores incentivos para producir, redundantes en un mayor beneficio social total. El resultado de este análisis coste / beneficio depende de la escasez y del deseo del bien, de en qué medida su producción efectivamente depende de los incentivos puestos por un régimen propietario, y de cuánto cuesta hacer eficaz un régimen así.

Este principio implica que la propiedad (intelectual) es dinámica. Se desarrolla y muda según la estructura de los posibles beneficios y

costes, que a su vez varían con la tecnología, el contexto cultural y la estructura de las muchas preferencias individuales.

### III. Quiebra del mercado (*fallimento del mercato*)

Un régimen propietario, también en caso de que sea justificado económicamente según los primeros dos principios, puede provocar una pérdida social si la distribución no ocurre en un régimen de competencia. Cuando un sujeto puede ejercer un control sobre el mercado, se comportará como monopolista limitando la producción y aumentando los precios.

En cierto sentido, cada propietario es un monopolista, puesto que el derecho de propiedad otorga el poder de excluir a los otros del empleo de un recurso deseado, y por tanto, de elevar el precio por el empleo de tal recurso; se debe valorar además el coste por la ausencia de un derecho de exclusión. A pesar de eso, en un mercado competitivo en equilibrio el propietario no puede vender un bien por un precio mayor del coste marginal de producción, o en otras palabras, del coste necesario para permitir la producción según el principio la escasez. El control del mercado solicita algo más que un simple poder de exclusión (como por ejemplo una cuota de mercado dominante con notables barreras a la entrada de nuevos sujetos).

En conclusión, las implicaciones económicas de la propiedad intelectual<sup>48</sup> son insondables. En líneas generales, la protección jurídica de la creación intelectual ha sido el fermento del desarrollo económico de los Estados. Resulta grotesco sugerir una pauta de protección que no esté inferida de los principios económicos que acabamos de exponer; en la práctica, como puede reconocer la doctrina científica, la protección de los productos de la mente tiende a ser imperfecta en sentido económico. Y lo es en el sentido de que la propiedad intelectual requiere el establecimiento de un monopolio. Esta crítica se atenúa haciendo notar que dicho monopolio se concede con plazo de caducidad, esto es, que tiene una duración temporal. Pero existe una división importante entre los

efectos de un monopolio y el funcionamiento de la protección de la propiedad intelectual. La propiedad intelectual crea solamente el derecho de excluir a otros de un producto o procedimiento determinado.

El monopolio clásico, sin embargo, supone la capacidad de excluir a otros de un mercado específico. Conlleva la capacidad de excluir otro producto o procedimiento de ese mercado específico. Y un único producto raramente equivale a un mercado.

La propiedad intelectual brinda, desde luego, una ventaja importante, pero no es un monopolio, al menos en el sentido aludido. En principio, la propiedad intelectual protege la idea, la invención, la expresión creativa, pero no la empresa (ya veremos que esto, en la práctica, no es exactamente así, sobre todo por el grado de vinculación que tiene la propiedad intelectual con la empresa). En el caso de la propiedad intelectual, el producto de la mente puede fracasar o ser superado en el mercado. En el caso del monopolio, es la empresa misma la que es objeto de protección.

## 5. LA INFERENCIA REGALISTA

Cualquier diccionario autorizado tiende a manifestar que el privilegio es una institución muy antigua que choca con el sentido general e igualitario del Derecho moderno, no obstante lo cual, todavía se reconocen algunos privilegios que de hecho son interpretados con un criterio muy distinto del que tradicionalmente se ha manifestado al respecto.

Un breve repaso histórico nos enseña que la propiedad intelectual no siempre fue reconocida<sup>49</sup>. Sólo en la Inglaterra del siglo XVII comenzó a ser atendido el *copyright* como un derecho inherente a la creación literaria, y por extensión a la creación de obras propias del intelecto. Hubo que esperarse hasta el convulso siglo XIX para comenzar a atisbar una leve internacionalización de los derechos de autor, creándose, si bien que de forma paulatina, una plataforma jurídica para el respeto de éstos en

todos los países. Como reconoce una pródiga doctrina, la extensión de la imprenta de tipos móviles en la Europa renacentista, y con ella de las nuevas ideas de erasmistas y reformadores cristianos, alarmó prontamente a la Iglesia Católica, los príncipes y las repúblicas del continente europeo. Estos utilizaron entonces la tradición legal que amparaba a los gremios urbanos feudales para controlar de modo efectivo lo publicado. El primer marco legal monopolístico era todavía un marco feudal cuyos objetivos eran el control político de la nascente faceta pública, por lo que el autor no aparecía como sujeto de derechos, sino el impresor. Ese control estatal (en parte delegado a la Iglesia y a la Inquisición en el mundo católico), allanó el camino no obstante a la aparición de las primeras patentes. Parece ser que la primera de la que se tiene constancia es una patente de monopolio de la República de Venecia de 1491 a favor de Pietro di Ravenna que aseguraba que sólo él mismo o los impresores que dictaminase tenían derecho legal, dentro de los límites territoriales de la República, a imprimir su obra. En Alemania apareció en 1501 y en Inglaterra en 1518, siempre para obras concretas y siempre como gracia real de monopolio. Una práctica ésta, la de la concesión de monopolios reales bajo forma de patente, que las monarquías europeas fueron extendiendo en distintos ámbitos como forma de remuneración de sus colaboradores.

El siglo XVII conoció distintos intentos de regulación con el objeto de asegurar a los autores literarios una parte de las ganancias obtenidas por los impresores. Ese era, por ejemplo, el sentido de las disposiciones de 1627 de Felipe IV en España. Lo que movía a esta regulación es precisamente la ausencia de monopolio del autor respecto a la obra. Dado que cualquier impresor podía reeditar una obra cualquiera, el legislador buscaba mantener los incentivos del autor obligándole a compartir una parte de los beneficios obtenidos.

