

Responsabilidad por Lesión del Derecho de Autor.

Algunas Consideraciones Preliminares

Renzo E. Saavedra Velazco*

“Por una mirada, un mundo; por una sonrisa, un cielo; por un beso... yo no sé qué te diera por un beso”.
Gustavo Adolfo Bécquer

1. Premisa.

«Veni, vidi, vici»¹ fue el escueto comentario que presuntamente habría empleado el general y cónsul romano Julio César para poner en conocimiento del senado romano su victoria sobre Farnaces II en la batalla de Zela acaecida en el año 47 a. C. El aludido parte de guerra, fuera de su pasmosa brevedad, tenía, como nos parece obvio, tres claras intenciones: la primera de ellas era recordarle al Senado su extraordinaria destreza militar (recordemos que en esos años aún se encontraba en plena guerra civil contra Pompeyo); la segunda, no menos importante que la anterior, al menos a nivel simbólico, era manifestar su oposición al senado patricio; y, en último lugar, pero tal vez la lectura más clara de todas, era exponer la claridad aplastante de su victoria.

En no pocas oportunidades a lo largo de nuestras vidas encontramos circunstancias y/o afirmaciones que nos permiten percibir una idea similar a la antes descrita, esto es, que a partir de vivencias y/o momentos, por más efímeros que estos sean, se pueden condensar no sólo una multiplicidad de trascendentes mensajes sino, y esto es acaso lo más importante, grandes verdades. Estas verdades pueden incluso llegar a

definir nuestra vida o a cambiar radicalmente su dirección, evidenciando con ello no sólo lo importante de las situaciones que nos brindaron la ocasión de aprehenderlas sino que también explican porque las mismas tienen un lugar muy especial tanto en nuestras memorias cuanto sobre todo en nuestros corazones.

Recordamos con particular emoción el momento en que leímos por vez primera una frase de Oscar WILDE que condensa la idea que deseamos transmitir: «[a] veces podemos pasarnos años sin vivir en absoluto, y de pronto toda nuestra vida se concentra en un solo instante», la cual, como no puede ser de otra manera, es susceptible de ser interpretada de muchas maneras distintas y todas ellas creemos nos brindan un mensaje en el que debiéramos meditar de cuando en cuando. Nos explicamos. Esta frase nos evoca pensamientos que sólo pueden ser descritos con la palabra inglesa serendipity², así como también aquel momento que sólo puede ser calificado como una epifanía o bien, para ser un poco más claros y no tan metafísicos, al simple hecho –tan fácil de constatar en nuestros días– de que las personas empleamos el tiempo no para vivir sino meramente para sobrevivir; vale decir, el tiempo se torna meramente en la sumatoria de los días transcurridos desde nuestro nacimiento y nunca

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura. Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi. Especialización en el Programa Latinoamericano de Law & Economics. Resulta por demás común la errónea enunciación de este conocido comentario de Julio César, en el que se altera, sea el verbo inicial «venire», sea el verbo final «vincio», o bien en otras ocasiones ambos verbos latinos.

1 De ello se deriva que muchos de nosotros hayamos oído esta frase como «vini, vidi, vinci» (sic), casi como si quisiéramos castellanizar el verbo latino «venire» (para transformarlo en «venir» y de allí hay solo un paso para decir «vine») e italianizar el verbo «vincio» (para transformarlo en «vincere» y el paso para decir «vinci» es por demás sencillo).

2 El término hace alusión a un feliz coincidencia y/o acontecimiento inesperado, el cual, según se afirma, fue acuñado alrededor del año 1754 por Horace Walpole debido a un cuento persa llamado «Los tres príncipes de Serendip» (nombre árabe de la isla de Ceilán que en la actualidad se llama Sri Lanka) en el que los personajes principales resuelven sus problemas debido a afortunadas coincidencias.

se lo vincula con el disfrute de cada uno de esos días, con todas sus complejas variables. El sobrevivir, por contraposición al auténtico «vivir», no puede ser descrito en mejores términos que los elegidos por Antoine de Saint-Exupéry en su obra "El principito" cuando el personaje principal sostiene que conoce a un hombre que «[n]unca olió una flor. Nunca miró una estrella. Nunca amó a nadie. Nunca hizo nada más que cuentas. Y todo el día repite como tú: "¡Soy un hombre serio! ¡Soy un hombre serio!" y eso lo infla de orgullo. Pero no es un hombre, ¡es un hongo!».

Ovidio, por su parte, en su *Ars Amatoria* nos enseña que «[m]ucho amor germina en la casualidad: tened siempre dispuesto el anzuelo, y en el sitio que menos esperéis, encontraréis pesca». La idea nuevamente se centra en vivir o en cómo ciertos momentos, si bien inesperados, pueden convertirse en memorables o, en fin, en las diversas enseñanzas que se pueden extraer de tales momentos.

No podemos proseguir sin explicar el sentido de estas palabras iniciales, las cuales no sólo se encuentran dirigidas a preparar al lector para lo que será objeto de análisis en el presente trabajo, sino fundamentalmente para permitir a quien las escribe expresar de una manera, más o menos implícita, una enseñanza recibida de una persona por la que siente el mayor de los agradecimientos (sin mencionar un gran cariño) y por ende incorporar a su obra una cuota de su propia personalidad.

Iniciamos estas líneas recordando una famosa frase como la de Julio César cuya interpretación, un tanto más literal, se podría sintetizar de la manera siguiente: la seguridad de quien al detectar lo que debe hacer (de acuerdo a sus propios deseos, planes y/o aspiraciones) actúa conforme a ello para conseguirlo, sin tener mayores dudas sobre lo que quiere y de cómo lo obtendrá. Si esta idea ha subsistido por casi dos mil años es porque algo de verdad reside en ella o cuanto menos resulta evocadora sobre un aspecto más importante que el de una simple victoria militar, o eso es lo que nos gustaría pensar. Entonces, si esta idea de la seguridad en la búsqueda y/o obtención de lo que se quiere puede predicarse en un aspecto carente de un espíritu constructivo, ¡Con cuanta mayor razón debería aplicarse a aquellos aspectos de nuestras vidas en que el afán de crecimiento resulta innegable!

Cabe destacar, y aquí dejaremos –al menos en esta oportunidad– la exposición de las ideas desarrolladas en los párrafos precedentes, que todo lo anterior tiene una enorme vinculación con lo que es objeto del presente artículo: los derechos de autor y más en específico, la responsabilidad por su lesión. En efecto, para la redacción de estas líneas se han empleado

una multiplicidad de frases atribuibles a una serie de ilustres personajes de la historia de la humanidad, frases en las que sus respectivos autores (entendido aún en sentido lato) han incorporado parte de su propio pensamiento y sentir; asimismo, luego de leer estas frases, hemos intentado darles una impronta específica a su interpretación y a la manera en que se enlazan entre sí para lograr un objetivo, así como para impregnarle nuestra personalidad a tal esfuerzo creativo.

Antes de entrar de lleno al análisis del objeto del presente estudio, sólo nos resta subrayar que la vida esta llena de sorpresas y tal vez el contenido de estas líneas lo sea para muchos, sobre todo porque se encuentra en un artículo jurídico, pero no por ello debe negársele un merecido espacio, en especial en el presente caso donde, por azares del destino, preparación y oportunidad se han conjugado en la dosis adecuada para que estas líneas vean ahora la luz. Decimos ello porque las presentes líneas fueron escritas algunos años atrás, y sólo ahora creemos que es el momento adecuado para que ojos distintos a los nuestros las lean. Somos de la opinión que ello, precisamente, demuestra uno de los pilares más importantes del derecho (moral) de autor. Es por esta razón que no se podrá comprender a cabalidad la configuración de la responsabilidad civil en esta rama del derecho si es que no se analiza en primer término, el interés que se tutelará y al cual están dedicadas las siguientes páginas.

2. Configuración, Contenido y Manifestaciones del Derecho de Autor.

El Derecho de autor es, fuera de cualquier duda, uno de los campos del derecho que es afectado con mayor frecuencia y profundidad por el descubrimiento o desarrollo de una nueva tecnología. Tal influencia no sólo atiende a la diversidad de medios que pueden ser empleados por los individuos para la creación intelectual sino que también, y de un modo un tanto contradictorio, son estos mismos medios que impulsan la creatividad los que nos permiten afectar las obras de otros individuos.

Se ha recorrido un largo itinerario³ desde el otorgamiento, en la segunda mitad del siglo XV, de los primeros privilegios (básicamente vinculados a la impresión) a los editores y autores, todo ello en atención al reconocimiento de los gastos y esfuerzos que implicaba la creación y/o difusión de los libros⁴. A tal efecto, se les atribuyó una titularidad que a la larga significaba que podían determinar si brindaban su aprobación para su publicación. En cambio, en nuestro tiempo el reconocimiento de facultades a quienes se constituyen como autores de determinada obra es de muy variada naturaleza puesto que ya no se limita

3 Si bien habría que reconocer que en tiempos más antiguos había cierto grado de reconocimiento sobre las creaciones, aunque por lo general ello era un sentido más bien restringido y vinculado al aspecto de la paternidad. A ello cabría agregar que esto se explicaba tanto por la superposición entre la posesión de la creación y la titularidad sobre el derecho abstracto sobre dicha creación, cuanto porque en esos tiempos la reproducción en masa de una creación resultaba impensable y por ende económicamente los creadores recibían una mayor compensación a lo que se conjugaba un reconocimiento social anexo a la trascendencia de su creación.

4 Cfr. RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, 11ª. edición, tercera reimpression, Jovene, Nápoles, 1997, pp. 177–178.

únicamente al reconocimiento de la paternidad o a la publicación o difusión sino que alcanza hipótesis como la no-mutilación o alteración de la obra. Tales supuestos lesivos, en nuestra opinión, cobran en el contexto actual tal vez mayor importancia precisamente por el empleo de la tecnología para transmitir información.

Sin embargo, son estos primeros reconocimientos los que generaron⁵ (o acaso sólo tornaron perceptible) una dualidad en la titularidad de quienes se constituían en creadores intelectuales. En efecto, y dejando por el momento la discusión acerca de la configuración del derecho de autor, la doctrina admite sin mayores reparos que existen tanto elementos de patrimonialidad cuanto elementos de carácter no-patrimonial en la titularidad asignada a los autores. Resulta sintomático de esta idea, al menos para nosotros, que las primeras manifestaciones a nivel histórico de tutela jurídica (o, si se quiere, de reconocimiento de intereses relevantes) se constituyeran respecto de la paternidad de la obra. Empero, a renglón seguido habría que admitir que la razón por las que se dispensaba tal protección guardaba estrecha relación con el impacto patrimonial que podría significarle al autor.

La tutela que se otorga al aspecto no-patrimonial del derecho de autor se explica en tanto que la obra se erige como una extensión o reflejo de la personalidad del autor⁶ y por ende resulta, en este extremo, una situación jurídica semejante a aquellas que tutelan la vida, la libertad, el honor, la salud, etc. Vale decir, debido a que la creación intelectual incorpora en sí misma a la personalidad de su autor (incluso llegando a identificarse con ella)⁷ merece por tal circunstancia una protección especial con absoluta prescindencia de la existencia de un beneficio económico anexo a dicha titularidad o a su explotación.

