



Los derechos intelectuales en el constitucionalismo peruano

BALDO KRESALJA R.

Sumario: I. Precisiones terminológicas, ámbito y propósito de este estudio. II. Las Constituciones del siglo XIX. II.1. Lo que dicen los textos. II.2. Las opiniones y comentarios de la Doctrina peruana. III. Las Constituciones del siglo XX. III.1. Lo que dicen los textos III.2. Las opiniones y comentarios de la Doctrina peruana.

I. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS, ÁMBITO Y PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

«Los gritos del género humano en los campos de batalla o en los «cuerpos tumultuarios, claman al cielo contra los inconsiderados y «ciegos legisladores que han pensado que se pueden hacer «impunemente ensayos de quiméricas instituciones».

Discurso de Angostura (1819)

Simón Bolívar

«Con el tema de la Constitución se abrió la puerta de la vida «independiente del Perú. Fue también el último debate de cuando «conformábamos el Imperio español. Ha pasado más de siglo y «medio de vida republicana y la experiencia nos enseña que «debemos forjar verdaderos soldados del Derecho, juristas que «sepan defender con fortaleza la Constitución y las leyes del país. «Y esa fortaleza sólo se obtiene con el conocimiento pleno de «nuestra realidad histórica y constitucional, pues nadie puede amar «plenamente lo que no conoce».

Historia de las Constituciones del Perú (1978)

Juan Vicente Ugarte del Pino

I.1. Para el propósito perseguido por este estudio utilizamos la denominación *derechos intelectuales*¹, que no es de aceptación pacífica ni universal pero sí de uso extendido y creciente en el campo internacional, para abarcar aquellos derechos sobre bienes inmateriales, sobre creaciones intelectuales, que se encuentran en el ámbito de las artes –la llamada Propiedad Intelectual o Derechos de Autor– como de la industria y el comercio– la Propiedad Industrial. En efecto, esos bienes inmateriales son aquellos creados por la mente humana (idea = *corpus mysticum*) que se hacen perceptibles y utilizables económicamente a través de un instrumento que los materialice (*corpus mechanicum*), puente material que permite su identificación, conocimiento y utilización, y que están dotados de una tutela jurídica especial. El nombre derechos intelectuales tiene –dice Baylos– «la capacidad para aludir conjuntamente a los dos grandes sectores en que se ha solido dividir la materia que son, como es sabido, la propiedad intelectual y la propiedad industrial»², así como «manifestaciones de un género de protección característica de las sociedades modernas: la protección de ideas y concepciones en el arte y en la técnica, en la industria y en el comercio»³.

La utilización extendida del término «*propiedad*» para abarcar estos derechos, que es asunto polémico si se le confronta con aquellos que consideran que se trata de una «*concesión*» administrativa, obedece en buena medida a razones históricas⁴ y políticas⁵, quizás también de comodidad, por no haber otra tan conocida y eficaz en la cobertura que ofrece. Sin embargo, las creaciones protegidas a las que nos referimos son un hecho personal, la proyección de la personalidad de su autor, algo que le debe ser imputado, dando lugar a una relación de pertenencia, de paternidad. La expresión «*derecho de propiedad*» se utiliza pues en un significado más amplio y extremo que en el tradicional patrimonialista, pues abarca la proyección exterior de la personalidad del autor de la creación.

1. Baylos, H., «Tratado de Derecho Industrial», Madrid, 1978, pág. 43 y ss. y Gómez Segade, J. A., «El Secreto Industrial», Madrid, 1974, pág. 69 y ss. Entre nosotros Pizarro, E., «Los bienes y derechos intelectuales», Tomo I, Lima, 1974, págs. 56, 81 y 101, lo utiliza en sentido restringido, referidos a los Derechos de Autor, «de creación propia», y a los derechos del inventor o investigador, «de creación impropia»; los primeros únicos e inimitables, los segundos sujetos inexorablemente al fenómeno de la superación, merced al constante perfeccionamiento del conocimiento humano, razón por la cual los primeros –dice Pizarro– tienen preeminencia (págs. 83 y ss).
2. Baylos, H., Op. Cit., pág. 43
3. Ibid.
4. Vid. Roubier, P., «Le droit de la Propriété Industrielle», Paris, 1952, pág. 92 y ss. Entre nosotros, por ejemplo, Villarán, L.F., «La Constitución peruana comentada», Lima, 1899, pág. 107 y ss., Romero Romaña, E. «Los Derechos Reales», Lima, Tomo I, págs 116 y 117, 223 y ss.; Rubio, M. «Estudio de la Constitución Política de 1993», Volumen I, 1999, pag. 259 y ss., la emplean ampliamente.
5. El reconocimiento como derecho de propiedad obedeció, dice Rotondi, mas que a justificaciones científicas o jurídicas a razones políticas: «*A tale attribuzione però, piú che una giustificazione científica e giuridica, deve aver contribuito, se non andiamo errati, una ragione politica*», Rotondi, M., «Diritto Industriale», Padova, 1965, pág. 178.

De otro lado, es preciso decir que la utilización del término «*derechos intelectuales*» para abarcar tanto los Derechos de Autor como a la Propiedad Industrial, no significa desconocer la diferente naturaleza de los distintos tipos de objetos protegidos por cada una de esas ramas, pues ella es evidente y se manifiesta no solo en su estudio doctrinal sino en la regulación positiva⁶. Esas diferencias se aprecian tanto en las facultades de carácter moral como en las de índole patrimonial, en el goce intelectual y la utilidad industrial y económica que ofrecen. No es este el lugar para extendernos en esta materia⁷, pero conviene dejarlo aclarado, así como también de la existencia de un método expositivo que asume las características comunes de ambos sectores reconduciéndoles a conceptos unitarios fundamentales, y que comprende derechos subjetivos que recaen sobre bienes inmateriales que gozan de un tipo de protección común vista desde la Teoría General de los Derechos Intelectuales, así como de su conexión con el fenómeno de la competencia económica. En síntesis, como bien señala Baylos, los derechos intelectuales deben ser contemplados tanto como posiciones privilegiadas frente a la competencia y como derechos subjetivos privados⁸.

Con frecuencia haremos también referencia a la consagración constitucional de la libertad de industria y comercio, pues ella es coadyuvante al reconocimiento moderno de los derechos intelectuales y a su creciente importancia económica. En efecto, la protección jurídica a los autores, inventores y a los signos mercantiles de los comerciantes, «*con independencia de su mayor o menor antigüedad, se vinculan de una forma mas o menos directa con el principio de la libertad de comercio e industria proclamado por la Revolución Francesa*»⁹. En otras palabras, el reconocimiento constitucional republicano a los derechos intelectuales solo puede entenderse como consecuencia de la consagración del principio de la libertad de industria y comercio, declaración auténticamente revolucionaria, ya que su práctica había sido escasa sino inexistente¹⁰. De otro lado, parece que en el Derecho Indiano no existían normas específicas dirigidas a los autores e inventores.

I. 2. Por cierto, y tal como se verá, nuestros textos constitucionales se refieren con términos no uniformes ni sistemáticos a los *derechos intelectuales*; pero debe quedar claro, además, que no utilizan jamás esta denominación. Nosotros lo hacemos por las razones antes dichas, para abarcar las menciones a inventores, autores, propiedad intelectual, nombres y marcas, etc. que han hecho nuestras Constituciones. Nos ha parecido conve-

6. En la actualidad en el Perú los Derechos de Autor son protegidos por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones y Decreto Legislativo 822; y la Propiedad Industrial por la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones y Decreto Legislativo 823.

7. Vid. por todos Baylos, H., Op. Cit.

8. Baylos, H., Op. Cit., pág. 115; Vid. También Cornish, W.R., «Intellectual Property: patents, copyright, trademarks and allied rights», London, 1981, pág. 3 y ss.

9. Bercovitz, A., «La formación del Derecho de la Competencia» en Actas de Derecho Industrial 1975, Madrid, 1976, pág. 63.

10. Kresalja, B., «La libertad de empresa, fundamento del sistema económico constitucionalizado» en «Libro Homenaje a Jorge Avendaño», Tomo II, Lima, 2004, pag. 473 y ss.

niente no incidir tanto en las diferencias entre los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial sino mas bien apreciar conjuntamente su correspondencia y evolución en los textos constitucionales. Y lo hacemos porque no hemos encontrado un estudio anterior en ese sentido aunque sí, como veremos, variados comentarios en la Doctrina tanto del siglo XIX como del siglo XX.

El ideal sería que un estudio como este se vea complementado con otros que abarquen la evolución de la legislación positiva durante el mismo periodo, así como de la realidad administrativa en lo concerniente al otorgamiento de títulos, reconocimiento y protección de derechos, a las decisiones de los tribunales y, lo que sería aun más importante: si existe una correlación entre las mencionadas constituciones y las leyes positivas con el desarrollo artístico, tecnológico y económico del país. No sabemos si existe tal correspondencia y probablemente nunca lo sabremos. Quizás ha ocurrido, como en otras materias, un divorcio y un abismo entre la norma y la realidad socio-económica y cultural. Mas a pesar de su importancia, ese análisis excede con largueza a nuestro propósito específico y a nuestras posibilidades.

Si bien poca duda cabe que la historia constitucional está estrechamente vinculada al acontecer político, no es empeño nuestro estudiar esa vinculación y proyectarla al tema que nos interesa. Solo haremos un análisis de los textos constitucionales y de las citas de la doctrina nacional que consideramos pertinentes a nuestro propósito.

I.3. Para el presente artículo hemos tomado en cuenta doce textos constitucionales republicanos, a saber: 1823, 1826, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993. También el texto de la Constitución de Cádiz de 1812¹¹ y el Estatuto Provisional de San Martín de 1821. Sin embargo, con el objeto de facilitar nuestra exposición haremos una división: la primera comprende las Constituciones del siglo XIX y la segunda las del siglo XX.

Como sabemos, se trata de un número grande de Cartas fundamentales, extendido defecto que aqueja a muchos países iberoamericanos. Por ello es pertinente recordar, tal como lo hace Domingo García Belaunde en el prólogo a la edición oficial de «*Las Constituciones del Perú*»¹², lo que decía don Manuel Vicente Villarán, notable jurista ya fallecido, en el sentido que el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constitucio-

11. Como bien señala Juan Vicente Ugarte del Pino para conocer a fondo la historia del constitucionalismo americano y peruano debe estudiarse la primera Constitución que rigió entre nosotros, mas aun cuando en ella participaron diputados de toda América. Según el autor citado, con motivo de las Cartas de Cádiz se realizó en el Perú la primera elección de diputados de Hispanoamérica en agosto de 1809. La Constitución fue jurada y promulgada en Lima en 1812, con las formalidades de la época, habiéndose incluso efectuado nombramientos de autoridades conforme a ella. Los diputados peruanos defendieron los derechos iguales de la raza aborigen y de la negra. Vid. «Historia de las Constituciones del Perú», Lima, 1978, pág. 23 y ss.

12. García Belaunde, D. y Gutiérrez Camacho, W., «Las Constituciones del Perú», Ministerio de Justicia, Lima, 1993, págs. 9 y ss.

nes, esto es, que tenemos una manía legisferante¹³ que no parece haber amainado. Y señala con verdad García Belaunde que esa exuberancia de textos no ha hecho mejores ni a nuestros gobernantes ni a nuestras instituciones y que, en el mejor de los casos, han sido instrumentos para mejor encauzar una conducta social en forma políticamente adecuada¹⁴.

II. LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX.

«Al examinar atentamente la conducta y las ideas de los hombres públicos del país y aun de la mayoría de sus habitantes se nota, con dolor, que el indiferentismo se ha apoderado de todos ellos; el indiferentismo más funesto aun, en nuestro humilde sentir, que las facciones violentas que desgarran las entrañas de la patria: porque éstas siquiera tienen la disculpa de ocuparse de la cosa pública, aunque lo hagan de un modo violento, mientras que los indiferentes ven con frialdad los males de la patria sin que su corazón se oprima cuando ella sufre, ni experimente la menor sensación de gozo cuando progresa y adelanta».