La primigenia sistematización legal de un régimen más o menos conciso de propiedad intelectual configurado como tal surgió en la Inglaterra barroca de comienzos del siglo

XVIII. Es el llamado *Statute of Anne* (reconocido por el nombre del monarca en cuyo reinado se promulgó, Ana de Inglaterra), de 11 de enero de 1709. A pesar de tratarse de una regulación rudimentaria del régimen de la propiedad intelectual, su importancia vino dada porque, por primera vez, aparecían las características y elementos propios de un sistema de propiedad intelectual que fija más su atención en el que habría de ser verdadero protagonista de la tutela derivada de un auténtico sistema protector: nos referimos al autor. El mencionado *Statute*, se presentaba como un sistema de incentivos a los autores motivado por las “externalidades positivas”<sup>50</sup> generadas por su labor. De hecho su rúbrica completa fue:

• “*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*”

La regulación pretendía establecer un sistema que partía del reconocimiento al autor de una especie de “monopolio temporal universal”. No obstante, el conflicto con los impresores, habitual explotador de la obra, estaba servido; la base sólida de su argumentación estaba constituida por el hecho de que, según alegaban, una vez encargadas y recibidas las obras, los beneficiarios del monopolio deberían ser ellos y no el autor original. Nacía así el pilar de lo que más tarde sería la distinción entre *copyright* y derechos de autor. Mientras que el primero convierte la obra en una mercancía más haciendo plenamente transmisibles los privilegios otorgados por el monopolio legal, el segundo reservará derechos a los autores más allá incluso de su adjetivación patrimonial.

El derecho de autor nace arrojando los embates regalistas del poder real y la presión económica de los impresores. Con distintas formas y matices el sistema se extendía poco a poco por Europa. Dinamarca y Suecia tuvieron su primera legislación en 1741 y España en 1763, 22 de marzo, por Real Orden otorgada por el rey Carlos III, donde se disponía que “de aquí en adelante no se conceda á nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto”,

mandato que se complementó con la Real Orden de 20 de octubre de 1764, que declaraba el carácter hereditario de los privilegios que se habían concedido a los autores de libros “por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su Patria no dexan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el de imitar su buen ejemplo”. No obstante, estamos en la época de la Ilustración francesa, y el debate sobre la naturaleza de estas patentes siguió abierto. Mientras el *copyright* anglosajón propendía a homologar el privilegio con una forma más de propiedad, el derecho de autor requería una fundamentación que al final lo equiparase con un derecho natural, no nacido de una concesión real, sino directamente reclamable de forma evidente... lo cual, dado lo reciente de su aparición no era, ni mucho menos, una argumentación teórica fácil.

En la misma línea, y siguiendo otra vez las directrices de la doctrina que se ha ocupado del tema, puede decirse que pronto surgieron las primeras críticas, aunque basadas todavía en la ya periclitada escolástica medieval. Partiendo de las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino<sup>51</sup>, la llamada Escuela de Salamanca circunscribió a mediados del siglo XVIII la protección a lo que luego se llamarán derechos morales, atacando frontalmente la equiparación del privilegio real con una forma de propiedad, dado que sobre las ideas, conocimientos y conceptos no puede reivindicarse propiedad con independencia del Estado, ni la transmisión llevarse a cabo como un “juego de suma cero” como sí ocurre con la propiedad de las cosas. Además, no siendo la propiedad un derecho natural, difícilmente podría argumentarse su universalidad<sup>52</sup>. Sin embargo, y adentrados ya en la dinámica del siglo XIX, la arrasadora expansión del capitalismo y la necesidad de incentivos para mantener el acelerado desarrollo tecnológico tras las guerras napoleónicas, consolidarían la lógica de la propiedad intelectual y fomentarían el nacimiento y promulgación de las legislaciones protectoras. De hecho, la propiedad intelectual estuvo históricamente

supeditada en la práctica a las necesidades sociales de innovación.

Son los últimos estertores de un siglo productivo y decadente, que añade otro aspecto destacable, cual fue la internacionalización espontánea de los pagos a los autores por parte de los editores. Al parecer, durante este siglo XIX los autores estadounidenses recibieron más pagos de los editores británicos que de los de su propio país, a pesar de que los privilegios eran estatales y no podían ser reclamados legalmente en otros países. Parece que, como vuelve a suceder hoy en día, la parte principal de los ingresos de una obra se producían en la primera edición, lo que incitaba suficientemente a los editores británicos para pagar por acceder a los contenidos antes que sus competidores, sin necesidad de que estos hicieran valer sus privilegios legales. A pesar de ello, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*<sup>53</sup>, convocada en 1886 por iniciativa de Victor Hugo —autor de los primeros éxitos de ventas internacionales— marcó un momento decisivo en la globalización del derecho de autor al obligar a la reciprocidad en el reconocimiento de derechos a los autores por parte de los países signatarios. Aunque eran originalmente tan sólo media docena y exclusivamente europeos (EE.UU. no se sumó hasta 1989) se sentaron las bases del panorama actual.

El siglo XX fue el de la consagración de los derechos de autor y del *copyright*, así como de los demás derechos derivados de la propiedad industrial (patentes, marcas, signos distintivos, secretos comerciales, etc.). Tras la convención de Berna se funda el *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle*, actualmente hoy OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Aparecen ya las primeras sociedades de derechos como la SAE (hoy SGAE) en 1898 y las empresas tecnológicas consolidaron sobre el sistema de patentes su modelo de negocio. La segunda mitad del siglo, con el estallido del desarrollo industrial, ha conducido a la formación de un gran mercado mundial dependiente de la homologación internacional de la propiedad intelectual.

En resumidas cuentas, y centrándonos en las secuelas que impregna un sistema tal en el que el autor no tiene derecho fundado en la creación intelectual, sino concedido *ope legis* en forma de privilegio, como concesión graciosa del estado por el interés que tiene la sociedad en estimular las creaciones intelectuales y del espíritu, es indiscutible que el regalismo se remonta a las monarquías en las que el rey era el dador de derechos y prerrogativas, que, sobre todo en su fase de gestación, beneficiaron antes que a nadie a los impresores y a los editores. Está, por demás, decir que este privilegio estaba sometido a la censura del monarca quien nunca toleró obras que fueran en contra de sus intereses públicos, económicos y religiosos.

¿Qué debió de ocurrir con el sistema regalista?; ¿Cuál fue su punto de inflexión? Ante estos nuevos objetos —dirá MARCO MOLINA<sup>54</sup> refiriéndose a los bienes de la creación intelectual—, se plantea siempre a quienes “a partir de ahora hacen las leyes, dos posibilidades extremas: bien declarar la absoluta libertad de todos y cada uno para el aprovechamiento de dichos bienes —lo cual nunca se hará, porque hablamos de concepción liberal, no libertaria—, bien reconocerlos de manera absoluta y sin ningún tipo de cortapisas de la exclusiva propiedad de un único sujeto y, aunque siempre hay partidarios de esta última solución, se la acaba descartando por considerar que por esta vía se ponen en peligro otros principios del ideario liberal, como son la libertad y el fomento del progreso y de la cultura nacional.