La exacerbación del elemento no-patrimonial devino en la creación de aquella tesis según la cual dicho elemento resultaba del todo prevalente mientras que el elemento de cariz patrimonial se erigiría como eventual o a lo sumo complementario. Al interior de esta corriente de opinión se encuentra la teoría monista propuesta por GIERKE, la denominada *Urheberpersönlichkeitsrecht* (o derecho de la personalidad del autor), que sugería –en atención al momento genético de la obra– una inescindible relación entre la personalidad del autor

y su creación, llegando a confundir la génesis con la existencia misma de esta⁸.

Ahora bien, en lo que respecta al elemento patrimonial del derecho de autor se ha intentado explicarlo sea como un derecho de propiedad⁹, sea como un derecho a tener un monopolio¹⁰ o bien como un derecho sobre un bien inmaterial¹¹ diverso a la personalidad del autor.

Por su parte, en la tradición del common law la construcción de una tutela dirigida a las creaciones intelectuales tuvo un punto de partida distinto puesto que los alcances del copyright tiene como propósito asegurar a su titular todas las ventajas o beneficios de carácter económico que puedan ser susceptibles de apropiación. A fin de lograr tal propósito garantiza una explotación exclusiva de dicha titularidad, si bien lo hace sólo por un periodo limitado.

Como es por demás conocido en nuestro sistema jurídico se ha acogido la teoría dualista, que admite la naturaleza plural del derecho de autor en atención a sus elementos patrimonial y no-patrimonial, lo cual se observa en la propia redacción del artículo 18¹² del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el derecho de autor (en adelante, la "Ley").

En virtud del reconocimiento legal de la teoría dualista, y antes de proseguir con el análisis de la presente materia, debemos concentrarnos brevemente tanto en el objeto cuanto sobre todo al contenido de estas dos manifestaciones o elementos del derecho de autor.

A estas alturas del desarrollo de la humanidad nadie discute que el derecho de autor tiene por objeto a las obras del ingenio que se insertan dentro del campo de la literatura, la música, las artes plásticas, el teatro, la arquitectura, la fotografía, la cinematografía, la creación de programas de ordenador o, en fin, cualquier otra forma de creación intelectual que posea el carácter de la originalidad y sea susceptible de divulgación (artículo 5° de la Ley).

Sin perjuicio de lo anterior, el requisito que realmente se constituye como esencial es el referido a la originalidad. Por esta razón el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en el año 1998,

5 GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, 7ª. edición, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles, 1998, p. 186.

6 FABIANI, Mario, voz *Autori (diritto di) I Profili generali*, en *Enciclopedia giurídica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, p. 1 (de la separata).

7 CANDIAN, Aurelio, *Il diritto di autore nel sistema giurídico*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1953, p. 16, quien señala precisamente que: "La idea es un modo o aspecto de la persona y, como consecuencia, las normas legales que textualmente protegen el derecho de autor no son mas que una especificación del aparato legal que tutela a la persona".

8 DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo continuado por Luigi Mengoni, vol. IV, 2ª. edición revisada y aumentada, Giuffrè, Milán, 1982, p. 584.

9 Teoría de la cual rinde cuenta IUDICA, Giovanni y ZATTI, Paolo, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 6ª. edición, Cedam, Padua, 2005, p. 483.

10 Si bien de manera temporal debido a que de lo contrario se afectaría –irrazonablemente– el progreso cultural y económico. Al respecto v. TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, 12ª. edición, Giuffrè, Milán, 1998, p. 701.

11 GAZZONI, Francesco, op. cit., p. 59.

12 Artículo 18°: El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley.

emitió un precedente de observancia obligatoria con la intención de aclarar lo que se entendía por «originalidad»¹³. En síntesis, el Tribunal del INDECOPI señala cuales son las siguientes características que debe poseer una obra a fin de satisfacer el requisito de la originalidad, las cuales son: (i) la obra debe tener la impronta de la personalidad del autor, por mínima que ella sea; y, (ii) debe ser una creación que no se subsuma del todo en el patrimonio cultural o ser una mera descripción de la naturaleza de las cosas ni a la mera aplicación mecánica de una técnica.

En este orden de ideas, no cualquier trabajo intelectual es susceptible de ostentar la calificación de obra (entendida en sentido técnico) sino que el resultado de dicha actividad tiene que tener un aporte de originalidad, el cual se manifiesta no en el concepto ni en el argumento mismo de la obra sino más bien en como estos han sido incorporados o expresados (artículo 8°¹⁴ de la Ley). Empero, cabe precisar que existen, básicamente en la doctrina, dos posibles interpretaciones respecto de la noción de originalidad¹⁵:

- Tesis subjetiva.- considera que la obra debe ser protegida por sí misma, esto es, por el resultado que el autor obtiene al aplicar su labor intelectual.
- Tesis objetiva.- considera que es obra sólo cuando se brinda un verdadero nuevo aporte al mundo de la cultura,

Lo interesante de determinar si se sigue una u otra tesis se centra en la definición del alcance de la protección del derecho de autor. A manera de ejemplo podemos aclarar que si se sigue la tesis objetiva sólo podrá brindarse protección a las obras que aporten de manera tangible a la cultura (vale decir, que contribuyan con algún elemento novedoso a ella); por el contrario, si optamos por la tesis subjetiva es posible que obras creadas por autores distintos y en momentos diferentes tengan el mismo margen de tutela a condición de que exista un reflejo o manifestación de la personalidad de cada autor individual sobre su propia obra¹⁶.

De la lectura del precedente de observancia obligatoria parecería que la opción que se asume en nuestro sistema jurídico sería el subjetivo puesto que se coloca el énfasis no solamente en la labor del creador sino a que en tal labor se manifieste la impronta de su personalidad. Atendiendo a tal opción se entenderá por qué no es

necesario que el acto de creación se encuentre libre de cualquier influencia externa o que la obra resultante sea absolutamente novedosa. Por ello el precedente llega a afirmar, en primer lugar, que la originalidad se tiene que analizar en términos particulares en cada creación intelectual y luego concluye en que ella se construye como una «noción subjetiva».

Si bien en el precedente se hace mención a una perspectiva o noción subjetiva nos parece que el INDECOPI no se refiere, en puridad, a las tesis antes mencionadas; a pesar de ello, creemos, por las razones expresadas en el párrafo precedente, que se puede interpretar tal resolución a efectos de concluir que en nuestro sistema se sigue la tesis subjetiva.

Luego de haber aclarado el objeto del derecho de autor es momento de profundizar en su contenido. Como se ha indicado, el derecho de autor contendría dos elementos que son claramente diferenciables entre sí, esto es, el elemento patrimonial y el no-patrimonial (o moral).

Con respecto al elemento moral del derecho de autor, se lo puede delimitar como un complejo de «facultades» que se encuentran dirigidas a la tutela de intereses de carácter personal del autor. Es por esta razón, unida a la explicación del derecho de autor como un reflejo de la personalidad del autor, que se encuentra justificación a aquella disposición que aclara que dichas facultades permanecen en el patrimonio jurídico del autor a pesar que éste decida ceder o transferir los derechos de explotación económica. Asimismo, ello explica por qué el ejercicio de algunas de estas facultades, como se verá más adelante, se impone a las manifestaciones del elemento patrimonial del derecho de autor.

Si bien admitimos que el elemento moral del derecho de autor (más comúnmente llamado derecho moral de autor) es una proyección de la personalidad de quien se erige como creador intelectual de determinada obra y por ende se constituiría como un derecho de la personalidad, estamos conscientes que el mismo presenta algunas particularidades que tienden a diferenciarlo de derechos como la vida, la libertad, el honor, la salud, entre otros¹⁷. En efecto, y atendiendo tanto al aspecto genético¹⁸ cuanto al aspecto funcional de esta situación jurídica, el autor solamente ostenta tal titularidad en el momento en que crea la obra¹⁹ (antes

13 Nos referimos a la Resolución No. 286-1998-TPI-INDECOPI emitida dentro del procedimiento entre Agrottrade S.R.Ltda. e Infutecca E.I.R.L.

14 Artículo 8°.- Está protegida exclusivamente la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

15 FABIANI, Mario, op. cit., p. 2 (de la separata).

16 OPPO, Giorgio, Creazione ed esclusiva nel diritto industriale, en Riv. dir. Comm., 1964, I, p. 196.

17 DE CUPIS, Adriano, op. cit., pp. 13-17.

Se entiende por derecho de la personalidad a «aquellos derechos subjetivos, cuya función, respecto de la personalidad del autor se especializa, constituyendo el "minimum" necesario e imprescindible de su contenido.

Existen, vale decir, ciertos derechos, sin los cuales la permanecería como una actitud completamente insatisfecha, privada de todo concreto valor; derechos desvinculados, de los cuales los otros derechos subjetivos perderían todo interés respecto del individuo: tanto que podría decirse que, si estos no existieran, la persona no sería más tal. Ellos son denominados "derechos esenciales", con el cual se identifican precisamente los derechos de la personalidad. Que la denominación derechos de la personalidad se encuentre reservada a los derechos esenciales, se justifica por la consideración de que ellos constituyen el núcleo más profundo de la personalidad» (p. 13).

18 DE SANCTIS, Valerio, voz Autore (diritti di) a) Disciplina del diritto di autore, en Enciclopedia del diritto, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 398.

19 DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 588.

de tal instante no tiene derecho de autor alguno, por lo que, antes de tal momento, se constituye como una mera potencialidad), mientras que su razón de ser es proteger la paternidad sobre su obra (y las distintas expresiones de ella). En cambio, el resto de derechos de la personalidad ingresan al patrimonio jurídico de cada sujeto desde el instante mismo de su nacimiento y el quid de los mismos es el libre desenvolvimiento de la personalidad; por ello nos queda meridianamente claro que las peculiaridades antes reseñadas diferencian al derecho de autor del resto de derechos de la personalidad.

En este orden de ideas se comprende por qué es precisamente el ligamen entre la obra y la personalidad del autor lo que se busca tutelar a través de las diversas manifestaciones del derecho moral de autor. Asimismo, con esta idea en mente resulta más sencillo comprender el reconocimiento expreso a favor del autor de las siguientes facultades:

- a) mantener en calidad de inédita su obra o de publicarla.
- b) ser reconocido como autor de su obra.
- c) oponerse a cualquier tipo de modificación o deformación que se quiera introducir a su obra sin su consentimiento.
- d) modificar su obra en el momento en que crea conveniente, sea antes o después de su difusión, si bien para ello deberá indemnizar los daños ocasionados a terceros y tendrá que respetar los derechos que estos puedan haber adquirido.
- e) retirar su obra del comercio, suspendiendo su utilización, previo pago de una indemnización por los daños que pudiera irrogar a terceros.
- f) acceder a su obra, cuando este fuese el único ejemplar.