Cuestiones Constitucionales (1854)

Toribio Pacheco

«Determinar la extensión de la libertad individual en el seno de la sociedad, ó sea el límite del poder social sobre cada uno de sus subordinados, es sin duda el más

13. Decía en 1962 Luis Echeopar García, en el Prólogo del libro que dio lugar a la publicación del ante-proyecto de Constitución de 1931, Lima, 1962, pág. 7, que nuestras cartas políticas han tenido apenas 10 años de vida media y pone como ejemplos extremos a las de 1823, que quedó en suspenso al día siguiente de su promulgación; a la de 1826 que no llegó a dos meses de vida; la de 1834 que duró menos de un año; y a la de 1867 que tampoco cumplió un año. Y agrega: *«Es todo ello, sin duda, fruto de una vida política inestable, de un choque continuo de intereses y de pasiones, pero, en nuestro concepto revela, también, algo más profundo: que el país no ha logrado encontrarse a sí mismo, y que ha puesto más esperanzas en caudillos transitorios y en las leyes dadas por éstos que en el esfuerzo colectivo y perseverante de sus hombres a través de la historia. Por eso, cada vez que cayeron los caudillos desaparecieron con ellos sus constituciones»* (pág. 8)

14. En fecha tan temprana como 1854, Toribio Pacheco explicará y justificará la necesidad de cambios en los textos constitucionales de la manera siguiente: *«Si es cierto, y estamos convencidos de ello, que las instituciones que se den de golpe a un Estado no modifican, en el acto, el carácter de los individuos que lo componen; también lo es que esas instituciones pueden ejercer una influencia paulatina y progresiva en las costumbres de las masas. Pero entonces las instituciones se presentan como medios de obtener el fin social; y no como medios fijos e invariables, sino expuestas al cambio continuo que exija la variación que se note en el espíritu público. Así, es absurda, antirracional y antiprogresista la pretensión de los legisladores que han querido dar a los pactos fundamentales de los Estados un carácter de inmutabilidad que de ningún modo les puede convenir, aunque sea considerando tan sólo que, al fin, son obra de hombres y que, por tanto, deben de llevar en sí el sello de la imperfección, que es la herencia de nuestra pobre humanidad.* «Cuestiones Constitucionales», Arequipa, 1854, reedición, Lima, 1989, pág. 260.

importante y el más serio de los problemas que la Ciencia del Derecho deba resolver»

.....

Que serían la mejor de las Constituciones, sin el sentimiento del deber, sin el interés de la cosa pública?»

Derecho Constitucional Filosófico (1881)

Luis Felipe Villarán

II. 1. LO QUE DICEN LOS TEXTOS

II.1.1. En la Constitución de Cádiz de 1812, la más extensa de cuantas nos han regido, no hay mención específica a los derechos intelectuales, a pesar que ya en esa época en algunos países europeos se concedían privilegios a los inventores y se protegían los signos mercantiles, tales como los nombres y las marcas¹⁵. Las Cortes o Parlamento, según la mencionada Constitución, tenían facultades para aprobar los tratados de comercio (Artº 131.7) y para *«promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan»* (Artº 131.21), lo que hubiera debido llevar, necesariamente, al reconocimiento de derechos intelectuales mediante normas específicas.

Es de interés constatar que a las Diputaciones provinciales, división político administrativa cuyo jefe era nombrado por el Rey y que debía gobernar con ciudadanos elegidos, es a la que se encarga de *«promover la educación de la juventud conforme a los planes aprobados, y fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos»*, (Artº 335.5) declaración sin duda extraordinaria en su intencionalidad y amplitud, por su temprana y precisa referencia a la íntima relación entre educación, inventiva y desarrollo.

La Constitución de Cádiz proclamó la libertad de pensamiento y su libre expresión y aprobó una ley de imprenta después de acalorados debates¹⁶. Así, las Cortes tenían facultades para proteger *«la libertad política de la imprenta»* (Artº 131.24), materia vinculada al reconocimiento de los Derechos de Autor o Copyright. Y haciendo quizás un reconocimiento implícito a que los derechos intelectuales no debían nacer u originarse –como había sido común– en la voluntad o capricho del príncipe, se restringía la autoridad del Rey, pues no podía *«conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna»* (Artº 172.9)¹⁷. Con estas disposiciones se deseaba poner fin a la censura previa, en especial, para los escritos políticos; censura que tuvo vigencia sin interrupción durante la Colonia.

15. Vid. Baylos, H., Tratado de Derecho Industrial, Op. Cit., pág. 119 y ss.

16. Ugarte del Pino, J.V., Op. Cit., pág. 32.

17. Resulta pertinente recordar la extraordinaria importancia histórica para el mundo anglo-sajón del Estatuto de Monopolios de Jacobo I, dictado en 1623 en Inglaterra, que persigue declarar ilícito todo monopolio que no se conceda al verdadero inventor, lo que había sido un frecuen-

II.1.2. El Estatuto Provisional de 1821 dictado por José de San Martín no contiene disposición sobre derechos intelectuales y, por su propio carácter y corta extensión, solo trata de algunas materias de orden político fundamentales, y en frase de aquel «*limitado a las ideas prácticas que pueden y deben realizarse*»¹⁸. Entre estas la que dispone que todo ciudadano tiene derecho a conservar y defender su propiedad (Sección Octava, Artº 1), y el reconocimiento de la libertad de imprenta (Sección Octava, Artº 4).

II.1.3. La Constitución de 1823, dictada según proclama para afianzar la libertad y promover la felicidad de los pueblos, «*el producto más genuino de todos los documentos producidos por la revolución emancipadora*»¹⁹, no estuvo realmente en vigencia un solo día, puesto que el mismo Congreso que la discutió y aprobó, el día anterior a su promulgación declaró en suspenso el cumplimiento de los artículos constitucionales que fuesen incompatibles con las facultades dadas al Libertador Simón Bolívar. Hizo un amplísimo reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano²⁰ e indicó el reconocimiento de la propiedad como derecho²¹; derecho consustancial al liberalismo clásico, declarando sagrado en la Declaración de Hombre y del Ciudadano aprobado por la Asamblea Constituyente de Francia en 1789, y reconocido en textos internacionales posteriores de extraordinaria importancia, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En lo que nos interesa, la carta de 1823, otorgó al Congreso con el carácter de facultad exclusiva el «*conceder privilegios temporales a los autores de alguna invención útil a la República*» (Artº 60.20), con lo cual reconocía expresamente la importancia de la actividad inventiva para el futuro de la nascente república, así como el carácter de materia reservada al Congreso, buscando quizás dar estabilidad y jerarquía suficiente al título correspondiente²².

Reconoció la Constitución de 1823 la facultad exclusiva del Congreso para decretar todo lo necesario para la instrucción pública y la conservación y progreso de la fuerza

te abuso en ese país. Sobre la institución del privilegio del Príncipe, su arraigo en la Europa de la Edad Media, como creación de un derecho nuevo que se asienta en uno anterior, y su influencia posterior en la protección jurídica al inventor, vid., Baylos, H., Op. Cit., pág. 150 y ss.

18. Ugarte del Pino, J.V. Op. Cit., pág. 125.

19. Pareja Paz Soldán, J., «Derecho Constitucional Peruano», 3ra. edición, Lima, 1963, pág. 52. El primer Congreso Constituyente que dicta la «Carta utópica» de 1823 constituye –según Raúl Ferrero R.– el momento estelar de la primera generación liberal que comienza a actuar alrededor de 1790 y que se agrupan en el «Mercurio Peruano». Vid. Ferrero, R., «El liberalismo peruano», Lima, 1958, pág. 20.

20. Villarán, M. V., «La constitución de 1823» en «Páginas escogidas», Lima, 1962, pág. 41

21. Rubio, M., «Estudio de la Constitución Política de 1993», Lima, 1999, pag. 361

22. Durante la primera parte de la República siguió regiendo en esta materia la ley española, tema que no será tratado en este artículo. A este respecto es pertinente señalar que el Artº 121 de la Constitución de 1823 dispuso que todas las leyes anteriores a ella quedaban en vigor en tanto no se opongán «*al sistema de la independencia*» y mientras se promulgaran los Códigos civil,

intelectual (Artº 60.22) y también la protección de la libertad de imprenta «*de modo que jamás pueda suspenderse su ejercicio, ni mucho menos abolirse*» (Artº 60.27).

Las Juntas departamentales, presididas por el Prefecto como máxima autoridad política, tenían entre sus atribuciones el «*promover todos los ramos conducentes a la prosperidad del departamento, y señaladamente la agricultura, industria y minería*» (Artº 135.3).

Resulta de interés poner de relieve que en el Capítulo dedicado a la educación pública, la Constitución garantizaba el derecho a una instrucción común e igual para todos mediante establecimientos de enseñanza, institutos científicos, premios, el ejercicio libre de la imprenta y «*la inviolabilidad de la propiedad intelectual*» (Artº 181 y 182), mención que parece estar referida, a diferencia de la anterior contenida en el citado Artº 60.20, a lo que hoy denominamos Derechos de Autor, y que aparecerá hasta la Constitución de 1839. De esta manera, en la primera Constitución republicana la educación y los Derechos de Autor están íntimamente vinculados, otorgándoles un estatuto de inviolabilidad al igual que a la propiedad común (Artº 193.3), quizás réplica local de la famosa exclamación en la Asamblea Nacional francesa de 1791: «*Le droit des inventeurs est la plus inattaquable, la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle des propriétés*»²³. Igual afirmación se hará en dicha Asamblea sobre las obras de los escritores.

II.1.4. En la Constitución de 1826 elaborada por Simón Bolívar, también denominada Constitución Vitalicia, aunque solo perduró 49 días, la Cámara de Censores tiene entre sus atribuciones el «*proponer reglamentos para el fomento de las artes y de las ciencias*» (Artº 60.4) y «*proteger la libertad de imprenta*» (Artº 60.3). Pero es en el Título de las Garantías donde aparece un reconocimiento expreso a los inventores; en efecto, el Artº 149 señala: «*todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos, y de sus producciones. La Ley le asegurará un privilegio exclusivo temporal, o resarcimiento de la pérdida que tenga en el caso de publicarlo*». Detengámonos con un breve análisis en esta disposición.

Más allá de algunas inexactitudes en el lenguaje, enjuiciadas desde nuestra actual perspectiva²⁴, la norma reconoce no solo el derecho de los inventores a su «*propiedad intelectual*», esto es, a su invento, sino que ella tendrá necesariamente carácter temporal y exclusivo, características que hasta hoy se consideran esenciales en la legislaciones correspondientes, sino que además se lo extiende a «*sus producciones*», lo que debe

criminal, militar y de comercio. La primera ley republicana sobre inventos se denominó «Ley de Privilegios» y fue promulgada el 28 de enero de 1869 durante la presidencia de José Balta.

23. Roubier, P. «Le droit», Op. Cit., pág. 92.

24. En efecto, la palabra «descubrimiento», suele entenderse actualmente en dos sentidos; uno amplio que significa algo nuevo y que puede por tanto comprender invenciones y otro restringido que es el que se utiliza en la Propiedad Industrial: revelación de algo hasta entonces desconocido, pero que no se traduce en una regla técnica concreta, razón por la que se le niega la protección mediante una patente de invención. Vid. Gómez Segade, J. A., «El secreto industrial», Op. Cit., pág. 97 y ss.

entenderse como el derecho que tiene el titular a explotar su invento en exclusividad, más que a un derecho que permanece en sus manos después de la primera venta del bien respectivo. Pero la garantía va más allá aun, puesto que manda que la ley correspondiente reconozca un resarcimiento por la pérdida, esto es, una compensación monetaria (daños y perjuicios) por lo que pueda haber significado su publicación, esto es, dado a conocer el invento. Y no cabe duda que nos encontramos frente a un exceso o, si se quiere, una desprolija técnica legislativa. Como se sabe, si el inventor no acude a solicitar una protección o patente haciendo uso del trámite que la ley señala, sino que publica o da a conocer su invento, entonces este pasa al dominio público, beneficia a todos, y tal hecho no puede dar lugar a compensación alguna. Salvo que el constituyente de 1826 considere que debe resarcirse al inventor inclusive en caso de falta de diligencia por el solo hecho de inventar. Pero no creemos que eso sea así, ya que esta interpretación nos llevaría a un callejón sin salida, pues entonces ¿cómo determinar que se tratara de un invento merecedor de tutela ahora que ya todos lo conocen? ¿cómo valorar esa «pérdida»? La cortísima vigencia del texto constitucional hace inútil continuar con este ejercicio, que debe quedar mas bien en el campo de lo anecdótico. Es quizás por todo ello que Edmundo Pizarro entiende que esa referencia esta hecha al autor de una obra en el ámbito literario o artístico, el que se perjudicaría con la publicación²⁵, más que al inventor.

De otro lado, la mención del Artº 149 al término «*privilegio*», tal como lo había hecho el artículo 60.20 de la Constitución de 1823, y como lo haría la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837, es una secuela de los privilegios reales otorgados por la monarquía española durante la Colonia y que a esa fecha se encontraban ya abolidos, y que más tarde tomaron las denominaciones de licencias o patentes de invención. La Constitución 1828 introdujo el término «patente» en su Artº 167, lo que se mantuvo, con una redacción en su texto con muy ligeras variantes, hasta la Constitución 1860.