Se opta entonces en todos los casos por una solución intermedia que es la de, reconociendo el derecho exclusivo de determinados sujetos sobre dichos bienes —normalmente, el autor de una obra del intelecto, el propietario del suelo en el caso de las minas o del predio del que manan en el de las aguas—, someter la adquisición, ejercicio y goce de tales derechos a las condiciones que, al efecto, señala el Estado”.

No se estaba lejos de pensar que, en lo particular, toda la creación del intelecto es algo superior y anterior al reconocimiento de la ley, porque en última instancia, la legislación tam-

bién es producto del entendimiento. La ley sólo debe proteger y reglamentar la creatividad como parte de la libertad y dignidad del hombre, producir valores culturales para provecho de todos.

Concluimos nuevamente con la autorizada voz de MARCO MOLINA<sup>55</sup>, para quien, en este punto, y desaparecidos, al menos sobre el papel, los últimos resabios de instituciones feudales, de “regalismo” —en expresión peyorativa de la época—, había sido necesario pronunciarse acerca del destino de esos objetos —se incide en ese tono para referir la inmaterialidad— hasta entonces no susceptibles de libre apropiación por los particulares, sino administrados por un sistema de privilegios<sup>56</sup> y concesiones emanadas del poder real<sup>57</sup>.

Hasta aquí la inferencia regalista.

## 6. ECONOMÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. MERCADO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Para la derivación kantiana, con origen en John Locke, del derecho de autor como un derecho de la personalidad, basta remitirse a las consideraciones hechas por PALMER<sup>58</sup>: “Personalidad y propiedad están, en efecto, relacionadas entre sí, según lo expresado en la declaración de Overton: a cada individuo que existe en la naturaleza, le es dada una propiedad por la naturaleza, no para ser invadida o usurpada por cualquiera: para cada sujeto considerado *himselfe*, existe una *selfe* propiedad, otra cosa podría no ser *himselfe*”<sup>59</sup>. Pero esta necesidad de los bienes de uno mismo significa ser eminentemente “auto-propiedad”, lo que representa un principio en conflicto con los derechos de propiedad intelectual<sup>60</sup>.

Respecto del utilitarismo benthamiano activado para la propiedad intelectual, dice PALMER: “Los argumentos del utilitarismo también tienen un papel que jugar en la comprensión de la moral de los derechos de propiedad. Que el hecho de que las personas sean más productivas y generen más riqueza

que pueda ser disfrutada por todos sólo puede darse cuando se cosechan los frutos de sus esfuerzos, es algo que se ha reconocido desde los tiempos de Aristóteles...

La llave de todo esto es el principio de la carestía o escasez. Sin carestía, un argumento basado en la realización de la libertad o en la búsqueda de una solución a los “juegos de coordinación” no puede generar un derecho de propiedad. Está claro que los bienes materiales son escasos y generan conflictos de uso. Es ésta carestía la que da sentido a los derechos de propiedad. Los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, no se sustentan sobre una escasez natural de bienes, sino en una “artificial, auto-creada escasez”. Esto es, la legislación o la norma legal limitan el uso de los objetos ideales de manera tal que crea una carestía o escasez artificial que, se espera, generará mayores ingresos para los innovadores. Derechos de propiedad sobre bienes corporales canalizados en su más alto valor. Las posibilidades de intercambio de títulos de propiedad transferibles significa que los titulares de derechos de propiedad reorganizan o revisan sus títulos en busca de beneficios. Sin la escasez este proceso sería innecesario. Pero el intento de generar oportunidades de beneficio por la legislación que limita el acceso a determinados bienes ideales y, por tanto, para imitar los procesos de mercado relativos a la asignación de los bienes materiales, contiene una contradicción fatal: viola los derechos a los bienes materiales, los mismos derechos legales que proporcionan las bases con las que los mercados funcionan<sup>61</sup>.

Resuenan de nuevo las intuiciones de la profesora RADIN; la propiedad intelectual, como institución jurídica, sólo alcanza sentido jurídico cuando se desenvuelve en el mercado. La propiedad intelectual, como cualquier otro tipo de propiedad, se ha deslizado hacia la empresa. Esto es, ella misma es empresa o, cuando menos, manifestación de la empresa. Desde luego y en expresión gráfica, diríamos que se trata de un matrimonio indisoluble, pero mal avenido. O, como dice, Ugo MATTEI<sup>62</sup> “la propiedad intelectual tiene una intrínseca naturaleza económica llamada a existir e intro-

ducirse tanto en el ámbito jurídico como en el económico, esto es, el derecho de autor se origina para ser puesto en inmediata circulación jurídico-económica. Es más, el derecho de autor es empresa que ha de estar en continuo contacto con otras empresas, ha de funcionar y ejercitarse como empresa y en relación con otras empresas, sean físicas, jurídicas, e, incluso, sea el Estado”.

## 7. CONCLUSIONES

Aunque con la particular cautela derivada de la complejidad de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, es forzoso declarar que ésta actúa como promoción de un equilibrio entre los intereses particulares y el interés general, y como excepción al régimen común de la propiedad.

Y ello porque, por una parte, el ejercicio de facultades derivadas de los derechos de autor conduce al establecimiento de derechos exclusivos de limitación temporal, y, de otra porque —como se ha podido leer en la dogmática nacional y foránea—, la propiedad intelectual ilustra la dimensión mítica de la propiedad, que, desde sus orígenes, ha de confrontarse con nuevas situaciones o, por mejor decir, nuevas formas de propiedad que ella misma —como institución— es incapaz de regir. Para esta misión se ha redescubierto la función social de la propiedad (intelectual); una función social que se interpone entre el sujeto-autor (propietario de las facultades derivadas de su creación) y el objeto inmaterial, auténtica “piedra de roseta” para entender la naturaleza jurídica aludida.

Y, a pesar de todo, la propiedad intelectual sigue apareciendo como la dimensión mítica de la propiedad; como un tipo de propiedad inventado por el mercado para legitimar la explotación de los derechos derivados de ella a través de la empresa. El círculo se cierra así: mientras que las facultades morales del derecho de autor siguen predicándose como derecho fundamental subjetivo —amparado positivamente por vía constitucional— dentro del

más amplio de la libertad de expresión; mientras que respecto de las facultades económicas y patrimoniales se instruye una protección a través del derecho de propiedad, también en su diseño constitucional; mientras tanto, no se ha reparado en que la articulación de un sistema de tutela como el expuesto necesita la garantía de que el legislador no va a suprimirlo, de que va a respetar tanto su función social —que delimita su contenido— como el contenido esencial, y esa garantía sólo puede ser ofrecida por la libertad de empresa en tanto

que mandato dirigido a mantener un sistema económico del que el derecho de autor no puede prescindir.