Por su parte, los derechos de utilización económica (o, en otras palabras, derechos patrimoniales de autor) tienen por objeto a la obra entendida como un bien susceptible de valoración económica²⁰, si bien ello no puede extenderse a las ideas, conceptos, métodos o hechos considerados en sí mismos (artículo 9° de la Ley).

La razón de la limitación antes mencionada se centra en un doble orden de ideas: (i) que las ideas, conceptos, métodos o hechos considerados en sí mismos no importan la manifestación de algún elemento de la personalidad del autor; y, (ii) que al publicarse la obra se produce un aporte al acervo o bagaje cultural de la sociedad, por lo que el empleo de las tesis o ideas contenidas en ella para provocar nuevas avances no afecta el derecho del autor, si se siguiese una postura distinta a la aquí expresada importaría un límite irrazonable al desarrollo cultural.

Teniendo estas consideraciones en mente se comprenderá las facultades que se le otorgan al autor

en atención al elemento patrimonial que conforma su derecho (o al titular de los derechos patrimoniales de autor), a saber:

- a) reproducción, comunicación y distribución de la obra.
- b) traducción, adaptación o arreglo de la obra.
- c) importación al territorio nacional de copias no autorizadas.
- d) cualquier otra forma de utilización.

Como es sencillo percibir, las posibilidades reconocidas al titular de los derechos de carácter patrimonial de autor intentan proteger el valor económico o de explotación anexa a la titularidad sobre la obra. En virtud al control sobre la reproducción, comunicación y distribución de la obra se determina, con arreglo a la ley de la oferta y la demanda, que los beneficios resultantes de la difusión de la obra sea la más alta posible, evitando una caída en su precio. De esta misma manera la posibilidad de aprobar su traducción, su adaptación o arreglo permite no sólo acceder a nuevos mercados sino que la obra resulte, sin que se afecte su integridad y el interés del autor, más atractiva o consistente a los intereses del mercado. Finalmente, la posibilidad de importar al territorio nacional las copias no autorizadas mantiene tanto el precio por el que puede difundirse la obra en otros mercados como sobre todo el interés de editoriales o librerías de adquirir los derechos de reproducción y/o distribución.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor tiene prerrogativas jurídicas que le permiten, en cierta medida, afectar a terceros o al titular de derechos patrimoniales sobre su obra. Tal vez este sea un aspecto al que pocas veces se le ha prestado atención debido al carácter más bien excepcional de su ejercicio. Nos referimos a la posibilidad de modificar la obra o, en el caso más extremo, su retiro del comercio. Empero, si se recuerda que el contenido del derecho moral de autor es una proyección de la personalidad de su creador así como una situación jurídica análoga a otros derechos de la personalidad se comprenderá por qué este puede imponer sobre un derecho cuyo contenido es eminentemente patrimonial. A ello se debe agregar que la justificación jurídica del retiro y/o modificación de la obra reposa, en muchas oportunidades, en el ejercicio de la libertad de expresión y que la obra, como toda otra expresión del autor, guarde coherencia con su pensamiento (si es que ella ya no refleja fidedignamente sus convicciones políticas, económicas, filosóficas, etc.).

No obstante la justificación (en clave constitucional) del ejercicio de esta posibilidad de modificar y/o retirar la obra del comercio podría parecer sorprendente que el autor se encuentre obligado a indemnizar a los terceros y/o titulares del derecho patrimonial de autor, puesto que si existe un fundamento legal (e incluso constitucional) para tal ejercicio parecería ilógico que la actuación conforme al sistema jurídico

20 DE SANCTIS, Valerio, op. cit., p. 392.

de una prerrogativa pueda ocasionar un deber de actuar un remedio propio de la responsabilidad civil que procurará como tal no sólo compensar un daño sino prevenir que la actividad generadora del mismo continúe realizándose en la realidad (o, cuanto menos, que ella se minimice o encuentre un punto de equilibrio entre sus costos), sancionando correlativamente al individuo que se hubiere apartado de los estándares legales de conducta. La aparente contradicción se ve superada echando mano a una noción que se ha forjado en sistemas jurídicos europeos, los denominados actos lícitos dañosos²¹. Bajo tal categoría se comprenden fenómenos en los que a pesar de existir justificación para el ejercicio de determinada situación jurídica subjetiva se obliga a dicho individuo a efectuar un desembolso dinerario a título de indemnización (y no de resarcimiento) o, en otras palabras, el desembolso se efectúa a través de un mecanismo jurídico distinto al de la responsabilidad civil. En efecto, si bien el desembolso realizado bajo el citado esquema tiene como propósito no dejar desamparado a quien sufre un menoscabo, lo cual lo asemeja a la responsabilidad civil, su justificación se encuentra en evitar que un individuo se beneficie a costa de otro, es por ello que se le considere como un mecanismo de seguridad social. Como se puede percibir el campo de aplicación de esta categoría resulta bastante limitado. La indemnización, entendida en la acepción antes aludida, y los intereses que se tutelan bajo el citado remedio, sólo actúa en los supuestos en los que el propio ordenamiento jurídico ha decidido el sacrificio de un interés privado frente a otro²².

3. Supuestos de Responsabilidad por Lesión del Derecho de Autor.

La distinción entre los elementos patrimoniales y morales del derecho de autor que se efectúa atendiendo tanto a su momento genético cuanto a su aspecto funcional (o, si se quiere, fisiológico), tiene una fuerte repercusión en el campo patológico.

En general, la responsabilidad civil es una respuesta frente a la lesión ilícita de un interés digno de tutela. Por tal motivo, la reprochabilidad del comportamiento o del hecho generador del daño provoca una reacción del ordenamiento a través de una tutela o de un remedio por el cual el individuo al que se le puede imputar tal comportamiento o hecho deberá asumir todas las consecuencias previstas jurídicamente por su acaecimiento²³. En el caso de vulneración del contenido del derecho de autor vemos que

se afectan intereses de naturaleza dual, los cuales ya han sido identificados, que se materializan en alguna(s) de las características de la obra (sea como manifestación de la personalidad del autor o como bien susceptible de explotación y valoración económica).

Como se ha visto líneas atrás, cada elemento que compone el derecho de autor tutela determinado aspecto que es considerado relevante (sea en aras de proteger aquel ligamen entre la obra y la proyección de la personalidad del autor, sea para proteger su valor económico o de explotación), es por ello que cuando se observa una vulneración de tal sustrato debe existir algún tipo de reacción por parte del ordenamiento jurídico a fin de que tal contenido mantenga plena vigencia.

Si atendemos a las manifestaciones de cada uno de los elementos que componen el derecho de autor identificaremos, al menos a grandes rasgos, los siguientes supuestos de lesión:

- a) plagio y/o falsificación.
- b) falsa atribución de paternidad.
- c) alteración, deformación o mutilación no autorizada.
- d) publicación y/o difusión no autorizada.

Tal vez como nunca antes en la historia del pensamiento, la posibilidad de violar los derechos de autor, a través del plagio y/o la falsificación, no es algo impensable sino un riesgo prácticamente connatural a la creación intelectual.

Empero, no por esta razón debemos renunciar a dicho esfuerzo, pues a pesar de los cuestionamientos que puede efectuarse a la justificación económica de los derechos de autor o, en términos más precisos, a la asignación de una regla de propiedad para su tutela²⁴. En efecto, de acuerdo a los postulados del mainstream del análisis económico del derecho²⁵, se considera que una titularidad solamente debe ser tutelada por medio de la asignación de una property rule cuando los costos de exclusión son relativamente bajos y tiene consumo rival (características que no posee el derecho de autor puesto que sus costos de exclusión son relativamente altos y el uso o disfrute que se hace de él no impide el uso por parte de otros individuos, vale decir, tiene consumo no-rival, con lo cual no es un buen candidato para constituirse como un bien de carácter privado)²⁶. Si bien se admite que ello es así, no se puede dejar de

21 MIRABELLI, Giuseppe, L'atto non negòciale nel diritto privato italiano, Jovene, Nápoles, 1955, pp. 111 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, El acto jurídico, traducción y notas de Leysser L. León, en *Advocatus*, núm. 10, 2004, pp. 82-83, Milán, 1998, p. 701.; y, en nuestro medio, LEÓN, Leysser L., La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 2ª edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 500-509.

22 Supuestos tales como la expropiación, la ruptura de esponsales, ciertos casos de las relaciones por razón de vecindad, etc.

23 PUGLIATTI, Salvatore, voz Autorresponsabilità, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 398.

24 CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral, en *Harvard Law Review*, vol. LXXXV, 1972, pp. 1089 y ss.

25 Los cuales se encuentran imbuidos por las enseñanzas de SAMUELSON, Paul, The pure theory of public expenditure, en *Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVI, núm. 4, 1954, pp. 387 y ss.; y, MUSGRAVE, Richard A., *The theory of public finance*, McGraw-Hill, Nueva York, 1959.

26 Para una sugerente crítica a Samuelson nos permitimos sugerir la consulta del trabajo de COASE, Ronald H., The lighthouse in economics, en *Journal of Law and Economics*, vol. XVII, núm. 2, 1974, pp. 357 y ss.

lado que la dualidad del contenido del derecho de autor motiva que ciertos aspectos de él tengan que ser tutelados, superando las limitaciones descritas, en tanto se erige como un derecho de la personalidad (aquí es menester acotar que en el common law la propia construcción del «copyright» como un derecho eminentemente patrimonial ha provocado que el debate se centre en cuestiones económicas).

Entrando en materia, los casos de plagio deben, en nuestra opinión, ser juzgados atendiendo a la tesis subjetiva para evaluar la originalidad de una obra. Vale decir, como manifestación de la personalidad del autor y no como elemento objetivamente novedoso respecto del acervo cultural existente al momento en que se crea la obra. En tal sentido, se deberá prestar atención no a la idea o a la motivación específica del autor sino al quid de la misma, sólo en caso de apropiación de algún extremo de este último aspecto podrá considerárselo como un caso de plagio, ello aún cuando se perciban algunas diferencias de lenguaje que sólo intenten ocultar la copia realizada (el denominado plagio inteligente). Empero, hay que admitir la posibilidad de un denominado plagio involuntario (que en puridad no es un caso de plagio), el cual se presenta cuando las coincidencias se refieren a aspectos técnicos o a elementos que forman parte del patrimonio cultural común. Por otro lado, existe la posibilidad de que las coincidencias se refieran a aspectos vinculados al quid de la obra pero que no pueden ser considerados como plagio puesto que el sujeto al que se le acusa de tal hecho no tuvo, por una u otra razón, contacto con la obra (supuestamente) afectada (imaginemos casos de obras aún inéditas y desconocidas para el supuesto dañador o bien que se encuentren en idiomas del todo desconocidos para el acusado de plagio, etc.).