II.1.5. «*Hasta 1828 no hubo, en realidad Constitución; vivió el país bajo las sucesivas dictaduras de San Martín, de la Asamblea Constituyente y de Bolívar. La Constitución Vitalicia de 1826, impuesta por Bolívar y los bolivarianos, fue un conato efímero de organización cesarista*»²⁶. Esta afirmación de Manuel Vicente Villarán es la que explica esta otra sobre la Constitución de 1828, de origen popular: «*madre de todas nuestras Constituciones*»²⁷ que «*puso los durables cimientos de nuestro hogar políti-*

25. Pizarro, E., «Los bienes ...», Op. Cit., pág. 110

26. Villarán, M. V., «La Constitución de 1828» en «Páginas escogidas», Op. Cit., pág. 45

27. Ibid. Calificación que cuestiona Pareja Paz-Soldán, J., «Derecho constitucional peruano», Op. Cit., pág. 70. La cita completa de Villarán es la siguiente: «... una nueva Asamblea dio la nueva Constitución de 1828, que con buen título merece el nombre de madre de nuestras Constituciones. Todas las posteriores dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, mas o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original. En el convulsivo periodo de siete años, llenos de grandes sucesos, corridos desde 1821 a 1828, se elaboraron, sin embargo, materiales que aprovecharon las constituyentes de 1828 y plantearon temas, definieron tendencias y quedaron resueltos problemas cardinales».

co»²⁸. Ella otorga al Congreso atribuciones para reglar el comercio interior y exterior (Artº 48.12) así como también el «acordar patentes por tiempo determinado a los autores o introductores de alguna invención o mejora útil a la República» (Artº 48.19). Supera con ello las disposiciones antes citadas de las Constituciones de 1823 y 1826 en cuanto al ámbito de la protección: en efecto, ya no estarán solo comprendido los autores, (esto es, los inventores), sino también aquellos que no siéndolo necesariamente introduzcan alguna invención o mejora útil a la República y por tanto antes no conocida. Quedaba así legitimado el camino al reconocimiento de las llamadas «patentes de introducción», que tenían reconocimiento en algunas legislaciones extranjeras, y que hoy han sido prácticamente desechadas en todo el mundo²⁹.

La Constitución de 1828 es más generosa que sus antecesoras en las menciones a inventores e inventos. Por cierto, como en la anterior de 1823, las Juntas Departamentales tenían como atribución el proponer, discutir y acordar medidas de fomento a las actividades económicas (Artº 75.1). Y también como en la de 1826 el Estado se obliga a garantizar la propiedad (Artº 149) y a declararla inviolable (Artº 165). Repite, en su Artº 167, ampliando la cobertura que daba el Artº 149 de la Constitución de 1826 antes citado, el que dice así: «Los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones: la ley les asegura la patente respectiva, o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlos», con lo que son válidos los comentarios hechos anteriormente para el Artº 149 de la Constitución de 1826, a lo que se adiciona –como hemos puesto antes de manifiesto– a los «introductores» de conocimientos útiles. Pero hay que señalar que desaparece el vocablo «privilegio», adoptándose el de «patente»; reapareciendo el primero en el texto de 1837 para no volverse a encontrar después.

Finalmente, en su Artº 171, en virtud del cual se garantiza la instrucción primaria gratuita, se hace lo propio con la inviolabilidad de las «propiedades intelectuales», disposición similar a la contenida en el Artº 182.5 de la Constitución de 1823. Tal como hemos señalado esta «propiedad intelectual» parece estar referida a lo que hoy denominamos Derechos de Autor, en contraposición de las disposiciones sobre invenciones que estarían referidas al ahora llamado Derecho de Patentes, parte integrante y sustantiva de la Propiedad Industrial.

28. Villarán, M V., «La Constitución de 1828», Op. Cit., pág. 49

29 En las «patentes de introducción» las invenciones que constituyen su objeto no necesitan poseer novedad mundial sino nacional. Pero este extremo no fue históricamente el más criticado, pues Inglaterra –por ejemplo– lo practicó extensamente, sino más bien que la protección se puede otorgar a quien no sea el inventor y se haya limitado a copiar una invención ajena. Las «patentes de introducción» solían otorgarse por plazos menores a las auténticas patentes y estaban sujetas a más cargas. Cabe señalar, a modo de ejemplo, que estuvieron vigentes en España (Estatuto de la Propiedad Industrial, Artº 68 a 72) hasta fecha tan relativamente reciente como 1986.

II.1.6. La Constitución de 1834, en cuya discusión se encuentra ya planteado el tema de la Confederación Perú-Boliviana³⁰ y en cuyo Artº 11 de las Disposiciones Transitorias se solicita a la Corte Suprema los proyectos de los Códigos civil, penal, de comercio y procedimientos, continúa en la ruta de sus antecesoras en lo que a la mención de derechos intelectuales se refiere. En efecto después de declarar inviolable el derecho de propiedad (Artº 161), su artículo 163 es prácticamente igual al 167 de la Constitución de 1928, con un agregado que lo mejora: y es que el resarcimiento por la pérdida que pueda experimentar un inventor por la publicación de su invento, suponiendo claro está que ello se haya hecho antes del otorgamiento de una patente, sólo se origina cuando se les ha obligado a ello. ¿Y quien podría hacerlo? Pues solo el Estado, por un variado conjunto de razones que no es del caso ahora imaginar y que seguramente habrían tenido sustento más bien débil o discutible. Por tanto, quien debe resarcir por exigir la publicación de un conocimiento de carácter secreto, extrayéndolo ilícitamente de la esfera de su poseedor, sea que aspire o no al otorgamiento de una patente, es el Estado. Y dispone esto el Artº 163 porque ningún individuo ni gobernante estaba legítimamente autorizado a exigir tal publicación, que hacía a esa propiedad entonces inútil, mas aun cuando toda propiedad había sido declarada inviolable por la misma Constitución. Pero no dice más la Constitución de 1834 sobre la materia que nos ocupa; en consecuencia, dice menos que sus antecesoras.

II.1.7. La Ley Fundamental de la Confederación Perú – Boliviana de 1837 otorga al Protector, Jefe Supremo del Poder Ejecutivo y de la Confederación, el gran Mariscal del Perú Andrés de Santa Cruz, de injustificada pobre recordación en nuestros días, la atribución de «conceder privilegios exclusivos a los inventores o introductores al territorio de la confederación de máquinas útiles a las ciencias y a las artes» (Artº 30.20). No dice más sobre la materia. Solo cabe advertir que parece identificar, lugar común en esa época, a todo invento con «máquinas útiles».

II.1.8. La Constitución de 1839, promulgada en Huancayo por Agustín Gamarra con el afán de perpetuarse en el poder, al igual que sus antecesoras, declara inviolable el derecho de propiedad (Artº 167), inclusive de «las intelectuales» (Artº 174), así como la libertad de trabajo, industria o comercio (Artº 169). En lo que se refiere a los inventores, en su artículo 170 retoma la redacción del Artº 167 de la Constitución de 1828, a cuyo comentario nos remitimos.

II.1.9. Existen diferencias en el tratamiento que hace el Estatuto Provisorio de Ramón Castilla de 1855³¹ y las Constituciones de 1856 y 1860 que promulgó. En efecto, en el Estatuto son atribuciones del Presidente Provisorio el expedir «patentes de industria» (Artº 1.25), no sabemos si se refiere a permisos, autorizaciones o patentes de inven-

30. Ugarte del Pino, J.V., Op. Cit., pág. 258

31. Edmundo Pizarro señala que la última mención a las «propiedades intelectuales» aparece en el Estatuto Provisional dictado por Ramón Castilla el 27 de julio de 1855, «Los bienes», op. cit. pág. 110.

ción. En todo caso, en lo que se refiere a los inventores, su Art° 17 repite el Art° 170 de la Constitución de 1839.

La Constitución de 1856, formulada en una Convención dominada por los liberales y que «no fue cumplida en ninguna de sus partes»³², declara, una vez más, a la propiedad como inviolable (Art° 25), y en su Art° 27 dice: «*La Ley asegura a los autores o introductores de invenciones útiles, la propiedad exclusiva de ellas, o la compensación de su valor si convinieran en que se publiquen*». Si bien el propósito es similar a anteriores disposiciones constitucionales sobre la materia, el sentido de la redacción es distinto. En efecto, ahora se aclara que la compensación que recibiría el inventor por la publicación de su «*invención útil*» es consensuada, esto es, tiene que voluntariamente aceptarlo y convertirlo precisamente con el Estado. Dificil asunto, que trae a colación interrogantes diversas: ¿se trata de una invención que pasaría al dominio público con autorización del inventor?, ¿la valorización comprendería el uso útil debidamente probado, sea en el país o en el extranjero?, ¿se trata, simplemente, de «*premiar*» al «*introducido*» del conocimiento, aunque no sea el inventor?

De otro lado, este texto de 1856 no dice palabra alguna sobre los Derechos de Autor, ya que no cabe duda que la mención a «*los autores*» del Art° 27 está referida exclusivamente a los inventores, sean «*autores o introductores*».

II.1.10 La Constitución de 1860³³, que sigue en mucho a su antecesora de 1856 y «*poda con mano discreta los yerros que contenía*», introduce sin embargo un cambio de importancia al referirse a la propiedad. Dice su Art° 26: «*La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada*». La novedad reside en la mención expresa que hace a la propiedad intelectual, literaria o artística, esto es, a los Derechos de Autor, y a que la diferencia de la propiedad material.

En el Congreso que modificó la Constitución de 1856 y que dio lugar a la Constitución de 1860 se produjeron debates de gran interés en lo que a derechos intelectuales se refiere. El artículo 27 propuesto por la Comisión fue el siguiente:

32. Ugarte del Pino, J.V., Op. Cit. pág. 387. Ferrero dice: «*La Carta de 1856 es la mejor expresión de nuestro liberalismo*», Ferrero, R., «El Liberalismo peruano», pág. 31

33. Ha sido la que más años ha estado vigente. Muchos han opinado que ello se debió a sus méritos. Echeopar dice: «*En un país en que tantos factores parecen distanciar casi irremisiblemente a las gentes, sea por las inmensas barreras geográficas que encierran las diversas zonas de su territorio, sea por la diversidad de las razas que lo habitan, sea por razón de los tremendos desniveles que su población presenta en lo cultural, en lo económico y en lo social, sus autores supieron distinguir y adoptar los fundamentales elementos de unificación que también existen en la República y que son los que contribuyen a hacer de ella una nación independiente y coherente a pesar de su diversidad*». Echeopar, L., Prólogo al «Anteproyecto de Constitución de 1931», Op. Cit., pág. 8. Por su parte, Pareja señala: «*La Constitución del 60, atendida la época y las circunstancias, ha sido el más notable documento constitucional del país*». Pareja Paz-Soldán, J., «Derecho Constitucional peruano», Op. Cit., pág. 106.

«La ley asegura a los autores o introductores de invenciones útiles, la propiedad exclusiva de ellas, o la compensación de su valor si conviniesen en que se publiquen. Asegura también la propiedad literaria y artística».

Intervinieron, según el Diario de Debates³⁴, doce congresistas en el orden siguiente: Escobedo (al parecer fue Heros (Cañete)), Cabello (Moquegua), Rebaza (Huamachuco), Arenas (Lima), Sandoval (Chucuito), Silva Santisteban (Cajamarca), Bieytes (Conchucos), Jáuregui (Huanta), García Urrutia (¿Canta?), Ugarte (Cusco) y Lavalle (Lima), centrándose la discusión no en la protección a la propiedad literaria y artística, pues en cuanto a esta «todo el mundo está conforme» como lo señaló Silva Santisteban, sino en lo que se refiere a los inventores e introductores, y a raíz de ello a los temas vinculados a las libertades de industria y comercio, competencia económica y beneficios para los consumidores.

La mayoría de los que intervinieron estuvieron de acuerdo en que era preciso diferenciar entre los «autores» y los introductores pues los primeros eran los auténticos inventores y los segundos no, dándoles a los primeros una protección mayor en el tiempo. Lavalle defendió la propiedad perpetua en el caso de los inventores, varios la labor de los «introductores» de inventos útiles, «que se dedican a los grandes trabajos y sacrificios que demanda la importación de máquinas y de instrumentos de otros países» (Sandoval), pero por plazos menores. Silva Santisteban señaló con claridad que el artículo del proyecto confunde a los autores con los introductores, habiendo dicho gran diferencia entre ellos e inclinándose a la protección de exclusivas «que vienen a fomentar la industria». Bieytes, en larga y fundamentada intervención, hizo la diferencia entre el derecho moral y el beneficio económico y pidió que la protección sea temporal, lo que Lavalle –como hemos dicho– replicara; así mismo alaba la competencia, «única fuente del bien para los consumidores porque de allí proviene la baratura».