La propiedad intelectual puede ser la dimensión mítica de la propiedad; el derecho de autor, en cambio, es la concreción empresarial de la dimensión económica de la propiedad intelectual, habida cuenta de que carece de sentido su tutela y protección si no se reconoce su explotación económica en exclusiva, aunque sea por tiempo limitado o sobre bienes limitados —*scarsità*—.

## NOTAS

1. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, vol. 1º, t. III. Derechos reales (posesión y propiedad)*. 3ª ed. Barcelona, 1990, pág. 346.

2. A este respecto, al comenzar a analizar los derechos morales, dirá gráficamente OLLERO TASSARA —“Entre creación y propiedad. El problemático carácter ‘fundamental’ de los derechos del autor”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1988-1989, nº 5, pág. 133— que “el afán por superar una concepción forzosamente platónica de la actividad creativa se vio en el tiempo sustituido por otro de signo diverso: ahora el peligro era reducir tales derechos al cobro de determinados porcentajes de explotación de la obra artística. Característica al respecto es la emergencia de los llamados ‘derechos morales’, cuyo encaje en el marco de la propiedad exige aún más imaginación que la acogida de tan foránea terminología”.

3. Es el eterno debate entre monistas y dualistas, que salpicará constantemente cualquier trabajo que analice la propiedad intelectual. Una lectura programática del tema en GRECO, “Saggio sulle concezioni del diritto di autore”, *Rivista di Diritto Civile*, noviembre-diciembre de 1964, págs. 539 y ss. En nuestra doctrina, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, no sin cierta vacilación, que cree “preferible la doctrina monista: el derecho de autor es un derecho único de naturaleza mixta, pues se trata de un derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial” (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 2º, 1985, pág. 717).

4. Fijaremos nuestra atención en los trabajos de tres autores, citados por orden cronológico: en primer lugar, el atento trabajo —pretérito en el tiempo pero actual en sus planteamientos y conclusiones— de PÉREZ SERRANO, N. “El derecho moral de los autores”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 7 a 27; de aspiración sinóptica, y centrada sobre todo en el nacimiento y evolución del derecho moral, es el análisis de RAMS ALBESA, J., en “La génesis de los derechos morales de los creadores”, *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 17 a 42; por último, con su habitual percepción didáctica y razonada, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, también en *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 95 a 110.

5. PÉREZ SERRANO, op. cit., pág. 8. Como es bien sabido —continúa—, el Convenio de Berna (1886) estuvo a punto de fracasar porque los franceses querían que se hablase de *propriété littéraire et artistique*, en tanto que los alemanes insistían, por el contrario, en la expresión *Urheberrecht* (derecho de autor). Y si el escollo se venció fue merced a una fórmula híbrida e ingeniosa, pues en el artículo 1º se consignó que los Estados...se constituirían en Unión “para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

6. Ello no obsta para que se reconozca en este autor la idea de lo que para él era un derecho *sui generis* de naturaleza mixta que debe ser calificado como derecho personal-patrimonial, en el cual pueden distinguirse dos periodos: el comprendido entre la creación de la obra y su publicación, de naturaleza personal, el que se extiende de la publicación de la obra en adelante, de naturaleza patrimonial (PIOLA-CASELLI, “Tratado de derecho de autor”, en *Il Diritto Civile Italiano*, parte 4ª, UTET, sobre la propiedad, vol. III, 1907).

7. Ya que concurren en él las notas de inalienabilidad, intransmisibilidad, imprescriptibilidad, su carácter absoluto y el hecho de no ser evaluable en dinero.

8. Lo veremos luego; la propia configuración sistemática del *copyright*, que casa perfectamente con la idea, no ya de señorío exclusivo sobre la cosa, sino con la posibilidad de excluir al “no propietario” del uso y disfrute de la cosa, tolera mejor la disociación a la que nos venimos refiriendo, sin que ello conlleve una consideración espuria del concepto.

9. Se refiere, taxativamente, a JOSSERAND, L. *Cours de Droit civil Positif français*, París, 1930 (3ª ed.).

10. A pesar de las incisivas cuestiones, el propio PÉREZ SERRANO remata la monografía aseverando que “el ‘derecho moral’ constituye hoy ya —estamos justo en el hemisferio del siglo XX\*— la consagración legislativa, incluso con rango internacional, de facultades justas y espirituales que al autor corresponden en defensa de su honor y para garantía de integridad de la obra; que ese derecho se basa en supremas consideraciones de respeto a la persona y al patrimonio espiritual del autor, y también en la protección del público de buena fe contra mistificaciones inadmisibles; que por la misma singularidad o excepcionalidad de ese derecho debe moderarse prudentemente su ejercicio, para que no resulte gravemente perturbador de otros intereses igualmente respetables; que, por tanto, faltará base razonable para el ejercicio del derecho moral cuando no se den los supuestos básicos que le otorgan legitimidad, debiendo reprobarse cualquier abuso en la materia; y, por último, que, aun reconociendo primacía a los factores ideales sobre los meramente pecuniarios, no será lícito el ejercicio del derecho moral si no se indemnizan en proporción adecuada los quebrantos económicos que de él pueden surgir al invalidar derechos patrimoniales legítimamente adquiridos por terceras personas, cuya protección merece amparo frente a fantasías, caprichos o simplemente actuaciones que afectan a vínculos contractuales anteriores dignos de tutela jurídica”.

\* La aclaración temporal es nuestra.

11. RAMS ALBESA, op. cit., pág. 22.

12. A pesar de que había sido la propia Corte de Casación francesa la que se mantuvo firme en la aseveración de que la propiedad intelectual no presenta diferencias con respecto a las restantes.