Respecto de la falsa atribución de paternidad es menester destacar la diferencia con los supuestos de plagio²⁷. En efecto, mientras que en el plagio un individuo se apropia de todo o parte de la obra ajena, en el caso de la falsa atribución de paternidad un individuo aprovecha la fama o buen nombre de un autor consolidado para beneficiarse, desde el punto de vista comercial, afirmando que éste es el creador de determinada obra cuando en la realidad ello no es así. Si bien en principio aquí no existiría la lesión del derecho de autor del sujeto al que se le atribuye falsamente la paternidad de una obra, es posible que sí exista la vulneración del derecho de paternidad del verdadero autor (siempre que quien haya provocado la confusión no sea el mismo autor, pensemos por ejemplo en un editor), tanto en uno u otro caso los involucrados podrían actuar algún mecanismo jurídico dirigido a proteger sus intereses afectados (el verdadero autor su derecho a la paternidad y el autor falsamente designado su derecho al nombre y a la identidad).

Por su parte, la alteración, deformación o mutilación no autorizada de la obra tiene múltiples manifestaciones tales como la modificación (sea esta de carácter sustitutiva, sea aditiva) que podría cometer un editor, productor y/o curador respecto de obras de carácter literario, cinematográfico, teatral, fotográfico, etc., cuando el autor no está de acuerdo con ella o incluso con desconocimiento de éste. Aquí la lesión tiene como afectado directo al autor y no a un hipotético titular de derechos patrimoniales sobre la obra, tal afirmación se ve reforzada cuando uno se percata que el elemento vulnerado es la integridad de la obra.

Finalmente, sobre la publicación y/o difusión no autorizada abarca tanto fenómenos en los que se afecta la decisión del autor de mantener inédita su obra (o bien determinado aspecto de ella, como puede ser una modificación); pasando por circunstancias en las que se procede a una traducción o distribución de la obra en una zona sin contar con los derechos para ello; o, en fin, reproducción cuando no se cuenta con la autorización, sea del autor o del titular de los derechos patrimoniales, e incluso cuando el autor ha decidido retirar la obra del comercio. En estos casos, a diferencia de los anteriores, en los que se tutela preponderantemente el interés del autor, existe un mayor equilibrio con los intereses de los eventuales titulares de derechos de explotación pues, como se ha visto, se intenta mantener su exclusividad con el consecuente respeto de los beneficios económicos que tal derecho les puede reportar. Si bien reconocemos que en estos casos también existe un componente de protección a la paternidad intelectual (o a los intereses personales) del autor (como su deseo de no divulgación de su obra o su retiro del mercado; o, por otro lado, su interés a recibir las regalías que corresponden por la cesión o transmisión de determinada parcela del componente patrimonial de su derecho)²⁸ pero el mismo se ve sustancialmente reducido respecto de los casos de plagio en los que resulta del todo preponderante.

4. Análisis de los Elementos de la Responsabilidad Civil por Lesión del Derecho de Autor.

Teniendo en consideración lo expuesto precedentemente es momento de proceder a analizar los elementos de la responsabilidad civil a la luz de un supuesto de carácter especial: la vulneración del derecho de autor efectuada por terceros (vale decir, no por un sujeto con el cual se mantenga un contrato de edición, distribución, etc.)²⁹.

En primer lugar se debe precisar que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual en la medida que los intereses jurídicos en juego no derivan de una relación obligatoria de fuente convencional o de fuente legal. En efecto, en un contexto como el antes descrito, se observa que las

27 FABIANI, Mario, op. cit., p. 11 (de la separata).

28 Sobre este punto puede consultarse LIPSZYC, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, Buenos Aires, 1993, §§ 4.1.1 a 4.2.3.

29 Por razones de espacio y sobre todo por el escaso desarrollo de esta perspectiva en nuestro sistema jurídico, hemos decidido limitar el presente estudio a los supuestos de responsabilidad de carácter no-obligacional.

conductas en las que se expresa o en las que se manifiesta el deber a cargo de los individuos que entran en contacto con un derecho de autor no pueden ser calificadas como semejantes a aquellas que se presentan al interior de una relación obligatoria. La calificación de «deber jurídico» (entendido en un sentido técnico)³⁰ permite afirmar que un sujeto a través de la ejecución de la conducta debida satisface, de modo inmediato y directo, una necesidad de su contraparte, quien es titular de un derecho subjetivo (o, si se quiere, a través de la conducta del sujeto obligado se provee cierto beneficio o bien utilidad al titular del derecho subjetivo).

Nos explicamos. En nuestra opinión, y desde un punto de vista funcional, nos encontramos frente a un deber de carácter obligacional cuando la conducta desplegada por el obligado es susceptible, por ella misma, de satisfacer de modo directo e inmediato el interés de su contraparte. Vale decir, sin el ejercicio de esta conducta el titular del derecho subjetivo permanecerá en un estado de insatisfacción; mientras que en caso se verifique el comportamiento adeudado no sólo el acreedor satisficará la necesidad que lo motivó a generar el vínculo obligacional sino que con ello se producirá la extinción de la relación obligatoria por el cumplimiento de su objeto (vale decir, la satisfacción del interés que le sirvió de justificación).

Un cuadro sencillo puede aclarar el panorama, bajo nuestro esquema una relación obligatoria, que se encuentra compuesta en este extremo por un deber jurídico en sentido estricto y por un correlativo derecho subjetivo, en clave a los intereses privados en juego y siempre que se cumpla adecuadamente con el comportamiento adeudado se presenta de la siguiente manera:

Manifestación fisiológica (derecho relativo – deber de cooperación)³¹	
Situación de insatisfacción	Situación de satisfacción
Ejecución de comportamiento debido	

Por su parte, en caso no se verifique la ejecución del comportamiento debido que se encuentra a cargo del deudor, el esquema sería el siguiente:

Manifestación patológica (derecho relativo – deber de cooperación)³²	
Situación de insatisfacción	Situación de insatisfacción
Ejecución de comportamiento debido	

De acuerdo a este cuadro se evidencia que el acreedor busca la colaboración de otro individuo cuando no es capaz, por sí mismo, de dar satisfacción a la necesidad que lo aqueja³³. Asimismo, y esto es lo que nos interesa resaltar aquí, es que debido a ello el comportamiento del deudor es el que de manera directa (pues no es que levante algún tipo de impedimento que soporta el acreedor para la real satisfacción de su interés, por lo que se constituye como el vehículo de satisfacción y no como un mero presupuesto) e inmediata (pues es su comisión en sí misma, entendida sea en sentido positivo o negativo –para incluir la abstención propia de la obligación de no hacer–, la que provee el beneficio o satisface la necesidad que soporta el acreedor).

Es por demás evidente que el comportamiento de un tercero que entra en contacto con un derecho de autor no satisface, de manera directa e inmediata, algún tipo de interés del titular del citado derecho; muy por el contrario, se manifiesta de modo natural como un comportamiento dirigido a mantener el status quo del patrimonio jurídico del autor (esto es, un interés dirigido únicamente a conservar libre de injerencias externas la situación de su patrimonio). De esta manera, resultarán aplicables los artículos 1969º y siguientes del Código Civil peruano.

Sin perjuicio de lo anterior, podría ser de utilidad o interés culminar con el esquema sugerido precedentemente. Desde un punto de vista funcional, nos encontramos frente a un deber de carácter extracontractual (o, si se quiere, ante un deber genérico)³⁴ cuando la conducta desplegada por el sujeto al que se le asigna tal situación jurídica solamente es susceptible de satisfacer de manera indirecta y mediata el interés del titular del derecho subjetivo.

Como es natural, en los deberes de naturaleza extracontractual (o de convivencia pacífica) no es que

30 Nos permitimos remitir a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., La responsabilidad precontractual en debate, en Responsabilidad Civil Contemporánea, ARA Editores, Lima, 2009, p. 553. Asimismo, hay que recordar que cuando el deber jurídico se constituye como medio de realización el titular de tal situación jurídica se encuentra compelido por el ordenamiento a satisfacer el interés que sirve de presupuesto al derecho subjetivo correlativo a través de la realización de una conducta. Es por esta razón que el titular del derecho puede ejercer una pretensión (de ordinario, la ejecución forzada y/o el resarcimiento de los daños irrogados) en caso de incumplimiento. Los deberes jurídicos que se presentan bajo este esquema son típicamente los derechos de naturaleza obligacional.

31 Imaginemos el siguiente caso, una persona necesita comprar ingredientes para un restaurante que se encuentra administrando, para ello requerirá suscribir un contrato de suministro, pues de lo contrario no podrá continuar con el ejercicio natural de su actividad comercial. Como es natural, una vez suscrito el citado contrato, el suministrado sólo podrá exigir el cumplimiento al suministrante, si ello se verifica de acuerdo a las disposiciones contractuales entonces se satisficará el interés del acreedor y con ello extinguirse la relación jurídica obligatoria.

32 Siguiendo el caso antes planteado, imaginemos que el suministrante incumple el contrato, al ser ello así, el suministrado permanece en situación de insatisfacción por lo que, en atención a la situación jurídica que ostenta, podrá exigir los remedios legales dirigidos a satisfacer su interés creditorio.

33 ESCOBAR, Freddy, Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico, en Teoría general del derecho civil, ARA Editores, Lima, 2002, p. 38, nota al pie (34).

34 Los deberes que se erigen como medios de protección sujetan a todos los individuos que conforman la sociedad en su conjunto puesto que si bien no se les indica con claridad que comportamiento deben de realizar (y que no son medios de realización del derecho ajeno), el ordenamiento solicita de ellos que se abstengan de generar un cambio en el estado de cosas. Los deberes que típicamente se enmarcan bajo este esquema son los derechos de la personalidad u otros derechos de naturaleza análoga.

requiera algún tipo de vinculación con otro sujeto para la satisfacción de algún interés. En realidad, la conducta del sujeto gravado sólo evita que exista algún tipo de impedimento que afecte perjudicialmente el libre ejercicio del derecho asignado a otro sujeto. En tal sentido, lo que se desea es que determinada situación de hecho y/o de derecho que existe en cierto momento (de ordinario el momento en que tal titularidad es asignada) permanezca invariable, vale decir, la conducta adeudada es un presupuesto para la satisfacción del interés del titular del derecho subjetivo y no el medio por el que se alcanza tal satisfacción, en términos más precisos el único sujeto que puede decidir sobre la satisfacción es el propio derechohabiente.

En los términos empleados en el presente trabajo, la situación inicial del titular del derecho es de satisfacción, por tal motivo el comportamiento del sujeto gravado no puede satisfacer ninguna necesidad puesto que ella no pre-existe. En cambio, la conducta del tercero sí puede afectar perjudicialmente el libre ejercicio del derecho que se asigna a otro individuo, puesto que es susceptible de generar algún tipo de menoscabo o impedimento, provocando un cambio del estado cosas y convirtiendo la situación de satisfacción en una de insatisfacción.