Se produjeron varias intervenciones sobre los beneficios e inconvenientes de las concesiones otorgadas al ferrocarril Lima-Callao y a la empresa de gas, se cuestionan los plazos y precios, la corrupción política relacionada, el abuso de empresas extranjeras, y se vincula todo ello con los privilegios que obtienen los «introductores» y el poco beneficio que obtienen los consumidores. Se trata de un debate de extraordinario interés que debería estudiarse en el contexto político, económico y legislativo de la época, y que trae a consideración temas de innegable actualidad 150 años después. Lo que quedó en claro fue el reconocimiento a la diferencia entre los Derecho de Autor y el Derecho de Patentes, que se repetirá en otras asambleas constituyentes como veremos, el interés por la industrialización y la introducción al país de ideas y máquinas desconocidas, así como un serio cuestionamiento al otorgamiento de privilegios o concesiones, vinculados siempre con «las nuevas ideas», con escaso estudio, pues ello no fomenta la competencia, esto es, el desarrollo y el beneficio de los consumidores. No poca cosa, sin duda, desde la perspectiva del moderno constitucionalismo económico, el actual proceso de globaliza-

34. Vid. «Diario de Debates del Congreso de 1860», Lima, 1860

ción y la influencia de las empresas multinacionales. Todo ello dio lugar a que la redacción definitiva del Artº 27 quedará así:

«Los descubrimientos útiles son propiedad exclusiva de sus autores, a menos que voluntariamente convengan en vender el secreto, ó que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de semejante especie de descubrimientos, gozarán de las mismas ventajas que los autores por el tiempo limitado que se les conceda conforme a la ley».

II.1.11. La última Constitución del siglo XIX fue la de 1867 aunque su vigencia solo fue de 5 meses ya que fue la Constitución de 1860 la que estuvo vigente hasta 1918. La Constitución de 1867 es la única republicana que no contiene disposición alguna sobre invenciones e inventores. Es cierto que en su artículo 25 declara, como muchas otras, a la propiedad como inviolable y señala que ella puede ser material o intelectual; pero creemos, por lo ya dicho, que propiedad intelectual se identifica con lo que llamamos hoy Derechos de Autor.

II. 2. LAS OPINIONES Y COMENTARIOS DE LA DOCTRINA PERUANA

II.2.1 Comenzaremos haciendo referencia a un Diccionario que, si bien no corresponde a las opiniones y comentarios de la doctrina peruana, fue muy utilizado por ésta. Se trata del «Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia» de Joaquín Escriche, magistrado de la audiencia de Madrid³⁵. En la voz *autor* se refiere ampliamente al tratamiento que históricamente se había dado en España a los autores de obras literarias, las cuales durante un largo periodo no se pudieron imprimir sin previa censura y licencia de autoridad. Estas disposiciones se derogaron en 1836 y se otorgó a los autores derechos de imprimir y publicar sus obras sin necesidad de previa censura. Señala Escriche que los autores tenían reconocido y asegurado, tanto por las antiguas leyes como por las nuevas, el derecho de propiedad en sus obras. Realiza después un interesante comentario sobre los títulos o nombre de los periódicos, a los que asimila a las marcas, considerando que son más una propiedad comercial que literaria, vinculada a la reputación y a la clientela, por lo que su apropiación por terceros es más una usurpación que un plagio. Dice que cuando la ley se sirve de la palabra «*privilegio*» no lleva la idea de gracia, sino la declaración o reconocimiento de un derecho, que nadie puede utilizar sin permiso del propietario. Indica también que las disposiciones con respecto a la impresión de los escritos son extensivas al grabado de las composiciones de música.

En la voz *invención* indica que se trata del medio, procedimiento o aparato que se ha inventado o descubierto para el progreso y mejora de la agricultura, fabricación u otro cualquier ramo de la industria. Menciona las leyes vigentes en España, las que dice tratan minuciosamente sobre la concesión de privilegios exclusivos por la invención e in-

35. Escriche, J., «Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia», Paris, 1851

roducción de conocimientos. En cuando a la voz *patente* no la vincula con las invenciones sino a otros significados.

II.2.2. Toribio Pacheco (1828-1868) y sus «*Cuestiones Constitucionales*»³⁶ publicado en Arequipa en 1854, trabajo escrito cuando recién empezaba a gestarse nuestra historia constitucional³⁷, pone de manifiesto algunas reflexiones que conservan actualidad, lo que revela la antigüedad de nuestras carencias cívicas así como la preocupación para superarlas concentrada en individualidades notables. Define a la Constitución como «*el conjunto de los medios y condiciones que debe llenar un Estado para alcanzar el fin eterno de la justicia*», califica a la patria de su tiempo como «*desgraciada y abatida*», critica «*las conmociones y los trastornos*» que impiden transitar por la «*senda de la paz*» y afirma que vale «*mas el peor de los gobiernos que la mejor de las revoluciones*». Pacheco es conciente que «*cuando las leyes están en contradicción con las costumbres, con los hábitos, con las tradiciones de un pueblo, es imposible que produzcan buenos resultados*», y que las instituciones democráticas funcionan adecuadamente cuando los pueblos están «*acostumbrados a la vida pública y al manejo de los negocios del Estado*». No se le ocultan algunas de las malas costumbres de nuestras clases dominantes al inicio del siglo XIX: «*Durante nuestras conmociones se han forjado, a menudo, cartas fundamentales que llevaban necesariamente el sello de la imperfección, ya por el estado de las cosas, ya por la precipitación con que se las confeccionaba, porque sus autores no habían tenido tiempo ni motivo de estudiar con madurez nuestra situación política; ya también porque, ocupados de sí mismos mas que de la generalidad de los ciudadanos, querían reservarse ciertos privilegios, merced a los cuales estuviesen seguros de gozar de todas las ventajas y hallarse exentos de todos los inconvenientes que resultasen de nuestro vicioso sistema constitucional*»³⁸

Comenta sumariamente el estatuto provisional de San Martín de 1822 así como las Constituciones de 1923, 1926, 1934, 1937 y 1939. En lo que a nosotros interesa Pacheco reflexiona sobre la garantía que se le otorga a los ciudadanos para conservar y defender su propiedad, critica la inviolabilidad de esta última tal como fue consignada en la Constitución 1823, por considerar que «*si la nación no tuviese facultad de obrar contra los derechos individuales no podría defenderse de los ataques que algunos de sus individuos dirigiesen contra ella ni tampoco ejecutar obras de interés público cuando algún interés privado se encontrase de por medio. Y lo más extraño es que la disposición constitucional no conoce límites, pues hablando de las garantías individuales se insiste de nuevo en la inviolabilidad de la propiedad sin que se mencione una sola excepción en que el bien público exija tal vez imperiosamente la suspensión de estos derechos*»³⁹.

36. Pacheco, T., «Cuestiones Constitucionales», Op. Cit.

37. Palomino M., J., «Nota preliminar» al libro de Pacheco, T., Op. Cit., pág. 220.

38. Pacheco, T., «Cuestiones Constitucionales», Op. Cit., pág. 237.

39. Pacheco, T., «Cuestiones Constitucionales», Op. Cit., pág. 239 y ss.

Critica también el límite al ejercicio de la ciudadanía y la exigencia, para el ejercicio de la libertad de industria y comercio, de ejercer una profesión con título público. Y dice: «¿En qué consiste, pues, esa libertad de industria si es preciso un título público como en tiempo de los gremios y corporaciones? ¿Por qué esta restricción? ¿Quién le dio al Congreso constituyente el derecho de privar de la ciudadanía a los hombres que ganan el pan con el sudor de su frente, a aquellos que con su fatiga alimentan tal vez a una falange de parásitos y charlatanes que con el vientre lleno van a dictar leyes y decidir a su antojo de la suerte de la mayoría de la nación? ¿Se cree que serían muchos los que quedasen después de eliminar a los sirvientes y jornaleros? Muchos sí para ejercer un absurdo monopolio; pocos para que pudiesen llamarse verdaderos representantes de la soberanía nacional»⁴⁰.

En lo que a la Constitución de 1826 se refiere, esto es, la que dictó Simón Bolívar y que lo convirtió en Presidente vitalicio, la critica ácidamente, pues califica a los ciudadanos que la aprobaron como «los más solícitos en imitar y seguir las huellas del déspota más absoluto de los tiempos modernos». Esta Constitución, dice Pacheco, asegura todas las garantías posibles, entre ellas, la inviolabilidad de la propiedad, la libertad de industria y de comercio, sin excepción alguna. Anota: «Nada de esto nos causa extrañeza, pues ya sabemos que no hay Constitución que no sea pródiga en garantías, aunque muy pocas de ellas se realicen»

Después de señalar que las Constituciones de 1828 y de 1834 son prácticamente idénticas y de aborrecer a la de 1837 que dio lugar a la efímera Confederación Perú – Boliviana, se extiende en el análisis de la de 1839, pero no hace referencia específica al tema que nos ocupa. Vale la pena, creemos, citar dos afirmaciones de Pacheco: la primera que «no es una ley la que hace variar de conducta a una nación entera. La educación de los individuos cuesta muchos años y muchos sacrificios, la de una Nación es obra de muchos siglos»⁴¹. La segunda sobre materia impositiva y la exigencia –que critica- de servicios personales: defiende la contribución que hacen con su trabajo al sostenimiento del Estado tanto los labradores como el industrial y el agricultor. Y afirma: «obligad al industrial, al comerciante, al agricultor a prestar sus servicios personales, o emplearse no en su oficio sino en una ocupación contraria a sus hábitos y habréis agotado la fuente de la riqueza pública, habréis paralizado las fuerzas vitales de la nación, la habréis destruido y aniquilado»⁴².

II.2.3 José Silva Santisteban en su «Curso de Derecho Constitucional» hace, como todos los comentaristas de la época, énfasis en que la Constitución debe garantizar el más amplio ejercicio de la libertad «bajo todos sus aspectos, sin más límite que el derecho ajeno, individual o social»⁴³. Afirma que la Constitución debe también garantizar a los

40. Pacheco, T., Op. Cit., págs. 240 y 241.

41. Pacheco, T., Op. Cit. pág. 260.

42. Pacheco, T., Op. Cit., pág. 280.

43. Silva Santisteban, J., «Curso de Derecho Constitucional», Lima 1859, pag. 27

ciudadanos la libertad de trabajo, distinguiéndola del «derecho al trabajo», concepto al cual califica de socialista –y al que critica– entendido como la exigencia al gobierno para que de trabajo y salario a todos los ciudadanos, pues indica que el Estado *«no tiene la suma absoluta de los medios que la sociedad y los ciudadanos necesitan, y no hay por consiguiente derecho de exigirselos: su acción esta limitada a proveer medidas generales de fomento, y remover estorbos. Dedúcese de aquí, -continúa- que el ejercicio de la industria debe ser libre: si el Gobierno no tiene obligación de suministrar a todos y cada uno de los ciudadanos los medios que necesitan, debe dejarles amplia libertad para buscarlos, empleando su industria y su trabajo, siempre que no se perjudique el derecho ajeno»*⁴⁴. Silva Santisteban señala también que el Estado puede *«conceder exclusivas a favor de los que plantifiquen una industria nueva, o modifiquen considerablemente una antigua, con tal de que generalicen sus procedimientos después de un plazo, que no debe alargarse demasiado»*⁴⁵.

III.2.4. Nadie mejor que Francisco García Calderón y su extraordinaria obra Diccionario de Legislación Peruana⁴⁶ para conocer del significado y alcance de los conceptos jurídicos en las primeras décadas republicanas. Para este autor está claro que la cuestión de la propiedad *«se ha convertido en una cuestión social de alta importancia»*⁴⁷, materia de opiniones diversas provenientes de juristas y economistas. García Calderón cita los artículos pertinentes de la Constitución de 1860 en esta materia, hace referencia a su carácter inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística, observando que a nadie puede privarse de la suya sino por causa de utilidad pública, probada legalmente, y previa indemnización justipreciada. La propiedad intelectual es una denominación genérica que comprende la literaria y la artística así como a los autores de obras de ciencia: *«el derecho que tiene el que ha compuesto una obra, o a hecho un descubrimiento para aprovecharse de las utilidades que de él le resulten»*⁴⁸. Y agrega que el hombre dispone a su antojo de las facultades que recibió del Creador y siendo el trabajo el origen de toda propiedad no puede ponerse en duda a la propiedad intelectual, y que debe asegurarse su goce pacífico y castigarse las falsificaciones *«porque estas son a la propiedad intelectual, lo que los despojan a la posesión de los bienes materiales»*⁴⁹. La comenta ampliamente, así como la disposición penal que castiga a los que publiquen una producción literaria sin el consentimiento de su autor⁵⁰.