13. Vid. Asunto Michel Masson v. Gaudichot, st. de marzo de 1880.

14. RAMS ALBESA, op. cit., pág. 25. Terminará diciendo —pág. 42— que “la génesis histórica de los derechos morales no nace en torno a una concepción sacral del acto de creación intelectual, pese a que por tales derroteros discurren a la postre la mayor parte de las argumentaciones, sino de la más entrañable e íntima de evitar la intromisión en la gestión de tales bienes de los consortes de los autores, algo más próximo y cotidiano. Se trata de un mecanismo de defensa que sólo manifiesta su verdadera razón de ser cuando sirve de elemento agente respecto a alguien distinto del autor pero que tiene algún derecho sobre la obra..., en tanto que para los terceros imaginables que carecen de tales derechos, las facultades morales forman parte de la propiedad, constituyen su elemento esencial, pero no pueden aplicarse y difícilmente explicarse a un no jurista, incluso también a un no jurista no familiarizado con la evolución de la propiedad intelectual”.

15. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de E. VERDERA y L. SUÁREZ-LLANOS, Barcelona, 1970.

16. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Bienes..., cit., coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, pág. 96. En contra, se muestra que hay autores (vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. op. cit., págs. 763 y 764; también, 767 a 769; en idéntico sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *Temas...*, cit., págs. 22 y 23) que quisieron ver en la Ley de 1879 y en la reglamentación de desarrollo un reconocimiento del derecho moral de autor, dado que el mismo relacionaba con la paternidad e integridad de la obra (arts. 24 y 31 de la Ley; 18, 69, 70, 85, 86, 87, 101 y 118 del Reglamento), y con su divulgación (arts. 7, 8, 20, 44 de la Ley o la retractación del autor —arts. 23 de la Ley y 93 del Reglamento—). Pero tales preceptos —dice BERCOVITZ— no implican ese reconocimiento por dos razones: la total ausencia de una referencia explícita en esos textos legales al derecho moral y por el hecho de no ser expresión del régimen propio de dicho derecho moral. Como ejemplo, se cita el conocidísimo debate en torno al “caso SERRANO”.

17. Enseña BERCOVITZ que fue determinante la oposición de EE.UU. para no incluir el derecho moral de autor en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Para evitar cualquier ápice de duda, el propio art. 9.1 de dicho acuerdo excluye expresamente de su ámbito de aplicación el contenido del citado art. 6 bis). Vid., a este respecto, DWORKIN, G. *The moral right of author*. Congreso de Amberes, 19 a 24 de septiembre de 1993, págs. 84 y ss.



Más tarde, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor incorpora plenamente el contenido del Convenio de Berna, sin exclusión de los derechos morales.

18. A juicio de BERCOVITZ —op. cit., págs. 101 y 102— esa identidad o identificación entre sujeto y objeto, en el sentido de que ambos se univocan, es lo que quería reflejar DE CASTRO al hablar de bienes (y no de derechos) de la personalidad. De igual parecer, LACRUZ BERDEJO (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4º, págs. 33 y ss.).

19. Volveremos sobre este punto. Bástenos decir ahora que el doble aspecto, patrimonial y personal, de la obra como objeto de derechos, entre otras razones, justifica la extensión de la tesis dualista, según la cual el autor es titular de dos derechos distintos: el derecho moral de autor, cuya naturaleza lo asemejaría a un bien o derecho de la personalidad, y el derecho de propiedad intelectual *senso stricto*, que tendría naturaleza patrimonial. A partir de aquí, todo autor que se aventure a estudiar la propiedad intelectual parece avocado a determinarse por una de las dos posturas.

Lo explica bien PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS —op. cit., pág. 717— quien, después de optar por la tesis monista, declara que “las facultades patrimoniales del autor no constituyen por sí un derecho distinto y diferenciado, un derecho apartado, del otro derecho, el derecho moral, que estaría constituido sólo por las facultades personalísimas. Facultades personalísimas y facultades morales integran —repetimos— el contenido de un único derecho, de un derecho unitario. Por eso mientras el no ejercicio de las facultades de un derecho patrimonial transmitido sobre la obra puede determinar, para su titular, la pérdida de ese derecho por prescripción, no cabe, en cambio, que el autor pierda por prescripción su pretendido derecho patrimonial autónomo; las facultades económicas son sólo parte de las facultades del derecho único e *in facultatibus non datur praescriptio*. Pero ciertamente el complejo de facultades patrimoniales adquiere una cierta individualización, manifiesta en la renuncia, la transmisión y el embargo independientes”.

Un intento de superar este constante desacuerdo es el trabajo de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que venimos utilizando en este y en el anterior epígrafe. Como él mismo reseña, no acude a tomar posición en el debate sobre dualismo o monismo porque la tesis que pretende defender es compatible con ambas construcciones. Dado que las soluciones que aporta están íntimamente superpuestas sobre planos privados-civiles y públicos-constitucionales, nos remitimos a nuestro estudio *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, inéd.

20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., págs. 107 y 108.

21. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 108.

22. Existen más que serias y cerradas dudas sobre el carácter exclusivamente patrimonial de este derecho. Antes bien parece estar a caballo entre una facultad y otra.

23. Como muestra, STS de 11 de julio de 2000.

24. Algo parecido ocurre con la regulación y protección del derecho (moral) de los autores en ordenamientos de tan calado “sabor” a *Common law*. En este sentido, la doctrina (para el caso, YZQUIERDO TOLSADA, “¿Existe protección del derecho moral de autor en el sistema norteamericano?”, *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 231 y ss.) remarca que las reticencias que un país como EE.UU. mostró para aceptar la Convención de Berna —ratificada ¡102 años después de su aprobación!— provenían del amplio reconocimiento que se dispensaba a los derechos morales. No obstante, en descargo de EE.UU. hay que apuntar, como hace YZQUIERDO TOLSADA —op. cit., pág. 232—, que ello no suponía total carencia de protección o protección exclusivamente ligada a los derechos pecuniarios, porque, primeramente, los instrumentos de la responsabilidad civil extracontractual proporcionan frecuentemente buenas respuestas en un país en el que las exageraciones del *law of torts* están a la orden del día. Y segundo porque desde hace algunos años aquel país viene contando con concretas leyes —integradoras de la protección moral y patrimonial— que se ocupan de la protección de determinadas facultades.

\* Un buen repaso a este asunto, además de en la obra recogida, en GINSBURG, J. C. y KERNOCHAN, J. M. “Ciento dos años más tarde Estados Unidos se adhiere a la Convención de Berna”. *Revista Internacional de Derechos de Autor*, nº 141, 1989.

25. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 110, *in fine*.

26. PALMER, T. “Are patents and copyrights morally justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, number 3, 1990.

27. Reproducimos aquí la cita: RADIN, M. J. “Proprietà e ciberspazio”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, marzo de 1997, págs. 89 y ss., trad. al italiano por Anna VENEZIANO.