Nuevamente un cuadro sencillo aclarará el panorama, bajo nuestro esquema, en un caso de responsabilidad extracontractual encontraremos, por un lado, un deber genérico y un correlativo derecho subjetivo, en clave a los intereses privados en juego y siempre que se cumpla adecuadamente con el comportamiento adeudado se presenta de la siguiente manera:

Manifestación fisiológica (derecho absoluto – deber de conservación)³⁵	
Situación de satisfacción	Situación de insatisfacción
Ejecución de comportamiento debido	

Como se ha explicado precedentemente el comportamiento del tercero no significa la satisfacción de algún tipo de necesidad del derechohabiente (pues no existe), sino que únicamente tiende a la conservación del estado de cosas. Por su parte, cuando no se verifica el comportamiento adeudado el esquema sería el siguiente:

Manifestación patológica (derecho absoluto – deber de conservación)³⁶	
Situación de satisfacción	Situación de insatisfacción
Inejecución de comportamiento debido	

De esta manera se observa inequívocamente la diferencia, en clave a los intereses en juego y al funcionamiento de dichas situaciones jurídicas subjetivas, por un lado, entre los deberes y derechos de naturaleza contractual; y, por otro lado, los deberes y derechos de naturaleza extracontractual.

Cabe destacar el error en el que incurre un sector de la doctrina al confundir la intangibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas (que se aplica en fase patológica)³⁷ y el carácter erga omnes de tales situaciones en su ejercicio (por lo que se juzgan en fase fisiológica). Este último punto, vale decir la exigibilidad erga omnes en la fase fisiológica, sólo es predicable respecto de los denominados derechos de la personalidad o derechos de naturaleza análoga; mientras que el resto de derechos solamente pueden ser exigidos fisiológicamente a un individuo o bien a un conjunto determinado o determinable³⁸. Por otro lado, ambos tipos de derechos subjetivos pueden ser afectados, en fase patológica, por cualquier miembro de la colectividad³⁹, empero aún en este caso (que ha llevado a un sector de la doctrina a intentar negar la diferencia entre ambos tipos

35 Imaginemos el siguiente caso, un sujeto es titular de su libertad de expresión, el cual es una situación jurídica que se asigna para el libre desarrollo de la personalidad de todo individuo. El mero hecho de la declaración de ese derecho por parte del sistema jurídico permite (o debiera) su libre ejercicio por lo que, en abstracto, el sujeto se encuentra en pleno estado de satisfacción; la actuación de un tercero sólo podría afectar imponiendo barreras a tal ejercicio, lo cual es lo que se desea evitar con la imposición del deber de mantener el estado de cosas. Ante tal escenario, el titular de tal libertad puede exigir a cualquier miembro de la sociedad el respeto de su derecho, sin embargo, que duda cabe, tal actuación conforme al deber impuesto no genera ningún incremento del patrimonio jurídico sino, como se ha señalado, únicamente la conservación del estado de cosas y por lo tanto permite el libre ejercicio del derecho por parte del sujeto a quien se le atribuyó tal titularidad.

36 Siguiendo con el ejemplo, al incumplir con su deber de conservación del estado de cosas, el deudor genera una alteración en los intereses del titular del derecho subjetivo puesto que ha provocado que ahora se encuentre en un estado de insatisfacción debido a la imposición de algún tipo de barrera o impedimento al libre ejercicio de su derecho. Teniendo en mente nuestro planteamiento se comprenderá con mayor facilidad porque los remedios de la responsabilidad extracontractual se encontrarán dirigidos al re-establecimiento del status quo ante, mientras que los de la responsabilidad contractual a la satisfacción del interés creditorio.

37 Idea que es correctamente expuesta por CORSARO, Luigi, *Neminem laedere* y derecho a la integridad, en *Proceso & Justicia*, núm. 3, 2002, pp. 146 y ss.

38 Al respecto nos parece sugerente la idea expuesta por CANNATA, Carlo Augusto, *Le obbligazioni in generale*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno, vol. 9, 2ª edición, Utet, Turín, 1999, pp. 5-22, ahora en el compendio de LEÓN HILARIO, Leysser L., *Derecho de las relaciones obligatorias: Lecturas seleccionadas y traducidas para el uso de los estudiantes universitarios*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. «La razón verdadera es que lo absoluto del derecho real consiste en el hecho de que éste es cabalmente enunciado sin referencia al sujeto pasivo, y la relatividad de la relación obligatoria en el hecho de que ésta no es completamente enunciada sin hacer mención del sujeto pasivo. Un derecho real (de cierto tipo) es definido por la identificación del sujeto activo y de la cosa que constituye su objeto, de modo que se afirma que Ticio (sujeto activo) es propietario (tipo) de este libro (objeto), la relación es cabalmente enunciada; y si esta relación es afrontada en sede judicial, el sujeto pasivo será tal respecto de la acción, no respecto del derecho. Así pues, la mención de Cayo (sujeto pasivo) no se refiere a la causa petendi (que es “este libro es de Ticio”) sino al petitum (“condénese a Cayo a restituir este libro a Ticio”). En cambio, una obligación es definida por la identificación del sujeto activo (Ticio, acreedor) por la prestación debida (objeto) y por el sujeto activo (Ticio, deudor), de manera que si se afirma: “Ticio es acreedor de 100”, o “se deben 100 a Ticio”, no se dice nada. Mientras no se diga que “Cayo debe 100 a Ticio” no se enuncia una relación obligatoria; y si se sale a juicio, la mención de Cayo es esencial para la causa petendi (“Cayo debe 100 a Ticio”) y para el petitum (“condénese a Cayo a pagar 100 a Ticio”)» (p. 93, de la versión mecanografiada).

39 Esta es la recta interpretación del planteamiento de BUSNELLI, Francesco D., *La lesione del credito da parte dei terzi*, Giuffrè, Milán, 1964, pp. 155 y ss., et passim, el cual ha sido deformado por un sector de la, llamémosle así, doctrina nacional.

de derecho) existe una diferencia esencial en atención a los intereses en juego, lo cual creemos haber logrado demostrar.

Luego de esta breve digresión creemos que no quedan mayores dudas acerca de la naturaleza extracontractual de los casos de lesión del derecho de autor que son objeto de análisis en el presente trabajo.

4.1 Funciones Generales de la Responsabilidad civil.

Superada la primera interrogante sobre la naturaleza de esta responsabilidad, es el turno de exponer, limitándonos a ello, las funciones más relevantes de la responsabilidad civil como herramienta para mantener la convivencia pacífica. La manera más sencilla para proceder a ello es aproximarnos de una manera práctica, esto es, observando los efectos que se cumple a nivel de sistema cuando se sostiene que un individuo debe responder jurídica y patrimonialmente por los daños que ocasiona. Cuando ello sucede adecuadamente se informa a la sociedad de una serie de circunstancias, entre las cuales destacan:

(i) Que las situaciones jurídicas subjetivas asignadas a favor de los miembros de la sociedad, así como sus diversas manifestaciones económicas (tanto en fase fisiológica o patológica), deben ser respetadas manteniendo su intangibilidad (a menos que exista un título jurídico que lo justifique), lo cual devendrá en la imposición de deberes de conducta con el fin de proteger tales titularidades.

(ii) Que en el ejercicio de nuestras actividades económicas, o en las de carácter social, debemos comportarnos de acuerdo a un standard de conducta (el así denominado hombre diligente), tomando medidas de prevención adecuadas a cada caso en concreto y de acuerdo a las posibilidades físicas y económicas con las que contamos, todo ello con la intención de reducir el número y/o la gravedad de los supuestos generadores de daño.

(iii) Que en el supuesto que no evitemos tales comportamientos y/o se verifique un daño el sujeto que es responsable⁴⁰ del mismo deberá, en la medida de lo posible, colocar a la víctima en aquella situación en la que se encontraba con anterioridad a la generación del daño, sea a través de la entrega de una suma dineraria o bien a través de la entrega del mismo bien jurídico afectado.

4.2 Configuración del Daño en las Hipótesis de Responsabilidad por Lesión de Derecho de Autor.

En este orden de ideas, ante un caso de responsabilidad civil resulta de la máxima importancia determinar la existencia de un interés jurídicamente relevante⁴¹,

ello con la intención de aclarar si es posible emplear tal mecanismo para proteger dicho interés. En el caso de los daños por lesión del derecho de autor, la discusión se encuentra fuera de toda duda (cuanto menos en el extremo del interés jurídico abstracto), mientras que la materialización de dicha afectación se encontrará sometido al análisis de cada caso y al cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil. Es precisamente atendiendo a tal circunstancia que se analizó, previamente, los alcances y diversas manifestaciones del derecho de autor para que, pese al reconocimiento expreso de dicha situación jurídica, se comprenda la justificación de su protección y los alcances que deberá tener.

A nivel doctrinal y jurisprudencial se nos ha acostumbrado a que el daño en cuanto evento histórico y como consecuencia perjudicial se encuentre claramente determinado a efectos de ser conceptualizado como tal y como consecuencia de ello tener la calidad de resarcible. Si bien podemos admitir sin mayores reparos que la posición esgrimida por dicha corriente de opinión es la aplicable para la generalidad de casos, debemos acotar que en determinados casos se ha de aplicar un criterio de carácter diverso. En efecto, en ocasiones la lesión del interés se confunde con el propio evento comisivo u omisivo, a diferencia de lo que sucede con otros casos en los que el daño se caracteriza como la consecuencia o menoscabo que sufre el patrimonio jurídico de la víctima⁴².

La diferencia se centra en como se manifiesta el daño de acuerdo al interés que se ve conculcado. Nos explicamos. En el caso de los intereses que sirven de presupuesto a una situación jurídica de carácter patrimonial observamos que el daño tiene de ordinario una proyección no sólo en el plano jurídico sino que también alcanza al plano físico. A manera de ejemplo pensemos en las consecuencias que se generan por el accidente entre dos o más vehículos, aquí el patrimonio jurídico de los involucrados se ve mermado pero a su vez existe una consecuencia perceptible a los sentidos producto del incidente y es a ello a lo que llamamos daño. En ese mismo sentido, en caso se genere algún tipo de perjuicio a la integridad física o salud de un individuo, este evento tendrá de por sí un componente de naturaleza material puesto que tal sujeto deberá asumir determinados desembolsos para superar el daño sufrido (una vez más entendido como la consecuencia) o bien las pérdidas que de él se han motivado. Asimismo, ello se aplicará en los casos en los que la intervención de un tercero afecta el derecho de crédito que se ostentaba frente al deudor, producto de ello se imposibilita el cobro o se reduce el beneficio esperado, por lo que el acreedor debe asumir no sólo la sustitución del sujeto capaz de satisfacer el interés

40 Tal y como enseña la moderna responsabilidad civil, en ocasiones el sujeto "responsable" del daño puede ser el propio individuo que lo soporta. En tales circunstancias, no se justificaría el traspaso de los costes económicos del daño de parte de la víctima al causante material (o físico) del daño, en la medida que se considera que la propia víctima pudo y debió evitar el acaecimiento del evento dañoso, por lo que las consecuencias perjudiciales de tal evento deberán permanecer en su patrimonio jurídico.