En el ámbito de la Propiedad Industrial, García Calderón señala que suelen emplearse indistintamente las palabras descubrimiento, invención y hallazgo, lo que nos sirve para

44. Op. cit. Pag. 29 y 30

45. Ibid.

46. García Calderón, F., «Diccionario de la legislación Peruana», 2da. edición, 2 volúmenes, Lima, Paris, 1879

47. Op. Cit., Tomo II, Voz Propiedad, pág. 1593

48. Op. Cit., Voz Propiedad Intelectual, pág. 1596

49. Ibid

50. Op. Cit., Voz Autor, Tomo I, pág. 198. La ley a la que se refiere es la de octubre de 1849.

ratificar nuestras apreciaciones sobre el uso de la palabra «*descubrimiento*» en las Constituciones de 1826, 1828 y 1860. Dice que hallazgo se usa para el encuentro de una cosa mueble, descubrimiento para una mina o terreno que antes no era conocido e invención propiamente dicha, «*el de un principio científico, una mejora o adelantamiento en una industria, etc*»⁵¹. En cuanto a la voz «*invención*», dice García Calderón que significa «*la acción de hallar y descubrir a fuerza de ingenio y meditación, o por mero acaso, alguna cosa nueva y no conocida; y también la misma cosa inventada*»⁵². A continuación cita párrafos de la obra de Garnier, «*Elements de l'économie politique*», sobre la naturaleza del derecho de los autores e inventores y de su relación con el concepto clásico de propiedad, en donde se plantea si se debe o no usar esta categoría jurídica. Resume su posición señalando que las leyes deben garantizar la propiedad intelectual, la que se justifica por las mismas razones que la propiedad sobre bienes materiales. Indica que siguiendo estos principios la Constitución de 1860 ha consignado las garantías correspondientes en sus Arts° 26 y 27, que son con pequeñas diferencias iguales a los de otras Constituciones, y que resume de esta manera:

«1° La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística, a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente, y previa indemnización justipreciada;

2° Los descubrimientos útiles son propiedad exclusiva de sus autores, a menos que voluntariamente convengan en vender el secreto, o que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de semejante especie de descubrimientos, gozarán de las mismas ventajas que los autores por el tiempo limitado que se les conceda, conforme a la ley».

Agrega que, a pesar de ello, las leyes secundarias han limitado la propiedad intelectual a un cierto número de años, pues en los textos constitucionales se ha determinado que debe ser perpetua. Y a este respecto dice: «*para cumplir con la justicia, y para no hacer efímeras las garantías constitucionales, es necesario derogar la ley a que aludimos, y promulgar otra en que se reconozca la propiedad de los autores e inventores, del mismo modo que la de los dueños de tierras y de capitales*». Después afirma que comete delito el que usurpa la propiedad de alguna invención o el que descubre o revela un secreto o un procedimiento industrial, y que haya conocido «*en calidad de amigo, discípulo, dependiente o socio*».

García Calderón tiene claro que la invención (protegida?) es un monopolio⁵³. Después de dar a conocer las diversas acepciones de esta palabra, entre ellas la de «*tráfico abusivo y odioso, por el cual una compañía o un particular vende exclusivamente mer-*

51. Op. Cit., Voz Descubrimiento, Tomo I, pág. 736

52. Op. Cit., Voz Invención, Tomo II, pág. 1166

53. Op. Cit., Voz Monopolio, Tomo II, pág. 1374

caderías que debieran ser libres», coloca al autor de una invención útil, «que monopoliza su expendio», como ejemplo de monopolio natural, esto es, el que resulta de una ventaja concedida por la naturaleza o por las circunstancias, contra el que no hay remedio que poner. Y pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que se inventa una nueva máquina de reloj. ¿Quién puede obligar al inventor a que de sus relojes en tal o cual precio? Su propio interés es la regla que debe seguirse en este punto. Cuando ese interés es mal entendido, se pone a los efectos un precio exorbitante, y el único resultado de esto es que se perjudica el inventor, vendiendo pocos relojes; y se ve precisado a bajar el precio para vender más. Esto mismo sucede en todas las cosas».

Pero dentro de los monopolios artificiales que critica duramente ubica, en forma aparentemente errónea, a los privilegios de invención y a las patentes de invención⁵⁴, y también a los privilegios exclusivos; a estos últimos –creemos– identifica con aquellos derechos que se otorgan a los concesionarios e introductores de maquinarias por plazos prolongados, tal como se pudo apreciar en el debate a que dio lugar la Carta de 1860.

En la voz privilegio⁵⁵, García Calderón distingue entre aquellos naturales que resultan de haber hecho un descubrimiento, de los legales que provienen de una concesión exclusiva que hace el Gobierno –dice– a los introductores de los mismos descubrimientos. Indica que antes se concedían sin ninguna regla fija, lo que dio lugar a abusos, y que después se han reglamentado mediante la Resolución Legislativa del 26 de Febrero de 1869, durante el Gobierno de José Balta, de gran interés y no solo por ser la primera en esta materia, la cual transcribe, y en la que claramente aparecen las diferencias entre autores (inventores) e introductores.

En cuanto a los signos distintivos comerciales García Calderón es bastante más parco, aunque conoce de las marcas que se ponen a las mercaderías para distinguirlas y facilitar su despacho en las aduanas, y que sirve para distinguir alguna cosa de todas las demás de su especie, para denotar su calidad, su procedencia, etc.⁵⁶ indicando que se castiga las falsificaciones a través de las normas del Código Penal. La razón social, por su parte, es «*la firma que adopta una casa de comercio para las cartas, letras, vales, etc. y es el nombre con que se le conoce y designa*»⁵⁷. No desarrolla más estos conceptos y ello es explicable porque la primera ley sobre marcas se dictó, si bien cuando estaba vigente la Constitución de 1860, que es a la que comenta García Calderón en su Diccionario, el 19 de Diciembre de 1892 cuando este ya había sido publicado.

Cabe finalmente hacer notar que al comentar distintas voces García Calderón hace referencia a la libertad de industria y comercio, a la necesidad de competencia economi-

54. Op. Cit., Tomo II, Voz Patente de Invención, pág. 1475: «*el privilegio que se concede a alguna persona para el uso exclusivo de un descubrimiento*»; distinta a la «patente de industria» permiso que se otorga por los consejos municipales y por el que se paga una cuota, pág. 1472.

55. Op. Cit., Tomo II, Voz Privilegio, pág. 1588

56. Op. Cit., Voz Marca, Tomo II, pág. 1301

57. Op. Cit., Voz Razón Social, Tomo II, pág. 1623

ca y a lo perjudicial que resultan los monopolios y privilegios: para este autor toda restricción a las libertades económicas es contraria al Derecho Natural⁵⁸. Y dice que si bien en todas las Constituciones se ha consignado aquella garantía, las leyes secundarias no han seguido el mismo espíritu, y que ello ha traído como consecuencia el encarecimiento de los artículos de consumo. Critica a los gobiernos que con medidas proteccionistas han querido hacernos industriales y es necesario volver -dice- los ojos a la agricultura, que forma nuestra verdadera riqueza, pues quizás jamás lleguemos a ser fabricantes⁵⁹. ¡Cuánta similitud guardan estos errados juicios de este notable jurista con la de nuestros actuales neoliberales! ¡Que poco hemos avanzado, más allá de declaraciones de principio, en el camino a forjar una nación moderna que puede enfrentar con éxito los retos del futuro, creando ciencia y aplicando tecnología!

III.2.5. Luis Felipe Villarán en su obra «Derecho Constitucional Filosófico»⁶⁰ señala que es fin preciso de la autoridad y de la ley la conservación de los individuos y de la sociedad y que, si bien el respeto a los derechos del individuo es indispensable para todo desarrollo y perfección, la «*vida social*» pueda ser impuesta coactivamente, pues nadie puede sustraerse a la obediencia de una autoridad y de una ley, «*porque esa obediencia es la única garantía de la conservación del derecho de los demás*»⁶¹, aunque la ley positiva debe reconocer el derecho del individuo «*de hacer todo lo que ella no prohíbe y omitir lo que no ordena*»⁶².

En lo que se refiere a la propiedad dice que es «*en la generalidad de los casos, el producto inmediato de la inteligencia y del esfuerzo material, y el trabajo intelectual o físico, es en sí mismo un derecho, es la manifestación de la libertad en una de sus más elevadas aplicaciones*»⁶³, aunque como todos los derechos del individuo se halla sujeta a necesarias restricciones, «*cuyo objeto es conciliar el ejercicio del derecho de cada uno*

58. Comentando a este autor, Fernando de Trazegnies señala que «*todo lo que puede hacer el gobierno es remover los obstáculos al desarrollo de la industria, pero no le está permitido ni siquiera promoverla a través de protecciones o beneficios especiales; más allá de la nueva remoción de obstáculos, «el Gobierno debe regirse la gran máxima de dejar hacer».* Estos planteamientos – continúa Trazegnies– tienen consecuencias muy importantes en un país donde la industria no se ha desarrollado aún y en el que el único mercado existente para los productos industriales es el formado por una clase rica que prefiere importar del extranjero productos altamente sofisticados; lo más probable es que la industria nacional, dejada a sí misma, nunca logre tal mercado porque es incapaz de competir en calidad y quizás precios con los productos importados que la clase dominante quiere consumir. García Calderón es absolutamente consciente de esta situación; la acepta como inevitable». Vid. De Trazegnies, F. «La idea de derecho en el Perú Republicano del siglo XIX», Lima 1992, pag. 118

59. García Calderón, F., «Diccionario de la Legislación Peruana» Op. Cit., Voz Industria, Tomo II, pág. 1109. Vid. Kresalja, B., «La libertad de empresa» Op. cit.

60. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Lima, 1881

61. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 15

62. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 51

63. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 83

con el derecho de los demás»⁶⁴, y que «la inviolabilidad de la propiedad, no depende de la naturaleza de los objetos que la constituyen, y es igualmente sagrada respecto de todos»⁶⁵.

Luis Felipe Villarán trata extensamente y con detalle el tema de la libertad de industria y comercio, aboga por la ausencia de restricciones y combate los «privilegios», en el sentido de subsidios y preferencias, no refiriéndose a los derechos intelectuales como «posiciones de privilegio» en el mercado. Señala que las restricciones a la libertad de industria y comercio afectan profundamente a todas las otras libertades, y combate la fijación de precios y salarios; pero acepta que «tiene sus justos límites fijados por el derecho ajeno»⁶⁶. Ve con desconfianza a los empresarios porque ponen en peligro la estructura de la sociedad tradicionalista peruana que Villarán quiere conservar, conformada en su nivel más alto por los propietarios agrícolas y rentistas⁶⁷. Encuentra y acepta que las restricciones pueden referirse a profesiones, farmacéuticos, herboristas, libreros, venta de dibujos, grabados y medallas, empresas teatrales, etc. las que pueden estar sujetas a reglamentaciones fundamentadas en diversos aspectos.

Por cierto que estas afirmaciones deben apreciarse en el contexto en que fueron hechas y no están referidas necesariamente a los derechos intelectuales; pero debe advertirse que Villarán conocía bien –como se aprecia de sus textos– qué objetos pueden ser de dominio privado y cuales no, en especial por su naturaleza y de la expropiación por causa de utilidad pública.

En lo que se refiere específicamente a la Constitución de 1860, Luis Felipe Villarán, en otro libro, «La Constitución Peruana Comentada»,⁶⁸ indica que la propiedad material y la literaria están reconocidas por la Constitución, que han sido declaradas inviolables y que la única limitación que contienen es la expropiación por causa de utilidad pública. Y señala que «según el sentido literal de la carta, a la propiedad literaria corresponde el atributo de la perpetuidad», invocando para esta afirmación lo declarado por una Corte inglesa. Pero Villarán reconoce que en la casi totalidad de las legislaciones positivas existe la limitación temporal al derecho de la propiedad literaria y artística en lo que a sus aspectos patrimoniales se refiere. Señala que existe contradicción entre lo dispuesto en el texto constitucional y la ley sobre Propiedad Intelectual y que si no se cree aceptable el régimen de la perpetuidad «debiera la carta haberse limitado a declarar el derecho de Propiedad Intelectual y artística «en la forma que determine la ley»⁶⁹. La ley a la que se refiere es la del 3 de noviembre de 1849 sobre cuyo texto se extiende poniendo de manifiesto los vacíos que contiene.

64. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 85

65. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 89

66. Villarán, L. F., «Derecho Constitucional Filosófico», Op. Cit., pág. 97

67. De Trazegnies, F., Op. cit., pag. 143

68. Villarán, L. F., «La Constitución Peruana Comentada», Op. cit., págs. 108 y ss.

69. Villarán, L. F., «La Constitución Peruana Comentada», Op. Cit., pág. 109.

Villarán también se refiere, según el Artº 27 de la Constitución de 1860, al carácter perpetuo y exclusivo del derecho que tienen los inventores sobre sus inventos. Pero indica que no se ha entendido ni podía entenderse de esta manera el dispositivo constitucional y por ello se dictó la ley del 28 de enero de 1869, que reglamenta los privilegios y limita su goce a diez años. Y agrega Villarán: *«Aún cuando en principio, las razones que apoyan la propiedad industrial, son las mismas que existían para la intelectual, las dificultades para mantener al inventor en el goce exclusivo del invento, son mayores que las que se presentan respecto del autor y del artista: se convierte en verdadera imposibilidad, y tanto más pronto, cuando el invento es más útil a la humanidad. Este es el motivo que obliga a los legisladores, a señalar un tiempo mucho más corto que respecto de aquellos»*⁷⁰. A continuación hace un análisis de la citada ley de 1869, la misma que excluye de la protección, por ejemplo, a *«las composiciones farmacéuticas o remedios de cualquier especie que sean»* otorgando el privilegio por el plazo de diez años. Se refiere también a la ley del 17 de diciembre 1892 referida a las marcas de fábrica y a su registro, el que se concede por diez años renovables. Y dice a este respecto: *«la propiedad sobre las marcas o signos del fabricante o del autor, es tan sagrada como la que se tiene sobre cosas y las obras mismas. Todo hombre es dueño exclusivo de su nombre y su fama, y la fama y el nombre son en muchos casos, el elemento principal de la ganancia que obtiene en su trabajo, como lo son de las consideraciones sociales. Nadie puede, pues, usar nombre ajeno ni servirse del crédito de otro en su provecho: el que lo hace comete un robo»*⁷¹.

A continuación Villarán trata de las condiciones y formalidades para que proceda la expropiación de inmuebles por causa de utilidad pública, según lo dispuesto en el Código Civil de Enjuiciamientos. Pone de relieve que si bien el Artº 26 de la Constitución no excluye de la expropiación por razón de utilidad pública a ninguna clase de objetos, reconoce las dificultades que ello trae cuando se trata de objetos muebles, como son los casos de los derechos intelectuales de conformidad a lo dispuesto en el Código Civil de 1852. Lo que adquiere dificultad mayor cuando se trata de la propiedad literaria y artística o de los privilegios industriales, pues el citado Código solo habla de la expropiación de inmuebles, debiendo en todo caso según el citado Artº 26 ser por causa de utilidad pública probada legalmente, por lo que para llevar adelante la expropiación, señala, debería la ley determinarlo específicamente.

II.2.6 José María Quimper en su «Derecho Político General»⁷² realiza una amplia exposición del fenómeno de la producción y su conexión con las creaciones e inventos señalando que la libertad de producción origina la competencia. Dice que *«los economistas reconocen que la competencia reanima la actividad social, que es el verdadero móvil de los inventos y del perfeccionamiento, que establece el justo precio de las mer-*

70. Villarán, L. F., «La Constitución Peruana Comentada», Op. Cit. pág. 111.

71. Villarán, L. F., «La Constitución Peruana Comentada», Op. Cit., pág. 113.

72. Quimper, J.M., «Derecho Político General», Lima 1887, pag. 324 y ss.

*caderías, da a conocer a los productores el estado de las necesidades de los consumidores y crea, en fin, la baratura*⁷³. Líneas después señala que la competencia «*estimula el espíritu de descubrimiento y de invención*»⁷⁴, aunque reconoce que puede crear desórdenes que se explican «*por las imperfecciones del espíritu de libertad*» así como también los descubrimientos, pero que se sus perturbaciones son momentáneas, «*reestableciéndose enseguida la marcha regular de los negocios*»⁷⁵. Afirma que las invenciones pueden perjudicar a los pequeños talleres, pero que el perjuicio es momentáneo y que será resarcido con el bienestar que brinda a la sociedad, lo que alcanzará también a los pequeños comerciantes.

Más adelante se refiere a las máquinas como parte del capital, indicando que son «*todos los instrumentos simples o compuestos inventados por los hombres, de los que se sirve para obrar sobre la materia, para transformarla, para producir*», señalando después que son «*el más poderoso instrumento de producción*»⁷⁶. Reconoce que el maquinismo puede perjudicar a los trabajadores, pero indica que a la larga es benéfica la influencia de las máquinas, pues «*si es verdad que en los primeros momentos de una invención, algunos trabajadores pueden quedar desocupados, también es cierto que esas crisis son pasajeras; pues aumentando el consumo con la baratura, para proveer á ese aumento los trabajadores tienen que encontrar nuevamente ocupación*»⁷⁷. Después de dar algunos ejemplos concluye que «*es incuestionable que el talento y la actividad del hombre deben gozar de las más amplia libertad para seguir en la vía de los descubrimientos*»⁷⁸.

Al tratar sobre la libertad de trabajo, Quimper afirma: «*no cabe duda, efectivamente, que el trabajo intelectual es de la más alta importancia, no solo por ser una elevada operación del espíritu, sino porque de él emanan todos los progresos sociales y, hablando económicamente los progresos de la producción*»⁷⁹. Al referirse a la libertad de industria y de comercio, con gran modernidad trata de su necesidad y de sus justos límites, y la relaciona no solo con los productores sino respecto también de los consumidores; trata de la concurrencia al mercado y de la competencia entre productores así como de la libertad contractual que debe regir entre vendedores y compradores, y de la inconveniencia de fijar precios por parte del Estado. Aunque no incide propiamente en el tema de los Derechos Intelectuales, resultan de interés las reflexiones de Quimper sobre las materias que hemos mencionado.

73. Op. cit. 238.

74. Ibid.

75. Op. cit. pag. 330.

76. Op. cit. pag. 334, y 335.

77. Ibid.

78. Ibid.

79. Op. cit. 353.

III. LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX

«La visión de la realidad nacional nos descubre que apenas somos, escasa y rudimentariamente, una república y una democracia. La Constitución cumple, no obstante, su rol de orientación jurídica, declarando que «El Perú es una República democrática». Con ello expresa que nuestra ley es conservar y mejorar las instituciones populares, practicarlas con resolución y lealtad, aunque sea mal, para aproximarnos, con ayuda del tiempo, a realizarlas bien. La discrepancia entre la realidad y los principios será transitoria. Con el correr de la vida, los principios tomarán validez sobre las almas, se infiltrarán en la mente de clases sociales refractarias y de «irreverentes caudillos».

Exposición de Motivos

Ante-Proyecto de la Constitución de 1931 formulada por una Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada por Víctor Andrés Belaúnde, Diómedes Arias Schreiber, Carlos Doig y Lora, Jorge Basadre, José León Barandiarán, Toribio Alayza y Paz Soldán, Ricardo Palma, Luis Valcárcel, Emilio Romero y César Antonio Ugarte.

III. 1. Lo que dicen los textos

III.1.1. Como sabemos, las primeras Constituciones de los países occidentales así como las del Perú, se inspiraron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada en la Asamblea Nacional Francesa de 1789, en lo que a los derechos políticos se refiere. Otros derechos de carácter social fueron incorporados en los textos constitucionales por influencia de la revolución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1918, respondiendo a presiones y movilizaciones, esto es, a las realidades concretas en los ámbitos social, económico y político. En el Perú, la incorporación detallada de los derechos de la persona en los últimos textos constitucionales obedece, sin duda, a la influencia de los factores antes señalados, pero debe advertirse que algunos de los derechos no han sido solo no observados sino violados, tanto por gobiernos de facto como por los democráticamente elegidos.

En el Perú la Constitución de 1920 fue la primera en ocuparse de los derechos económicos y sociales, y se inicia con ello la construcción de un *«Estado Social»* por oposición al anterior *«Estado Gendarme»*, el que comienza a adquirir forma en la década del 30 y que se consolida después de la Segunda Guerra Mundial. Muchas de las normas referentes a los derechos del pueblo de la Constitución de 1920 pasaron a formar parte de las Constituciones de 1933 y 1979. Como consecuencia de cambios ocurridos en el ámbito internacional el gobierno autocrático de Fujimori, cuya expresión constitucional es la Constitución de 1993, inició el desmontaje del *«Estado Social»*, que no pudo superar su carácter experimental, y fue siempre escuálido y carente de armonía. A la fecha se encuentran estancadas en el Congreso las discusiones para una nueva Constitución⁸⁰.

80. Rubio Correa, M. y Bernalles Ballesteros, E., «Constitución y Sociedad Política», Lima, 1985, págs. 19 a 34.

III.1.2. La primera Constitución del Siglo XX es la 1920, que introdujo cambios sustantivos y saludables a la anterior de 1860 y tuvo aciertos tanto en el ámbito político como en el social⁸¹. El clima político no fue el más propicio para que se desarrollara y se consolidara la Constitución de 1920 y tuviera correcta aplicación las garantías que consagraba y las reformas que incluía, pues no tardó en ser constantemente violada por el régimen de A. B. Leguía, cuya caída la arrastró, después de una vigencia solo parcial de algo más de 10 años⁸². Acusa la influencia de las corrientes políticas de la época, en virtud de las cuales el Estado adquiere un mayor protagonismo, especialmente en el ámbito económico, y lo social reconocimiento general. En este sentido es también la primera Constitución republicana que intenta poner las bases de lo que ha venido en llamarse «*el Estado social*», antecedente del Estado Benefactor, Welfare State o Estado del Bienestar que alcanzaría su apogeo en la segunda mitad del siglo XX en las democracias capitalistas occidentales.

Es expresión de esa intención la determinación, en su artículo 4, que el Estado no solo tiene por fin mantener la independencia e integridad de la nación, así como garantizar la libertad y derechos de sus habitantes y conservar el orden público sino, además, atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país. Y si bien, al igual que en Constituciones anteriores, reconoce la libertad de asociarse y de contratar (Artº 37), así como la libertad de comercio e industria, queda esta última sometida a los requisitos y garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las mismas que podrán fijar limitaciones y reservas a favor del Estado (Artº 45), pudiendo éste –no los privados– establecer monopolios y estancos (Artº 50).

El debate sobre la libertad de industria y comercio fue de gran intensidad en la Asamblea Nacional⁸³, haciéndose referencia tanto al comercio exterior como al interior, así como al comportamiento comercial de las principales potencias. Intervinieron los representantes Rada y Gamio, Prado, Rodríguez y Osorio. Javier Prado insistió en que el derecho a la libertad de comercio e industria no era un derecho absoluto sino sometido a los requisitos, condiciones y garantías que establezcan las leyes y al interés general, reconociéndose que el Estado podía dictar leyes proteccionistas para las industrias nacionales. Posteriormente se ingresó un debate sobre la prohibición a los monopolios, también de gran intensidad⁸⁴, en el que intervinieron los representantes Secada, Prado, Rada y Gamio y

81. Dice José Pareja Paz-Soldán: «*Un profesor extranjero de Derecho Constitucional que examinara la Carta de 1920 y la comparase con las precedentes, ignorando su incumplimiento y su vejamen posteriores, y que no conociera la realidad política que la antecedió para continuar luego mediatizada hasta 1930, durante todo el Gobierno dictatorial y de fuerza de Leguía, y ser derogada por el movimiento revolucionario triunfante, sostendría con fundamento que el Perú había dado con aquella Constitución un gran paso en la estructuración de su Estado, en la renovación de su organización política y en la reforma de sus vicios políticos*». «Derecho Constitucional Peruano», Op. Cit., pág. 137.

82. Pareja Paz-Soldán, J., «Derecho Constitucional Peruano», Op. Cit., pág. 139 y 140.

83. Diario de Debates de la Asamblea Nacional de 1919, 1er. Volumen, Lima, 1922, pag. 853 y ss.

84. Op. cit. pag. 863 y ss.

Rodríguez, concluyéndose que debían prohibirse los monopolios privados pero no los estatales, pues éstos podían establecerse por interés público y en beneficio directo y exclusivo de la Nación. Este debate tuvo relación con la aprobación de la libertad de industria y comercio, pero no se conectó el tema con el carácter de monopolios temporales que tienen los derechos intelectuales.

La propiedad sigue siendo inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística (Artº 38), pero la ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para su adquisición y transferencia, ya sea por su naturaleza, condición o ubicación en el territorio (Artº 40). En cuanto a los inventos, señala el Artº 43 que:

«Los descubrimientos útiles son de propiedad exclusiva de sus autores, a menos que voluntariamente convengan en vender el secreto o que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de descubrimientos gozarán de las concesiones que la ley establezca».