28. RADIN, op. cit., págs. 89 y 90: “Existen dos contrastantes modos de ver la propiedad que son difíciles de conciliar entre sí. Respecto al primero, modelo que podríamos llamar ‘no mercificado’, se revela a descendientes intelectuales no muy lejanos de Immanuel Kant, y, menos vecinos, de John Locke. En esta óptica se habla de valores basados sobre el ideal del desarrollo humano. Siempre en esta óptica, la propiedad es un derecho natural ya que es necesaria para la auto-constitución de la persona y de la libertad humanas.

El otro modelo en cambio —que podríamos llamar ‘mercificado’— aparece como compañero de viaje del movimiento de análisis económico del Derecho y cercano a descendientes intelectuales no muy lejanos de Jeremy Bentham. Se razona aquí en términos de valores de cambio del mercado y de la reducibilidad de cada valor a una escala mensurable. Los derechos de propiedad son creados por el soberano, por las autoridades constituidas, y no por imperativo moral. La función de tales derechos pretende maximizar el bienestar colectivo de la sociedad, la felicidad, la satisfacción de las mismas preferencias, la riqueza”. Traducción nuestra.

29. La idea misma de los “derechos humanos” parte de una concepción naturalista o de “derecho natural”. Son como “derechos naturales” que nacen con la persona por el mero hecho de ser: de hecho, según la ley española, los derechos de autor nacen del acto mismo de la creación. Esta idea de derechos que nacen con la persona es realmente misteriosa. Una reiterada literatura, un tanto retórica, nos ha familiarizado con esta idea y, de hecho, la aceptamos como algo también natural. Pero si hay algo que no es “natural” son los derechos. Todos ellos son productos históricos y resultado de la lucha por la dignificación de la vida humana. Cuando la Constitución española, por ejemplo, dice que “se reconocen y protegen los derechos”, está basándose en una presunción naturalista de los derechos, como algo preexistente que el texto constitucional se limita a reconocer. Pero, en realidad, esta retórica oculta el hecho de que son derechos construidos por la dinámica social, por las luchas de diferentes sectores sociales como parte de ese esfuerzo por dignificar la existencia humana. En definitiva, son creaciones humanas, creaciones históricas.

30. Extraído de *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, PIZARRO MORENO, E., inédita, habrá próxima publicación en ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

La dificultad intrínseca de toda configuración jurídica del derecho de los creadores estriba, sobre todo, en esa naturaleza dual que lo hace parecer como un derecho capaz de bifurcar su núcleo en una serie de facultades de diversa índole: personal y patrimonial. Ambos aspectos han de ser tomados en consideración para articular cualquier tipo de reconocimiento y protección del derecho derivado de la creación. No obstante, dicha dualidad no se comprende sin que partamos de la base de que el proceso de objetivación —llamado también reificación o extrinsecación material— de la creación ha de ser contemplado desde dos perspectivas, que vemos seguidamente. En ambas, el proceso de creación intelectual o de reificación responde al mismo esquema productivo.

31. Por todos, ULMER, E. op. cit., o STRÖMHOLM, S. *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockholm, 1967, t. I, première partie.

32. “Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks”, *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, Seiten 403-417, en *KANT's gesammelte Schriften, herausg. Von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VIII, págs. 79 y ss.

33. MARCO MOLINA, op. cit., págs. 159 y ss.

34. “Ein Buch ist eine Schrift... welche eine Rede vorstellt, die jemand an das Publikum halt” (*Metaphysische Anfangsgründe...* pág. 289). A partir de aquí, y salvo excepciones que serán debidamente señaladas, omitimos la transcripción literal de las notas a pie de página de la profesora MARCO MOLINA.

35. Parece ser que FICHTE, J. G. (*Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I, 1, págs. 407 y ss.) había llegado a conclusiones similares partiendo de razonamientos distintos, de lo que se congratulaba.

36. *Id.* pág. 290 (sic).

37. “...gerit se mandatarium absque mandato” (*id.* pág. 290; vid. también el artículo de 1785, pág. 80). Sic.

38. KOHLER se lamentaba de que casi todos los “germanistas” —en concreto, BLUNTSCHLI y BESELER— hubiesen adoptado la construcción personalista del derecho de autor. También von GIERKE (op. cit., pág. 764) y, en nuestros días, STRÖMHOLM identificaban la tesis personalista de aquel momento con la corriente “germanista” (op. cit., pág. 251).

39. Pese a todo, MARCO MOLINA (op. cit., págs. 162 y 163) remarca la idea de que tanto la expresión “angeborenes Rect.” (“Derecho innato”) como la expresión “persönliches Rect.” (“Derecho de la personalidad”), ambas usadas por KANT, están empleadas en sentido hiperbólico; la primera, con el objetivo de recalcar el carácter originario del derecho del autor y por oposición a la idea de concesión graciosa o privilegiada; la segunda, está más lejos aún de evocar la idea del derecho sobre la obra intelectual como derecho de la personalidad. “Nos parece que, antes bien, en consonancia con la particular concepción de KANT sobre las relaciones entre autor y editor, se estaría designándolo como derecho personal o de crédito. Partiendo de que quien imprime el libro sin el beneplácito del autor hace hablar a éste contra o sin su voluntad, lo que KANT pretende señalar es que nadie tiene derecho a arrogarse esa conducta concreta del autor sin su consentimiento; y, sobre todo, no lo tiene el adquirente del libro o singular ejemplar de la obra. De manera que, si éste, prevaliéndose de las prerrogativas derivadas de su derecho de propiedad sobre dicho ejemplar, lo reimprime, está lesionando el derecho —personal— del editor, que sí ha obtenido, en cambio, derecho a dicha conducta del autor, por la única vía legítima al efecto: el contrato celebrado con el mismo”.

40. MARCO MOLINA, op. cit., pág. 164.

41. LOCKE, J. *Two Treatises of Government*, London, 1978.

42. Principio que, para la propiedad intelectual, queda perfectamente apostrofado en tal forma: “Cada individuo se percató de su propia condición y forma, e incluso de la existencia de sus miembros y de su cuerpo, viéndolos y sintiéndolos. Esto constituye su noción de la identidad personal, tanto para él como para los demás; y es imposible concebir —es de hecho una contradicción afirmar— que los miembros y el cuerpo de un hombre no le pertenecen, pues las palabras “le”, “a sí mismo” y “su cuerpo” remiten a la misma cosa material. En la medida en que aprehendemos la existencia de nuestros propios cuerpos percibiéndolos, y en la medida en que percibimos los cuerpos de los demás, tenemos precisamente razones análogas para creer en la individualidad o identidad de otras personas, así como para creer en nuestra propia identidad. Las ideas expresadas por las palabras “mío” y “tuyo”, aplicadas al producto del trabajo, son entonces simplemente una prolongación de las ideas de identidad personal e individualidad”. T. HODSKIN, “The Natural and Artificial Right of Property Contrasted”, citado en Tom PALMER.