41 BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile*, vol. 5, La responsabilità, Giuffrè, Milán, 1994, p. 582.

42 MONATERI, Pier Giusepppe, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, La responsabilità civile, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo Sacco, Utet, Turin, 1998, pp. 273-286.

creditorio sino las potenciales pérdidas producto del retraso que se generarán como consecuencia de tal intervención.

En cambio, en los intereses que sirven de presupuesto a una situación jurídica de carácter no-patrimonial, observaremos que por lo general la mera afectación o injerencia sobre ella (perjudicando, de acuerdo al lenguaje propuesto en el presente trabajo, al titular de la citada situación jurídica a través de la imposición de algún tipo de barrera o bien al impedir el libre ejercicio de su titularidad) se constituye como el daño y con ello se justifica el desembolso dinerario o la reintegración in natura del bien afectado. Vale decir, en no pocas circunstancias la afectación de estos intereses se limita al plano jurídico, por lo que no existiría una proyección al plano físico, o incluso teniéndola resulta irrelevante para la calificación de resarcible de tal evento dañoso. Algunos ejemplos pueden servirnos para transmitir mejor nuestras ideas, pensemos en la comisión de algún hecho que afecta el honor de una persona, ante tal circunstancia es evidente que la mera injerencia sobre un derecho de la personalidad justifica la imposición de un resarcimiento, sin que se requiera que exista algún tipo de consecuencia perceptible por los sentidos o algún tipo de pérdida o desembolso dinerario (como se ha visto la razón de ello es que al conculcarse tal interés se ha modificado la situación de satisfacción de la víctima moviéndolo a una situación de insatisfacción, por lo que tal cambio de la realidad jurídica debe ser subsanado). Por otro lado, cuando se afecta el derecho a la salud de un individuo por más que se repare los desembolsos dinerarios que tuvo que efectuar la víctima para superar el perjuicio sufrido o incluso las pérdidas por tal proceso de recuperación, sólo nos encontramos atenuando el impacto al componente patrimonial y no reparando en estricto sentido la afectación al interés no-patrimonial que sirve de base al derecho a la salud, el cual es susceptible de una reparación individualizada. En fin, y en el caso más claro de todos, la afectación al derecho a la vida, incluso la mera amenaza de lesión (sin que ella se llegue a materializar) es ya una afectación a tal derecho pues impide el libre ejercicio de su titularidad y por ello se pueden emplear todos los remedios que ofrece la responsabilidad civil para superar tal eventualidad.

Llegados a este punto cabría preguntarnos, ¿cuál es la noción de daño que se debe acoger en el caso de

la responsabilidad por lesión del derecho de autor, toda vez que existe una dualidad de elementos en su interior? Somos de la opinión que la respuesta sólo se puede construir atendiendo a lo que fue materia de análisis en los primeros dos acápite del presente artículo, vale decir, la naturaleza dual del derecho de autor y las específicas justificaciones de carácter jurídico que se brindaron para la represión de cada uno de los supuestos de vulneración de tal derecho.

En efecto, queda relativamente claro que en el caso de las facultades reconocidas al autor como expresiones del elemento no-patrimonial de su titularidad, la noción de daño que se debe acoger es la que califica como tal al evento que impone una barrera o impide el libre ejercicio de su derecho. En este orden de ideas se admitiría que estamos en presencia de un supuesto de daño-evento. A renglón seguido creemos que se podría afinar un poco más el análisis a fin de subrayar otros elementos que resultan tan o más importantes desde un aspecto teórico-práctico.

Las circunstancias a las que se desea hacer mención se centran en la posibilidad de calificar como daños in re ipsa a aquellos supuestos vinculados a la falsa atribución de paternidad, la contravención a la decisión del autor de mantener inédita su obra o su no-modificación, etc. Al efectuar ello no sólo se logra configurar a todos estos supuestos de afectación del derecho de autor como hipótesis en las que el evento en sí mismo es el que resulta el daño a reparar, sino que además, desde un punto de vista práctico, se deja a un lado el debate sobre la prueba efectiva del daño sufrido (pues, como se ha visto, en estos casos no existe un reflejo del evento dañoso en el plano físico que sea perceptible por los sentidos o existiendo ello no resulta esencial para la calificación del evento como dañoso)⁴³. Ante tal circunstancia, la atención del operador jurídico que deberá resolver el conflicto de intereses (sea el juez o el árbitro), se centrará sólo en la prueba de que el evento en sí mismo se ha realizado por el presunto dañador y luego en determinar cual es el índice o conjunto de criterios que empleará para valorar el daño.

La idea del ligamen entre la personalidad del autor y su obra no es sólo relevante en las etapas genética (calificación de la creación como una obra tutelada por el derecho de autor) y fisiológica (explicación de los alcances de la tutela y el ejercicio de las facultades

43 Pensemos en un caso de violación del derecho a la imagen de una persona a través de su empleo en un medio de comunicación (digamos una cámara indiscreta, por el momento dejaremos a un lado la posibilidad de violación del derecho a la privacidad o intimidad). Tal uso de la imagen puede no causar ningún tipo de menoscabo en el plano de la realidad pero, sin embargo, se afecta a tal titularidad si es que se propala sin autorización, constituyéndose ese mero evento como violatorio en sí mismo. Incluso digamos que producto de la propalación de la cámara indiscreta, la cual se desarrolla en el restaurante que dirigía la persona cuya imagen se captó, la persona se torna más conocida, al igual que su local, y por ende se beneficia económicamente de tal evento.

En nuestra opinión, creemos que se debe diferenciar ambos eventos así como los intereses en juego, en el caso de la imagen esta se vulneró por la divulgación del video; el beneficio económico al que se alude si bien tiene su fuente en la misma divulgación se produce por una situación distinta (el concepto que sobre la persona captada se genera en el público) y se tutela un interés distinto (más cercano al derecho a la buena reputación). Ello no obsta a que eventualmente se pueda tomar en consideración para el cálculo del monto resarcitorio a fin de que se compensen tales montos. Empero, a ello cabría acotar que no necesariamente impediría la actuación de un resarcimiento in natura.

La diferencia entre ambos intereses se percibe con mayor claridad en su reflejo en el patrimonio del dañador. Nos explicamos. Al analizar la violación del derecho a la imagen el dañador no recibe mayor beneficio por el hecho en sí mismo, sin embargo, por su divulgación sí obtiene ganancias. En el caso de la violación del derecho a la imagen se impone sobre el dañador un deber de resarcir el daño, hasta allí no existen mayores sorpresas, sin embargo, podría potencialmente solicitarse a tal individuo que restituya los beneficios que su obrar ilícito le ha reportado que, como es obvio, resulta un remedio del todo distinto y ajeno a la responsabilidad civil. En el contexto del common law esta figura se centraría en el remedio del disgorgement y en el civil law, al menos algunas de sus manifestaciones, ingresarían en el enriquecimiento sin causa.

inherentes a dicha titularidad), sino que explica porque en la etapa patológica la mera afectación de dicho ligamen se erige en un daño in re ipsa.

Como se ha visto en el plagio, en la falsa atribución de paternidad (en la hipótesis que el titular de los derechos patrimoniales produzca la confusión), la contravención a la decisión del autor de mantener inédita su obra o bien en la no-modificación, entre otros supuestos, existe una afectación al vínculo entre el autor y la obra (en su originalidad así como expresión de la personalidad de su autor). Veamos, cuando sucede un plagio un individuo se atribuye la paternidad de todo o parte de la obra de otro, una vez acaecida tal apropiación, el daño ya se ha producido puesto que un sujeto que no es el autor aparece como si lo fuese, sin reconocimiento de la verdadera paternidad (a través del ejercicio del derecho de cita). En el caso de la publicación del inédito o en el cambio no-autorizado de la obra es claro que se vulnera el interés del autor, la mera publicación y/o la modificación afecta a la obra como manifestación de la personalidad del autor pues éste, por la razón que fuese, considera que el inédito no debe publicarse o bien que la obra tal y como esta es el reflejo de su faz interna (sentimientos, pensamiento, etc.). Mientras que en la falsa atribución de paternidad efectuada por un tercero, por ejemplo: el titular de los derechos de naturaleza patrimonial, el verdadero autor puede reivindicar su titularidad como reflejo de su personalidad. En todos y cada uno de estos casos el evento por sí mismo resulta en el daño al derecho de autor, sin requerir prueba de algún tipo de consecuencia en el plano de la realidad física o perceptible por lo sentidos (el denominado daño-consecuencia).

Por su parte, la doctrina suele sostener que el daño a derechos patrimoniales, o con componentes de tal naturaleza, tendrá un correlato en la realidad jurídica sea como un menoscabo (extracción de todo o parte de un bien) o bien como una pérdida (al impedir que determinado bien y/o beneficio ingrese a nuestro patrimonio), por lo que se lo puede calificar como un daño-consecuencia. Tal idea es sencilla de comprender pues es natural que cuando un bien, de ordinario de naturaleza física (un edificio) o de carácter inmaterial pero de contenido económico (crédito), sufre algún tipo de menoscabo se percibirá ello en la realidad corpórea del mismo, en su aptitud para satisfacer cierta necesidad o para generar determinado beneficio, vale decir, el perjuicio se manifiesta en esta consecuencia. Es por ello que en estos casos se solicita demostrar la existencia de tal consecuencia así como la diferencia entre el estado del patrimonio de la víctima antes del daño y luego de él (la denominada *Differenztheorie*)⁴⁴.

Si bien tal concepción describe con facilidad la mayoría de casos de daños a bienes o derechos de naturaleza patrimonial, cabe preguntarnos si tal circunstancia se presenta en el caso del elemento patrimonial del derecho de autor. En nuestra opinión la respuesta es negativa. En el caso del derecho patrimonial de autor también estaremos en presencia de un caso de un daño in re ipsa, lo cual nos permite ratificar la enorme trascendencia del componente personal en la configuración del derecho de autor. Nos explicamos. Cuando se observa una reproducción, difusión y/o distribución de la obra sin contar con el permiso o autorización del titular del derecho patrimonial de autor se produce, por el propio hecho, un daño que es susceptible de reparación por la responsabilidad civil pues a pesar que no se llegue a vender la obra se ha afectado perjudicialmente al titular al impedirse no sólo la explotación de la misma de acuerdo a su propio parecer, menoscabando (al menos en tanto potencialidad) el interés de adquirir los citados derechos o generando una reducción del valor de mercado de la obra (que es más notoria cuando la demanda es cubierta con los bienes que se difunden sin contar con la autorización necesaria) o bien afectando la percepción sobre la calidad de la obra. Similar razonamiento se aplica para el caso de las traducciones y/o adaptaciones no-autorizadas.