Reconocida genéricamente la propiedad intelectual en el ya referido Artº 38, toca hacer un comentario sobre el Artº 43. Los inventos son llamados «descubrimientos útiles», pertenecen a sus autores, los que pueden venderlos, sea que gocen de un título entregado por el Estado («patente») o que lo hayan conservado en secreto. Estos «descubrimientos útiles» son expropiables, siempre claro está que no hayan sido mantenidos en secreto, en la forma y condiciones que señala el Artº 38, para todo tipo de propiedades, esto es, por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justificada; propiedades que están regidas –dice el mismo artículo- «exclusivamente» por las leyes de la República.

El citado artículo 43 diferencia con claridad a los verdaderos «autores» (inventores) de los «meramente introductores de descubrimientos», dándoles a estos últimos las «concesiones»⁸⁵ que la ley establezca y que, sin duda, deben ser menores a las que se otorgan a los verdaderos «autores» (inventores). El Constituyente de 1920, que tantas innovaciones introdujo en el texto constitucional, en esta materia continuó con los lineamientos establecidos en los textos del siglo XIX, aunque mostró una mayor precisión en el lenguaje empleado.

III.1.3. La Constitución de 1933⁸⁶ continuó el camino abierto por la Constitución de 1920, consolidando normativamente el propósito de construir un «Estado social»,

85. Entendidos como «derechos», en nuestra opinión, no en el sentido que las patentes son una «concesión administrativa», que sería una figura de gran interés, pero ajena a nuestra tradición en materia de «propiedad», de influencia francesa, que se han aplicado por extensión a los derechos intelectuales.

86. La Constituyente de 1931 que es la que dio lugar a la Constitución de 1933, dejó erróneamente de lado el ante-proyecto preparado por la llamada «Comisión Villarán», en la que participaron distinguidos ciudadanos. Ese ante-proyecto fue considerado «un documento minucioso, técni-

acentuando el intervencionismo económico del Estado, aunque siguió reconociendo, con límites, la libertad de comercio e industria (Artº 40). Entre sus innovaciones más señaladas se encuentran la creación del Consejo de Economía Nacional y el Senado Funcional, que desgraciadamente nunca se pusieron en práctica, así como el voto obligatorio y secreto, y el voto femenino en las elecciones municipales⁸⁷. Algunos la consideran como muy avanzada y con institutos previsores para modernizar la gestión democrática⁸⁸. Su Asamblea Constituyente tuvo un final muy poco feliz, pues se deportó a la representación aprista, que si bien en algunos aspectos tuvo una positiva actitud de rebeldía, en otros actuó imprudente y violentamente, lo que influiría negativamente en la marcha del país.

Dentro del Título correspondiente a las Garantías estableció en su Artº 29, como en textos anteriores, que la propiedad es inviolable, comprendiendo expresamente dentro de ella tanto a la material como a la intelectual, literaria y artística, lo que dio lugar a amplios debates, lo que ocurriría también sobre la propiedad de los medios de producción y la necesidad de expropiar sin indemnización⁸⁹.

El representante Castro Pozo, al plantear la discusión sobre el carácter inviolable de la propiedad, fundamentalmente a la que tiene carácter material, se refiere al servicio que presta la propiedad intelectual a la colectividad: *«no puede decirse que un libro desde el instante mismo en que él es escrito pertenece a quien lo escribió; ese libro se hace de la sociedad, ese libro sirve precisamente para todos aquellos que necesitan de él, para aprovechar de sus enseñanzas y cultivar su espíritu con el contenido de sus páginas»*. Otro representante socialista, Arca Parró, al criticar el texto de lo que terminó siendo el Artº 29 de la Constitución de 1933 sobre propiedad, señaló que representaba la mentalidad máxima del conservadurismo y de un exacerbado individualismo. Estas posiciones fueron contestadas, entre otras, por el representante Gamarra, defendiendo la propiedad individual e indicando que no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, sino sujeto al «interés social». Como se sabe, la posición del socialista Castro Pozo y de otros no prosperó en lo que al Artº 29 se refiere. En el Diario de Debates no aparece discusión alguna sobre el Artº 30 que veremos a continuación.

co, preciso y sobrio en que no se dejaba nada al azar y que significaba una reestructuración general del Estado». Vid. Echeopar, L., Prólogo al «Ante-proyecto», Op. cit., pág. 19 y ss. Ese anteproyecto se refería a los derechos de los autores e inventores en su Artº 196, que la Exposición de Motivos no comentó.

87. Defendido por Víctor Andrés Belaúnde, de posición política independiente pero de inspiración social cristiana, que lo propuso también para las elecciones políticas, lo que fue impugnado por el Partido Aprista y sectores conservadores. Vid. Pareja Paz-Soldán, J., «Derecho Constitucional Peruano», Op. Cit., pág. 147.

88. Ugarte del Pino, J.V., Op. Cit., pág. 528

89. Vid. Intervenciones de los representantes socialistas Castro Pozo, Feijoo Reina y Arca Parró, Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, Tomo 7, Lima, 1932, págs. 3699 y ss.

El Artº 30 señaló que «*el Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores*» y que la ley regulará su ejercicio. No hay más mención que ésta en el texto⁹⁰. Quedó establecido entonces, sin lugar a dudas, que los autores e inventores pertenezcan a dos ámbitos distintos, como en efecto ya era no sólo en la realidad sociológica sino en la normativa vigente⁹¹. La norma Constitucional consolida, creemos, dicha diferencia, aunque los equipara en cuanto al reconocimiento de su derecho, no de su amplitud y facultades, pues ello usualmente se desarrolla a través de leyes especiales. Ahora bien, es de notar que el artículo 30 hace mención a «*derechos*» y no a propiedades, lo que correctamente mantendrá la Constitución de 1979, pero no la vigente de 1992. El Constituyente del 31 consideró que basta con el escueto mandato del Artº 30, que obligó al Estado a garantizar y proteger esos derechos.

Hay que hacer notar que a esa fecha el Estado peruano ya había celebrado diversos acuerdos internacionales en la materia. Así, en materia de Derechos de Autor el de Montevideo de 1889, Buenos Aires de 1910 y Caracas de 1911; y en el ámbito de la Propiedad Industrial la Convención de marcas de fábrica y comercio de 1910 (Buenos Aires) y la Convención General Interamericana de Protección marcaria y comercial suscrita en Washington en 1929⁹². Ello pone de relieve que era materia no solo discutida abiertamente en el mundo de los negocios y la economía, lo que desde luego siempre ha sido así en el extranjero y entre nosotros aunque con intensidad diversa, sino también en el ámbito jurídico. Razón adicional para acotar que nuestros constituyentes debían de conocer, con profundidad y extensión que no podrá ser del todo descubierta, la materia que tratamos.

III.1.4. La Constitución democrática de 1979, en cuya discusión estuvieron presentes representantes de las más diversas corrientes políticas, pero la que no todos suscribieron, pues los representantes de las tendencias totalitarias se negaron a ello, en su magnífico Preámbulo afirma, entre otras cosas, que promueve la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía, apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma al mundo. Con todo ello no podía desconocer, como en efecto no lo hizo, la importancia y vigencia de los derechos intelectuales.

Fue por ello, quizás, que en el título correspondiente a los Derechos y Deberes fundamentales de la persona, se señala que esta tiene derecho «*a la libertad de creación intelectual, artística y científica*» (Artº 2.6), así como a la propiedad, dentro de la Cons-

90. La que hace el Artº 194 sobre «contribuciones de patentes» está referida a un tributo que es renta de los Consejos Departamentales, no a las patentes de invención.

91. Las leyes vigentes a la fecha eran en materia de Derechos de Autor era del 3 de Noviembre de 1849, su reglamento de 1915 y los Artsº 1665 a 1668 del Código Civil de 1852. Y en la Propiedad Industrial las leyes de enero de 1869, enero de 1896 y diciembre de 1892.

92. Obviamente el Perú ha celebrado posteriormente muy importantes convenios en materia de Derechos de Autor y Propiedad Industrial (Convención de Ginebra, Convención de Roma, Convenio de París, varias Decisiones Andinas, ADPIC, etc.)

titución y las leyes (Artº 2.14)⁹³. Bajo ese mismo título, en el capítulo referente a la educación, ciencia y cultura, se dispone que «*la educación fomenta el conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte, la ciencia, y la técnica*» (Artº 22); que «*la educación universitaria tiene entre sus fines la creación intelectual y artística, la investigación científica y tecnológica y la formación profesional y cultural*» (Artº 31); que «*el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía*» (Artº 34); y, también, que «*la investigación científica y tecnológica goza de atención y estímulo del Estado. Son de interés nacional la creación y la transferencia de tecnología apropiada para el desarrollo del país*» (Artº 40). Consigna también la obligación por parte del Estado a estimular «*la formación profesional y el perfeccionamiento técnico de los trabajadores, para mejorar la productividad, impulsar el bienestar social y contribuir al desarrollo del país*» (Artº 46).

Si a tan contundentes fundamentos y nobles propósitos se agrega, como en todos los textos constitucionales republicanos, el reconocimiento –con límites señalados en la ley– a la libertad de industria y comercio (Artº 131), así como al carácter inviolable de la propiedad, aunque su uso deba realizarse en armonía con el interés social (Artsº 125 Y 126), la que puede soportar restricciones y prohibiciones especiales por su naturaleza, condición o ubicación (Artº 127), entonces era natural y lógico que en materia de derechos intelectuales la Constitución de 1979, tuviera una disposición específica. Y así fue, en efecto, con el Artº 129, que a la letra dice:

«El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras y creaciones por el tiempo y las condiciones que la ley señala. Garantiza así mismo y en igual forma los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos».

De su lectura queda claro que, ratificando lo que había consignado ya el texto de 1933, están separados los autores de los inventores, y que los derechos resultantes de cada uno se registrarán por su ley específica. La novedad es que aceptando lo que era una realidad económica y jurídica incuestionable pues habían tratados, normas comunitarias y nacionales que así lo ponían en evidencia, reconoce por vez primera que el Estado peruano debe garantizar y reconocer los derechos de los titulares de diseños y modelos como también de signos distintivos, constituidos por nombres comerciales y marcas. Por cierto, que eso ya era así en la ley positiva⁹⁴, pero los constituyentes consideraron conveniente reconocerlo expresamente. El ámbito completo de la llamada Propiedad Industrial quedó así consolidado.

93. En cuanto a la propiedad no la define y en términos del derecho civil no innova nada en relación a lo que señalaba la Constitución de 1933. Vid. Avendaño, J., «Propiedad y empresa en la nueva Constitución» en «La nueva Constitución y su aplicación legal», Lima, 1980, pág. 134.

94. Estaban vigentes la Decisión N° 85 y el D.S. 001-71-IT

Desde una perspectiva histórica, no cabe duda que la Constitución de 1979 reconoció la importancia de lo que ya se había convertido en uno de los activos empresariales más valiosos y en uno de los instrumentos en virtud de los cuales la extraordinaria transformación científica, tecnológica y cultural a la cual asistimos tiene reconocimiento jurídico; derechos que no solo tienen, como hemos dicho al inicio, un carácter subjetivo privado sino que además se convierten en posiciones de privilegio en el mercado, al tener sus titulares la facultad de excluir a todos las demás de su uso y explotación, salvo autorización en contrario.

Conviene, creemos, hacer una breve referencia a como se llegó a ese resultado. Los miembros de la Asamblea Constituyente discutieron ampliamente⁹⁵ los asuntos vinculados a la transferencia de tecnología, a su nacionalización, a los contratos de licencia y a la naturaleza y características de la propiedad que tienen los autores e inventores. Cabe poner de relieve que, si tenemos presente el fenómeno de la globalización ahora vigente y que ya en ese momento se hacía evidente, las intervenciones sobre transferencia de tecnología y su nacionalización, a pesar del indudable interés que reflejan en el desarrollo del país, resultan hoy obsoletas, y muchas de ellas están referidas más a asuntos adjetivos vinculados a la redacción que a temas conceptuales o a políticas de desarrollo. Sin embargo, los constituyentes (Alayza Grundy, Townsend, Sotomarino, Malpica, Aramburu, Polar, Valle Riestra, etc.), estaban en lo correcto cuando ponían énfasis en la obligación del Estado de promover la creación e incorporación de una tecnología apta para el desarrollo pero, en verdad, no parecían tener claro los instrumentos para concretarla. En más de un sentido fue un típico debate tercermundista, en el que estuvo ausente el conocimiento del mundo empresarial y de las actividades vinculadas a la investigación, así como de las condiciones contractuales de los investigadores. El tema de la transferencia de tecnología se conectó en la Asamblea con la regulación a las inversiones extranjeras, lo que era sin duda correcto, pero el tratamiento del tema reveló falta de profundidad. Alayza Grundy al referirse al artículo 137 sobre inversión extranjera y transferencia de tecnología foránea indicó, al final de la discusión y previo a su aprobación, que la fórmula consignada trataba de equilibrar los intereses nacionales sin atentar contra aquellos vinculados a la investigación, para no desalentarla.