43. Esta elaboración teórica está explicada, junto con las consecuencias que desencadena, en la doctrina anglosajona: “If Locke’s theory of private property is the most well-known, the utilitarian justification for private property is the most influential. Bentham’s mandate to seek the greatest good for the greatest number supplies the basic utilitarian principle. The measure of the goodness of any social regime—the domain name system, for instance—is its relative ability to enhance aggregate social welfare, where welfare is defined exclusively in terms of utility. The utilitarian rule is simple: we should grant private property rights to someone if doing so would increase overall societal welfare more so than other alternatives.

Utilitarianism underlies much of American intellectual property law, with roots as deep as the U.S. Constitution, which empowers Congress to establish copyright and patent protections “[t]o promote the Progress of Science and useful Arts.” This clause has been read by the Supreme Court as endorsing a view that copyrights and patents are granted to enhance the “public welfare.” Thus, the law grants copyrights and patents in order to spur the production of creative works and inventions, respectively, fearing that without property rights in the intangible creation, there would be little incentive to create because of people free-riding on the creator’s work. A similar explanation is offered for trademarks: a manufacturer would not invest in a brand if competitors could borrow the brand name at will, thereby reducing the incentive for the manufacturer to supply goods of a consistent quality. The utilitarian account rests on a central empirical claim; namely, that awarding property rights in intangible products will substantially increase the creation of such products”. CHANDER, A. “The new, new property”, *Texas Law Review*, vol. 81, nº 3, febrero de 2003.

44. ESPLUGAS BOTER, A. “El monopolio de las ideas: contra la propiedad intelectual”, Madrid, 2003.

45. Ideas que pueden encontrarse, en líneas generales y por todos, en PALMER, T. “Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach”, *Hamline Law Review*, 1989.

“El argumento económico es el siguiente: garantizar a autores e inventores derechos exclusivos sobre sus obras incentiva la creación, esto es, los autores y los inventores tienen incentivos para crear porque sólo ellos acapararán los beneficios de explotación de su obra. Si no se les concediera este monopolio legal, si no se les asegurara la obtención de los ingresos por la comercialización de su obra, entonces carecerían de incentivos para crear... Por tanto, sin propiedad intelectual, los incentivos se reducirían y, en consecuencia, el progreso se resentiría gravemente. Habría menos obras y menos inventos. La conclusión utilitarista es que la propiedad intelectual instituye incentivos para fomentar el progreso, para maximizar la riqueza, razones por las cuales hay que instituir la y protegerla”.

46. RADIN, op. cit., págs. 96 a 101. Un análisis más ajustadamente iusprivatístico en MATTEI, U. *La proprietà*, Torino, 1997, págs. 45 a 61.

47. Extraído de Harold DEMSETZ, “Toward a Theory of Property Right”, en *American Economic Review*, trad. propia, nº 57, mayo de 1967, págs. 347 y ss.

48. Una visión general muy completa de estas implicaciones en SHERWOOD, R. M. *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, trad. por Horacio SPECTOR, Buenos Aires, 1992.

49. Un adecuado recorrido histórico en RODRÍGUEZ TAPIA, M. “Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, tomo 39, fascículo III, (julio-septiembre), págs. 885 y ss.

La mayoría de los datos y referencias históricas sobre la propiedad intelectual vertidas en este punto se extraen de la *wikipedia*, *free license*.

50. Conviene, una vez más, respetar el texto original; esta vez, de Ugo MATTEI —op. cit., pág. 78—: “Nei beni immateriali, il problema delle esternalità si presenta più netto che negli altri beni mobili, perché sorgono problemi relativi all'estrema difficoltà de escludere gli altri dal godimento e di conseguenza le regole giuridiche elaborate, con a mente i beni materiali, sono difficili da piegare, per venire incontro alle esigenze particolari di beni, che presentano queste caratteristiche economiche. Quella separabilità piena, che giustificava sul piano economico la protezione idiosincratca dei beni mobili materiali nell'ambito del godimento, non si riproduce interamente in quest'ambito”.

En efecto, el problema de las externalidades para la propiedad de los bienes inmateriales es sustancialmente distinto que el planteado respecto de las externalidades del derecho de propiedad sobre bienes materiales. En este caso, el conflicto surge de las tremendas dificultades que se plantean para excluir, en el caso de los bienes inmateriales, a los demás del goce exclusivo sobre los bienes.

En lo que atiene a las “externalidades”, puede decirse que el tema viene resuelto con arreglo al criterio... según el cual, los recursos deben ser distribuidos de forma tal que se consiga la internalización de todos los costes sociales. Con lo que se concluye en la obvia afirmación de que el único modo posible de internalización será a través de la asignación de recursos en régimen de propiedad privada (vid., en tal sentido, PAZ-ARES, C. “La economía política como jurisprudencia racional”, en *ADC*, núm. 34, 1981, págs. 640 y 641.

51. El término que se utilizó como punto de partida fue el curioso neologismo “suidad”, del que las enciclopedias jurídicas resaltan que (del latín *suitas*) es un sustantivo abstracto, derivado del adjetivo-pronombre posesivo “*suus, sua, suum*”, que, aunque intuido apenas por SANTO TOMÁS DE AQUINO, acuñó el teólogo y jurista navarro Antonio Pérez (1599-1649), desarrollando una ingeniosa reflexión del también jesuita y Cardenal Juan de Lugo (1583-1660), quien, para explicar el concepto de justicia, a partir de la famosa definición de Ulpiano (“*Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*”), decía que la clave estaba en determinar qué era “lo suyo”.

La “suidad” sería el especial vínculo o nexo preferente entre dos personas o entre una persona y una cosa, que le otorga a dicha persona una preferencia en el trato con la otra persona o en el uso de una cosa respecto a todos los demás (“*erga omnes*”). Dicho vínculo puede ser de muchos tipos y puede tener su origen o causa en muchos y diversos hechos; un tipo de suidad es, sin duda, la propiedad, pero hay otros tipos, como, por ejemplo, la especial relación que hay entre un padre o una madre y un hijo, que es de “suidad” (porque es “su” padre o “su” madre), pero no es una relación de propiedad.