4.3 Análisis Sobre la Causalidad.

Por su parte, entre el comportamiento del presunto causante y el daño debe existir una relación de causalidad a fin de poder determinar la vinculación material (o física) entre ellos⁴⁵ y para luego, en la etapa del juicio de responsabilidad, establecer con claridad quien es el sujeto que debe soportar los costes económicos del daño⁴⁶ y su quantum. La importancia del nexo de causalidad se evidencia cuando se observa que "(...) se ha consolidado la idea, hoy prevalente en la cultura jurídica de los diversos sistemas, que el objeto del nexo causal es en realidad doble, concerniendo de un lado al evento lesivo, y del otro al daño resarcible, y que por tanto subsista una doble función del juicio de causalidad, o simplemente un doble juicio, por los cuales puede hablarse, respectivamente, de causalidad de hecho y de causalidad jurídica (...)”⁴⁷.

Ello significa que gracias al nexo de causalidad se evidenciará no sólo la vinculación material o física entre el evento dañoso y las consecuencias de éste, sino hasta que punto o monto deberá de responder el eventual responsable.

Ahora bien, la causalidad adecuada, teoría jurídica causal que acoge el legislador peruano en el artículo

44 PATTI, Salvatore, voz *Danno patrimoniale*, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezioni Civile*, vol V, Utet, Turín, 1989, pp. 94 y ss.

45 Cfr. ANNUNZIATA, Gaetano, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta*, Cedam, Padua, 2008, p. 39; FRANCESCHETTI, Paolo, *La responsabilità civile*, Maggioli, 2009, pp. 106–107; D'AURIA, Massimo, *Il nesso di causalità*, en AA. VV., *Responsabilità civile al cuidado de Vincenzo Cuffaro*, IPSOA, Milán, 2007, pp. 49–50; y, BIANCA, C. Massimo, op. cit., p. 128.

46 Cfr. ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, edición, traducción y notas de Leysser L. León, Jurista editores, Lima, 2006, p. 416.

47 SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, en *Tratado di diritto privato al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti*, Giuffrè, Milán, 1998, p. 171.

1985° del Código Civil, es un criterio por el que a través de un análisis estadístico o de probabilidad de ocurrencia (esto es, de regularidad o normalidad de verificación de que ciertos hechos traen aparejadas determinadas consecuencias dañosas)⁴⁸ se analiza el hecho o conducta atribuida al presente causante y el daño ocasionado (o que la víctima arguye que se ha producido). En el presente caso, podemos decir que es regular u ordinario que la publicación no-autorizada, la omisión del derecho de paternidad, la modificación de una obra, etc., son hechos que potencialmente no sólo se constituyen en daños a los elementos de naturaleza moral de tal titularidad sino que su verificación ocasiona la producción de daños de carácter patrimonial o material. Vale decir, somos de la opinión que existe una relación de causalidad adecuada entre este tipo de conductas lesivas y los daños que sufre el titular en cuanto a sus derechos de autor.

4.4 Criterio de Imputación y Derechos de Autor.

El último elemento de la responsabilidad civil que analizaremos es el denominado criterio de imputación. Como se sabe, los criterios que se han desarrollado a lo largo de los años pueden ser encuadrados en objetivos (tales como el riesgo creado, la exposición al peligro, etc.)⁴⁹ y subjetivos (dolo y culpa)⁵⁰. No obstante la enorme cantidad de estudios y de propuestas aún hoy se debate sobre como se imputa la responsabilidad ante un caso concreto y que justifica el empleo de un criterio objetivo o subjetivo.

En el caso de los daños por lesión de derechos de autor la judicatura, sobre todo la italiana⁵¹, ha sugerido la aplicación de un criterio objetivo para evaluar los supuestos de responsabilidad que involucren a personas jurídicas como agentes generadores del daño, pues se considera que la diligencia requerida para ejercer actividad empresarial incluiría también el conocimiento de la normativa sobre derechos de autor (así como una especial atención dirigida a su respeto), por lo que la persona jurídica no puede argumentar que se encuentra en un supuesto de ausencia de culpa cuando no haya efectuado un control de alguna naturaleza sobre el respeto de tales derechos. Ante tamaña afirmación no debe causar mayor perplejidad cuando se sostiene que la infracción de tales derechos se erige como un hecho objetivo que no requiere la prueba de algún elemento subjetivo adicional.

La lógica de tal forma de observar el fenómeno se aprehende si es que recordamos que en la hipótesis

antes mencionada, la conducta del dañador se aparta objetivamente de las exigencias legales acerca de la necesidad de contar con autorización para, por un lado, difundir, reproducir o distribuir la obra; o bien, por otro lado, la autorización para efectuar alguna modificación, publicar, traducir o adaptar la obra. En estas circunstancias resulta comprensible que el criterio de imputación se configure como objetivo, debido a la absorción de estas actividades dentro del riesgo de empresa⁵².

Sin perjuicio de lo anterior, empleando una metodología diversa para determinar si se aplica un criterio subjetivo u objetivo a tales supuestos se llega al mismo resultado. La metodología a la que hacemos alusión es la sugerida por Calabresi⁵³ con su propuesta de precauciones unilaterales y bilaterales. Bajo este esquema, la responsabilidad objetiva se empleará para analizar los casos en los que solamente una de las partes involucradas es susceptible, por su propio obrar, de determinar la verificación –o no– del daño (precaución unilateral); mientras que, correlativamente, se aplicarán las reglas de la responsabilidad subjetiva si es que las partes involucradas tienen la capacidad de influir con su conducta individual el acaecimiento del daño. Los supuestos de lesión del derecho de autor antes mencionados evidencian que sólo el dañador tiene la posibilidad, con su propio obrar, de determinar el acaecimiento del daño pues el autor (o el titular del derecho patrimonial) se encuentra plenamente sometido a la conducta fiel y legal de los terceros que conforman la sociedad y que potencialmente podrían afectar su derecho. Nos explicamos. El autor (o el titular del derecho patrimonial) salvo proceder a inscribir su derecho en la oficina de derechos de autor del INDECOPI (o, para ser más preciso, en alguno de sus registros existentes), lo cual a la sazón no resulta requisito para la tutela de su obra y/o de sus derechos sobre ella (recordemos que la protección jurídica se deriva del mero hecho de la creación sin requerir formalidad adicional alguna), no tiene ningún mecanismo o medio a su alcance que le permita evitar la configuración de un supuesto de lesión (la participación en la Asociación Peruana de Autores y Compositores no puede considerarse como un medio para evitar los daños sino meramente como un medio de respuesta frente a él, sin mencionar que sólo incorpora sólo a una parcela de las obras susceptibles de protección a través del derecho de autor). Vale decir, es sólo el dañador quien con su obrar influye, sea positiva o negativamente, en la posibilidad de generar algún tipo de perjuicio al titular o titulares de los derechos de autor sobre determinada obra.

48 ANNUNZIATA, Gaetano, op. cit., p. 45.

49 Sobre el particular resultan de consulta obligatoria los trabajos de TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milán, 1961, passim; COMPORTI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano editore, Nápoles, 1965, passim; CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499 y ss.; y, en nuestro medio, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN, Leysser L., *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*, en *Derecho: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 58, Lima, 2005, pp. 9–75.

50 DE CUPIS, Adriano, *Il danno; Teoria general della responsabilità civile*, tomo I, 3ª edición, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 139 y ss.

51 Corte de Apelaciones de Milán, 25 de febrero de 1997, en AIDA, VI-1997, p.480.

52 Cfr. TRIMARCHI, Pietro, *Il “caso fortuito” quale limite de la responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XIII, 1959, p. 828.

53 CALABRESI, Guido, *Optimal deterrence and accidents*, en *Yale Law Journal*, vol. 84, 1974, pp. 656 y ss., ivi pp. 666–668.

En efecto, resulta más que complicado que el dañador alegue que su actuación se debe a un supuesto de culpa (e incluso a uno de ausencia de culpa), pues por su propia actividad económica debe conocer sobre la existencia de algún tipo de derecho de autor sobre una obra y en caso no lo conociese ello no debiera ser óbice para la imposición de un resarcimiento por los daños. La razón de ello es que con tal opción se logra incentivar una medida adecuada de precaución por parte del dañador (quien, como se ha visto, es el único que puede evitar la verificación del daño), se refuerza el respeto por un derecho de la personalidad y se logra que el dañador (una persona jurídica en nuestra hipótesis)⁵⁴ incorpore en su estructura de costos todas las gastos y riesgos inherentes a su actividad.

Por su parte, en la hipótesis de vulneración de los derechos de autor que se verifiquen por la actuación u omisión de una persona natural, la discusión podría, en nuestra opinión, escindirse en dos:

- (i) lesión de elementos morales; y,
- (ii) lesión de elementos patrimoniales.

La razón de ello se explica básicamente a que, en virtud del interés merecedor de tutela así como por la manera en que se produce el daño, las personas naturales que se ponen en contacto o en posibilidad de lesionar los derechos de autor se comportarán de manera distinta dependiendo del elemento a ser afectado, sin mencionar que ello también tendrá un correlato en el propio aprovechamiento de la conducta por parte del dañador y, en fin, en el análisis de las capacidades de precaución. Pensemos en una persona que se encuentra desarrollando algún tipo de labor intelectual o artística, como es de esperar su actividad se encontrará inspirada, en mayor o menor medida, en el trabajo de otros; aquí la posibilidad de lesión se concentra en sí tal influencia es reconocida o si existe algún tipo de apropiación de la obra ajena. A diferencia del caso de una persona jurídica que se encuentra realizando una actividad económica y, por ende, se encuentra en capacidad de incorporar los costos inherentes a una correcta identificación del derecho de explotación e incluso de la paternidad de una obra, una persona natural no puede efectuar ello con gran facilidad. Es precisamente atendiendo a tal circunstancia que existe la posibilidad que se presenten supuestos de plagio involuntario o, si se quiere, de que se presenten grandes similitudes entre obras de autores que no conocen la existencia

del otro. No nos parece aconsejable someter estos casos al estricto régimen de la responsabilidad objetiva, si bien aún en este caso entendemos que estamos ante un supuesto que admite eximentes (por lo que sería una responsabilidad objetiva relativa)⁵⁵, pues a la larga importaría cargar la labor creativa de una persona natural con el consecuente perjuicio al desarrollo cultural⁵⁶.

En principio el supuesto tendría que ser subsumido en la responsabilidad objetiva, en atención a configurarse como un supuesto de prevención unilateral, sin embargo, si se cae en la cuenta que las personas naturales no están de ordinario en capacidad de efectuar una evaluación lo suficientemente profunda que les permita evaporar el riesgo de cometer algún tipo de lesión a los derechos de autor, máxime si es que no conoce de la existencia de los mismos, entonces por razones distributivas habría que calificar a dichos casos como de responsabilidad subjetiva. Con esta manera de proceder no se incrementa el costo de prevención sino que el mismo permanece estable. El dañador mantendrá el nivel de diligencia que puede desplegar considerando sus circunstancias personales pues de lo contrario se le calificaría su obrar como culposos; mientras que la víctima no se ve forzada a efectuar gastos adicionales por este concepto, puesto que al ser un supuesto de prevención unilateral al que se le invierte la regla de responsabilidad se encuentra –por la definición misma de esta teoría– imposibilitada de afectar con su obrar la realización del evento dañoso, con lo cual no efectuará desembolso alguno (asumiendo que su conducta se rige por los postulados de la racionalidad económica neo-clásica).

Asimismo, con el cambio de la regla de responsabilidad a una subjetiva, no se pone trabas al desarrollo cultural, el cual se vería seriamente afectado si es que se castigara a los eventuales agresores de derechos de autor con una regla objetiva, puesto que ellos o bien dejarían de producir obras (si es que las ganancias esperadas no compensan los costos esperados); internalizarían tales costos a su creación (incrementando con ello el costo de la obra y por ende adaptarían su conducta para producir sólo aquellas obras que compensen tales inversiones, sin mencionar la reducción de la cantidad demandada por el incremento de los precios); o bien asumirían el riesgo de que se detecte

54 La razón de tal hipótesis de trabajo es muy sencilla: son de ordinario las personas jurídicas las que han de vulnerar el aspecto patrimonial de los derechos de autor. Si bien admitimos que en nuestro medio encontramos muchos casos de personas naturales que se encargan de la reproducción y/o difusión ilegal de obras ajenas perjudicando de esta manera un derecho de naturaleza patrimonial, se debe admitir que ellos son tanto el último eslabón de la cadena y que, a su vez, muchas veces insertan su actividad, más o menos formal, en una persona jurídica (las tiendas que –de cuando en cuando– son intervenidas para incautar material que viola normas de derechos de autor, entre otras leyes).

Debemos admitir, sin embargo, que el aspecto resulta aún más complicado del que es presentado en el presente trabajo. Lamentablemente por razones de espacio y de objetivo, sólo deseamos exponer algunos lineamientos generales sobre la materia. En tal sentido, el esquema se ha simplificado con el fin de transmitir de manera más clara los supuestos expresamente abordados en el artículo.

55 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN, Leysser L., op. cit., p. 21.

56 MONATERI, Pier Giuseppe, op. cit., pp. 45–46; y, en nuestro medio, desde una perspectiva similar, si bien con aportes adicionales al asunto, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?, en *Themis-Revista de Derecho*, 2ª. época, núm. 50, 2005, p. 268.

la lesión pero con la esperanza de que sus ganancias compensen los costos de tal conducta (con lo cual no sólo se incrementarían el número sino la gravedad de los daños)⁵⁷.

Por su parte, la lesión de elementos patrimoniales también es susceptible de una ulterior diferencia: (i) cuando la titularidad de estos elementos permanecen en el autor o si han sido transferidos no han sido explotados; y, (ii) cuando ya han sido transferidos a un tercero para su explotación.

Somos de la opinión que los supuestos incorporados en (i) deben ser regulados por las consideraciones expresadas sobre la infracción de los elementos morales por parte de una persona natural. La razón es sencilla: la persona natural que lesiona en tales casos no se encuentra en capacidad de conocer ello e imponerle tales costos sería irrazonable.

En cuanto a los supuestos incorporados en (ii) deben ser regulados, en principio, en atención a las consideraciones de la lesión de los derechos de autor por parte de una persona jurídica. La diferencia de regulación se comprende si es que se percibe que en estos casos se observaría a una persona que esta desarrollando una actividad económica (nótese que aquí sólo habría vulneración del componente patrimonial y no del moral), sea a través de venta de copias no-autorizadas, sea difundiendo las mismas. Por tal motivo, la asignación de responsabilidad se encuentra exenta de todas las consideraciones que nos llevaron a aplicar una responsabilidad subjetiva a un caso que tenía los componentes de la responsabilidad objetiva.

4.5 Lineamientos sobre la Valorización de los Daños.

Ahora bien, una vez demostrado el daño, sea el que soporta el elemento patrimonial o el no-patrimonial, y que el mismo resulta imputable al dañador es momento de brindar algunas luces sobre como se determinará el quantum resarcitorio.

En cuanto a la afectación al componente moral de su derecho de autor, la judicatura peruana no ha sido muy prolífica al brindar criterios con los cuales estimar el valor de los daños morales. Incluso nuestro Código Civil se limita a establecer, en el artículo 1332º, que cuando se haya determinado la existencia de un daño más no su monto exacto el juez deberá fijarlo con valorización equitativa, tal criterio es, a la fecha, el que se ha venido empleando para estimar el resarcimiento por daño moral. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos también se suele tomar en consideración si el responsable del daño ya había sido sancionado previamente por

hechos semejantes, si actuó con dolo, su situación económica, etc. Nos parece que estos criterios deben ser aplicados por nuestra judicatura ya que brinda los incentivos necesarios a aquellas personas que han lesionado el derecho de autor de otra persona y permite dar contenido a la valorización equitativa antes aludida. Nos explicamos. Si se demuestra que una persona (sea natural o jurídica) ha lesionado conscientemente el derecho de autor de un tercero, es evidente que ante tal circunstancia el Derecho no puede permanecer impasible, el grado de reprochabilidad es un índice acerca de si el dañador esperaba recibir (o recibió efectivamente) un beneficio de su conducta. En caso, la persona que lesiona los derechos de autor se encuentre en capacidad económica de percibir tal infracción, entonces se le debe incentivar a tomar un óptimo nivel de precaución a través de una imposición de un resarcimiento un tanto más elevado con respecto a la lesión efectivamente sufrida.

El mensaje que se transmitiría a la sociedad nos parece adecuado: estas lesiones serán reprimidas severamente si es que se demuestra una actuación doloso o claramente imprudente (que raya en una conducta estratégica para alegar luego ignorancia).

Cabe mencionar que aquí no existiría la posibilidad de generar una búsqueda de resarcimientos (las denominadas gold digging actions)⁵⁸ puesto que aquí la responsabilidad se asignaría preferentemente en términos objetivos, con lo cual la víctima no puede crear una circunstancia en la que se afecten sus derechos de autor. Empero, en aquellos casos en los que sí se asigne la responsabilidad en términos subjetivos se deberá procurar que los montos resarcitorios adicionales no se dirijan a la víctima sino a entidades que tutelen y/o eduquen sobre el respeto de los derechos de autor.

En cuanto a la afectación al componente patrimonial del derecho de autor podría tomarse en consideración el tiraje y/o el nivel de venta que ha tenido el libro u obra para calcular los eventuales daños que ha sufrido por la publicación no-autorizada de su obra. Asimismo, podría tomarse en consideración el pago que hubiere recibido el dañador como producto de la publicación de la obra violatoria de los derechos de la víctima.

Finalmente, queremos sugerir la necesidad de estudiar la viabilidad del empleo de remedios como el enriquecimiento sin causa a fin de extraer los beneficios que, de modo ilícito, perciben los sujetos que violan los derechos de autor de terceros. Tal idea, que no tiene nada de novedosa, tiene ciertos inconvenientes tales como: el desconocimiento de nuestros operadores jurídicos sobre su alcance; la dificultad

57 El incremento del número de supuestos generadores de daño se explica por la conducta de los sujetos que intentarán "apostar al caballo ganador" pero que, potencialmente, errarán en tal toma de decisión o bien porque son personas sin aversión al riesgo; por su parte, la gravedad de los daños aumentará precisamente porque ahora se decidirá de modo (más o menos) consciente que tipo de lesiones a los derechos de autor compensa los riesgos y costos asociados a ello.

58 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law), en AA. VV., Estudios sobre la responsabilidad civil, traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, ARA Editores, Lima, 2001, pp. 229 y ss.; ivi pp. 262-268.

de determinar con claridad los beneficios que importaría la apropiación parcial de los derechos de autor ajenos (en cambio, cuando es por vulneración de componentes patrimoniales el asunto se aclara); la fuerte informalidad de las actividades vinculadas a la lesión de derechos de autor; etc.

Ante ello no podemos sino estar de acuerdo con el profesor Paolo Gallo quien enseña que un:

"...grupo de situaciones en donde estaría útil aplicar sanciones privadas ocurre siempre cuando alguien se enriquece como consecuencia de su comportamiento ilícito.

El enriquecimiento obtenido como consecuencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual [tort] puede ser más alto que el resarcimiento; en estas condiciones si se obliga al dañador sólo a pagar el resarcimiento éste se estaría enriqueciendo.

Por ejemplo si alguien vende bienes de su vecino a un precio superior de su valor efectivo, tal sujeto debiera ser obligado a devolver la íntegra suma de dinero obtenida; de no ser así, él ganaría la diferencia existente entre el valor verdadero y el precio obtenido.

Lo mismo resulta correcto cuando alguien intenta utilizar la imagen de un actor, un futbolista, entre otros, con propósitos publicitarios (derecho de publicidad).

Si el enriquecimiento es más alto que la pérdida soportada por la víctima de la conducta ilícita, se debe obligar a quien hubiere infringido un derecho no sólo a pagar el resarcimiento sino también a restituir el íntegro enriquecimiento.

No puede permitirse a nadie enriquecerse a costa de otros; puesto que de lo contrario se induciría a todos a infringir los derechos de los demás en orden

a ganar la diferencia entre el detrimento infringido y el enriquecimiento obtenido.⁵⁹

5. A manera de Conclusión.

El propósito del presente artículo, el cual queda graficado desde su propio título, era el presentar algunas consideraciones preliminares sobre un aspecto del derecho de autor o, si se quiere, exponer ciertas peculiaridades de un supuesto especial de responsabilidad extracontractual. Si bien esperamos haber cumplido con nuestro modesto objetivo, lo que más nos interesa es llamar la atención sobre dos aspectos medulares: el primero de ellos se refiere a la multiplicidad de intereses involucrados en el derecho de autor (aspecto que en ocasiones es olvidado en aras de solucionar los conflictos que se generan pero sin dar la atención debida a su justificación); y, en segundo lugar, la necesidad de interrelacionar áreas del derecho privado que, por razones inexplicables, muchas veces se desarrollan, por llamarlo de alguna manera, paralelamente sin percatarse de los instrumentos o de los conceptos que mutuamente pueden brindarse a fin no sólo de tutelar de mejor manera a los sujetos afectados sino para explicar con mayor detalle determinados fenómenos y con ello ampliar la perspectiva de análisis.

Finalmente, y para culminar tal y como hemos iniciado el presente trabajo, sólo nos queda, en aras de imprimir nuestra personalidad en la obra, recordar aquellas palabras que Umberto Eco puso en los labios de Guillermo de Baskerville, y que muestran acaso con mayor claridad la complejidad de emprender investigaciones en campos tan bastos como la responsabilidad civil y en el que han participado tantos ilustres autores, «[s]omos enanos, pero enanos sobre los hombros de aquellos gigantes, y, aunque pequeños, a veces logramos ver más allá...»

59 GALLO, Paolo, Punitive damages in Italy?, en The Cardozo Ellectronic Law Bulletin, www.jus.unitn.it/cardozo/review/Torts/Gallo-1997/gallo.doc, p. 6 (de la versión word, consultada el 1 de diciembre de 2008).