La teoría de la “suidad” resulta especialmente útil y clarificadora para explicar la propiedad intelectual, que, por un lado, tiene un conjunto de derechos patrimoniales (de explotación de la obra), por lo que se dijo que se parecía a la propiedad, pero, por otro lado, su núcleo primigenio nació mucho tiempo antes de que pudiera hacerse una explotación masiva de la obra, alrededor de los mal llamados “derechos morales” y, sobre todo, del derecho al reconocimiento de la autoría, que es más parecido al derecho —y a una relación— de paternidad o (maternidad), que de propiedad. Por eso siempre se ha dicho que la propiedad intelectual era una propiedad especial, porque no se trata exactamente de una propiedad, sino de una “suidad”. Por la misma razón, se puede decir que es un derecho de paternidad (o maternidad) especial.

52. En contra, puede verse el pensamiento de John LOCKE.

53. Aunque se haya hecho antes alguna referencia puntual al respecto, conviene recordar los que han sido principales hitos normativos a nivel internacional:

a) El Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, ratificado por el Estado español el 5 de septiembre de 1887. Su herencia principal fue la constitución de la Unión internacional para la protección de obras literarias y artísticas. A lo largo de su vigencia ha sufrido varias modificaciones, destacando la que tuvo lugar el 24 de julio de 1971 en París, sien-

do ratificado por España el 2 de julio de 1973 (Boletín Oficial del Estado —BOE— de 4 de abril y de 30 de octubre de 1974).

b) El Convenio Universal de Ginebra sobre derecho de autor, de 6 de septiembre de 1952, ratificado por el Estado español el 22 de abril de 1954, BOE de 25 de agosto de 1955, que, sin llegar a derogar el Convenio de Berna, es de aplicación preferente en caso de discrepancia o divergencia entre ambos. Este Convenio fue revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por el Estado español el 7 de marzo de 1974 (BOE de 15 de enero de 1975).

c) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), anexo al Acuerdo de Marrakech de 1994, que establece la Organización Mundial del Comercio, ratificado por España ese mismo año, referido tanto a la propiedad intelectual como a la industrial. Significativo es que los miembros firmantes se comprometen a respetar y aplicar el Convenio de Berna, excepto en lo que se refiere al derecho moral.

d) Citamos por último dos Tratados de la OMPI, acordados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra en diciembre de 1996, se ocupan, uno, del derecho de autor, y, otro, de determinados principios relacionados con la interpretación o ejecución de artistas y productores.

e) En el ámbito de las Directivas europeas centradas en el derecho de autor, destacamos: la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; por su importancia también, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual; la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Declaración de la Comisión sobre el artículo 2 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

54. MARCO MOLINA, op. cit., págs. 184, *in fine*, y 185.

No muy lejos estaban ya los tiempos en que “el conocimiento representa a la gran propiedad, aquélla que coloca a su titular en una posición dominante; la propiedad que sitúa a los que detentan, como se ha dicho, en condiciones de prosperidad. Pero este conocimiento es exclusivo y excluyente: exclusivo, porque requiere contar con los medios adecuados para su producción y gestión; y excluyente, porque no permite el acceso al mismo de los que no tienen tales medios. Se puede afirmar, en consecuencia, que lo que sitúa a una determinada sociedad, a un país concreto, en condiciones de desarrollo, no son sus recursos naturales, tampoco el trabajo de sus hombres y mujeres, sino su posición respecto del conjunto de conocimientos que son, hoy más que nunca, herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad económica y el progreso social”. Son palabras de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., “Una reflexión sobre el conocimiento”, en *Abarrotes. La construcción social de las identidades colectivas en América Latina*, 1ª ed., Murcia, 2006, 417 y ss.

55. MARCO MOLINA, op. cit., pág. 184.

56. En apoyo de esta idea cita la autora, a quien seguimos, como ejemplo significativo y palpable de “tránsito de una concepción a otra, la disposición sobre obras literarias inmediatamente anterior a la Ley de 1847, el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834, que habla simultáneamente ‘De la propiedad y privilegios de los autores y traductores’ (Título IV)”.

57. Se citan ahora los Títulos 15, 16 y 17 del Libro VIII de la “Novísima Recopilación”... También, los Títulos 18, 19 y 20 del Libro IX de la misma, reguladores de las “minas”. Las “aguas”, que tanta importancia legislativa adquieren después, no aparecen, en cambio, como objeto especial en las normas sistematizadas en los títulos y libros de la “Novísima Recopilación”.

58. PALMER, T. op. cit., págs. 864 y 865.

59. En su original anglosajón: “Personality and property are indeed related, as expressed by Richard Overton’s statement: “To every Individuall in nature, is given an individual! property by nature, not to be invaded or usurped by any: for every one as he is himselfe, so he hath a selfe propriety, else could he not be himselfe”. But this necessity of property for one to “be oneself” means preeminently self-ownership, which is a principle in conflict with intellectual property rights.

60. Las traducciones de los textos son nuestras.

61. “Utilitarian arguments also have a role to play in understanding the moral grounds of property rights. That people will be more productive and will generate wealth that can be enjoyed by all only when they can reap the rewards of their efforts is certainly true and has been recognized at least from the time of Aristotle’s criticism of communism. The key to all of this is scarcity. Without scarcity, an argument based either on the realization of freedom or on finding a solution to coordination games cannot generate a property right. Tangible goods are clearly scarce in that there are conflicting uses. It is this scarcity that gives rise to property rights. Intellectual property rights, however, do not rest on a natural scarcity of goods, but on an “artificial, self created scarcity.” That is to say, legislation or legal fiat limits the use of ideal objects in such a way as to create an artificial scarcity that, it is hoped, will generate greater revenues for innovators. Property rights in tangible goods channeled them into their most highly valued uses. The possibility for exchanging transferable property titles means that holders of property will constantly rearrange the titles in search of profits. Without scarcity this process would be unnecessary. But the attempt to generate profit opportunities by legislatively limiting access to certain ideal goods, and therefore to mimic the market processes governing the allocation of tangible goods, contains a fatal contradiction: It violates the rights to tangible goods, the very rights that provide the legal foundations with which markets begin”.

62. MATTEI, U. op. cit., pág. 102.

Fecha de recepción: 21 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 05 de mayo de 2009