En lo que se refiere específicamente al artículo 129 antes citado, este fue aprobado después de un largo debate. En su versión inicial no solamente contenía el párrafo que finalmente se aprobó, sino además incluía un segundo párrafo que señalaba como inexpropiables a los nombres y marcas de empresas, productos y servicios, por expresa la identidad personal y moral de sus autores, creadores o propietarios, aunque se reconocía que eran legalmente transferibles. Alayza Grundy defendió la redacción y explicó que la llamada Propiedad Intelectual no era estrictamente la propiedad sobre una cosa, que el uso del término «*propiedad*» era impropio, y que más bien se trataba de un derecho protegido por la ley respecto de los autores y los inventores, por determinado tiempo, y que la

95. Vid. «Diario de debates de la Asamblea Constituyente 1978 – 1979», Lima, 1980

palabra «*garantiza*» era solo una forma de expresarlo, que ya estaba consignada en la Constitución de 1933.

El mencionado segundo párrafo dio lugar a un largo debate sobre la expropiabilidad de los derechos intelectuales; sobre su incorporación en los activos empresariales; sobre la necesaria distinción entre los aspectos morales (siempre inexpropiables) y patrimoniales en el Derecho de Autor; en sus diferencias con la Propiedad Industrial, etc. La discusión derivó hacia el carácter expropiable o no de los títulos o nombres de los periódicos, habida cuenta del intento confiscatorio a los mismos por parte del Gobierno Militar que aún se encontraba en el poder. Intervinieron en este debate los representantes Malpica, Alayza Grundy, Ramírez del Villar, Aramburu, Ortiz de Zevallos, Cáceres, León de Vivero y Del Prado. El segundo párrafo, que había dado lugar a tan amplia discusión, fue finalmente rechazado; en consecuencia, se eliminó toda referencia a la inexpropiabilidad siendo aplicable lo referente a la propiedad en general, habida cuenta que el Código Civil de 1936 vigente en ese momento (art. 819, inciso 5) otorgaba la calidad de bienes muebles a los derechos intelectuales⁹⁶.

El primer párrafo, después de una adición al proyecto en discusión, fue aprobado, tal como ha sido ya citado. Pero antes de la votación final los representantes Del Prado, Carranza y Malpica pidieron que se diera distinto tratamiento, esto es, que se diferenciara en dos artículos la protección a los derechos de autor y a la propiedad industrial dada su distinta naturaleza, lo que no prosperó.

III.1.5. La Constitución de 1992 vigente, fruto de un golpe de Estado y defendida preferentemente por los que promovieron y se beneficiaron de la corrupta autocracia fujimorista, sigue en algunas de sus partes a la Constitución de 1979. Dentro de los derechos de la persona, entre otros, reconoce los de «*la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*» (Artº 2.8). También, por cierto, el derecho a contratar con fines lícitos (Artº 2.14), así como a la propiedad (Artº 2.16). Cuando hace referencia a la educación, dentro del capítulo correspondiente a los Derechos Sociales y Económicos, dispone que ella tiene «*como finalidad el desarrollo integral de la persona humana*» (Artº 13), y que «*promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes ...*» así como que «*... es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico ...*» (Artº 14). Y en lo que a la educación universitaria se refiere, dispone que «*tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica*» (Artº 18).

El régimen económico reconoce la libertad de empresa, comercio e industria (Artº 59)⁹⁷ y el carácter inviolable de la propiedad (Artº 70) tal como había sucedido en todos

96. Lo que también hace el vigente Código Civil de 1984 en su art. 886, inciso 6.

97. Vid. Kresalja, B., «La Libertad de empresa, fundamento del sistema económico constitucionalizado», Op. cit.

los textos constitucionales republicanos. Mas, salvo en lo señalado en el citado Art° 2.8, no dice mas sobre derechos intelectuales, siendo avara y escueta desde esta perspectiva, aunque esos derechos no se han visto desprotegidos en modo alguno. En efecto, la administración fujimorista estuvo sostenida en buena proporción por tecnócratas provenientes de las posiciones más extremas del neoliberalismo y muy atentas a los dictados y caprichos expresados por las autoridades del Gobierno de los EEUU y, sobre todo, de las empresas multinacionales que son, como se sabe, las grandes promotoras de la elevación del nivel de protección de los derechos intelectuales, vitales para sus intereses y para el desarrollo científico y tecnológico que lideran.

Durante el periodo gubernamental señalado se produjo la creación de la OMC y la celebración de tratados como el NAFTA y otros bilaterales que han servido para consolidar y elevar la protección jurídica, otorgándole uniformidad y protección como no había antes existido. Al mismo tiempo, y desde otra perspectiva, se promovió el reconocimiento a los conocimientos tradicionales provenientes del mundo indígena y el libre acceso a inventos vinculados a la curación de enfermedades y epidemias de impacto muy significativo en la vida humana. Durante el citado periodo, se creó en el Perú, en 1992 una institución *sui generis*, el INDECOPI⁹⁸, que ha tenido –y tiene– un rol muy importante vinculado al reconocimiento y protección de los derechos intelectuales y la competencia económica. Cabe anotar que al momento de crearse la Organización Mundial de Comercio (OMC), se incorporó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que constituye la máxima expresión contemporánea de la protección a los derechos intelectuales⁹⁹, acuerdo del que Perú forma parte. Este ha influido en las modificaciones y novedades introducidas en el ámbito de los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial, mediante las Decisiones 351 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones y los Decretos Legislativos 822 y 823. Pero el enjuiciamiento y análisis de ese acuerdo internacional así como los efectos de su recepción en el Perú exceden en mucho el propósito de este artículo¹⁰⁰.

En el mal llamado Congreso Constituyente Democrático (CCD) y en su Comisión de Constitución fue el hoy procesado por corrupción Víctor Joy Way Rojas, quien presentó y defendió el nuevo régimen económico constitucional¹⁰¹. En representación de la ma-

98. En virtud del Decreto Ley N° 25868 de noviembre de 1992

99. Vid. Kresalja, B., «El GATT y la Propiedad Intelectual» en *Análisis Internacional*, Lima, N° 6-7, 1994; y «El Sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia» en «Temas de Derecho Industrial y de la Competencia», Buenos Aires, N° 5, 2001. También Casado, A. y Cerro, B., «GATT y Propiedad Industrial», Madrid, 1994 y Gómez Segade, J.A., «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial» en «Actas de Derechos Industrial», Tomo XVI, 1994-1995

100. Vid. Kresalja, B., «La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina» en «Derecho Comunitario Andino», Lima, 2003

101. Diario de Debates, Comisión de Constitución y de Reglamento, Tomo I, Lima, 2001, pags. 198 y ss.

yoría fujimorista y con significativo apoyo por parte del mundo empresarial, señaló que era necesario modificar íntegramente el capítulo referido al régimen económico en la Constitución de 1979, al que consideró desordenado e intervencionista. «*En consecuencia –dijo– pretendemos, en materia de lo que es economía de mercado, que se garantice todas las libertades: materia de inversión, materia laboral, materia de ahorro, materia de transferencia de capitales y materia de la garantía de propiedad; y, de otro lado, que el Estado asegure, como función fundamental, que el mercado funcione*». En síntesis, y como se aprecia de esta y otras intervenciones, defendió la opción extrema neo-liberal¹⁰².

En la Comisión de Constitución señaló Joy Way, en representación del grupo dominante «Nueva Mayoría – Cambio 90», que en el inciso 8) del art. 2 del proyecto «*no hay absolutamente nada nuevo en relación con la Constitución del 79 propiamente, en la cual se ha recogido la parte de la libertad de creación intelectual, artística y científica. Lo que estamos haciendo aquí, en realidad, es una reubicación. Si uno ve el artículo 129 de la Constitución vigente, ubicado en el capítulo III, Del Régimen Económico, encontrará que allí se habla de la garantía al derecho a la propiedad. Entonces, creo que sería mucho más apropiado incorporarlo en el título y capítulo correspondientes a los Derechos de la Persona. O sea, incorporamos las dos cosas: la libertad de creación intelectual, artística y científica, y el derecho de propiedad del autor o inventor sobre el producto de tales creaciones. Y continuamos con : «El Estado propicia el acceso a la cultura y a la difusión de ésta*». Bueno, en realidad, es sólo una cuestión de forma. El inciso 8) quedaría como sigue: «*Todo ciudadano tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística y científica, así como el derecho de propiedad del autor o inventor sobre el producto de tales creaciones. El Estado propicia el acceso a la cultura y a la difusión de ésta*¹⁰³».

A continuación se produjo un debate entre los representantes Joy Way y Chirinos Soto sobre la redacción del inciso propuesto y sobre el significado de la frase «*así como al derecho de propiedad del autor o inventor sobre el producto de tales creaciones*». También intervinieron Cáceres, Ferrero, Fernández Arce, Chávez y el Presidente de la Comisión Carlos Torres y Torres y Lara. Se discutió sobre la conveniencia de incluir «*creaciones técnicas*» (Cáceres) para diferenciarlas de las demás consignadas en el texto, esto es, la intelectual, artística y científica; también sobre el rol que le compete al Estado (Cáceres, Ferrero, Chirinos Soto); sobre el significado de la palabra «*cultura*» y su promoción (Ferrero); sobre la necesidad de consignar en el inciso que tratamos que el Estado persiga los delitos contra la propiedad intelectual (Chirinos Soto, Joy Way, Fernández, Chávez). Con algunos cambios sobre la propuesta original, fue aprobada en la Comisión por siete votos a favor (Joy Way, Fernández, Matsuda, Ferrero, Chávez, Pease y Cáceres) y uno en contra (Barba). El texto aprobado del inciso 8) del artículo 2 fue el siguiente:

102. No es este el lugar para tratar de esta materia, cabe señalar que fue la propuesta neo-liberal, con algunos cambios, la que finalmente aprobó el CCD.

103. Op. cit., pag. 210

«A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión»¹⁰⁴.

En la sesión del Pleno del 22 de febrero de 1993 se puso al voto el texto antes señalado correspondiente al inciso 8) del art. 2 sobre los derechos de la persona. Lo fundamentó el congresista Torres y Torres Lara en los siguientes términos: *«Señor Presidente: Este inciso recoge el inciso 6) del artículo 2 de la Constitución de 1979, con pequeños cambios que se ha considerado conveniente introducir: en primer lugar, que la libertad de creación, además de la intelectual, artística y científica, debe incluir la expresión «técnica»; y, en segundo lugar, que el derecho a la protección no solamente debe ser a la libertad de creación, sino también a la propiedad sobre dichas creaciones. Y, adicionalmente, un tercer agregado pequeño en el que se indica, que es obligación del Estado fomentar el desarrollo de la cultura y su difusión. De tal manera que, en realidad, se trata del mismo concepto que ya está señalado en el inciso 6) del artículo 2, al que se le incorporan tres puntos, que también estarán contenidos en la sistemática de la nueva Constitución, pero que se ha considerado mejor reunirlos en este inciso 8). La protección no debe ser sólo a la libertad de creación, sino también a la propiedad sobre dichas creaciones. Esto es muy actual, sobre todo en estos momentos en que no se respetan en nuestra sociedad los derechos creativos, lo cual nos perjudica internacional y nacionalmente, por supuesto. De modo que, prácticamente, es el mismo inciso»¹⁰⁵.*

Puesto a votación fue aprobado por unanimidad (54 votos).

En la sesión del Pleno del 3 de septiembre de 1993 se suscitó un debate debido a que la Subcomisión de Redacción había cambiado, por recomendación de la Academia Peruana de la Lengua Española, las palabras *«y su producto»* por *«y a su usufructo»*. El representante Olivera objetó este cambio y solicitó una explicación porque consideró que la amplitud y efectos jurídicos eran distintos. No se le dio explicación alguna, salvo la señalada, acordándose volver a la redacción originalmente aprobada.

III.2. Las opiniones y comentarios de la Doctrina peruana

III.2.1. Constitución 1933

El civilista Eleodoro Romero Romaña en su libro *«Los Derechos Reales»¹⁰⁶* después de tratar ampliamente el tema de la propiedad y del porqué incluye no solo los bienes materiales sino también los inmateriales, se refiere ampliamente a los Derechos de Autor, a la ley peruana en la materia de 1849 y a las disposiciones aplicables del Código Civil. Hace referencia a las disposiciones contenidas en la Constitución de 1933, en especial a sus Arts^o 29 y 30, en virtud de los cuales se reconocen, garantizan y protegen los derechos de los autores e inventores y se dispone que la ley regulará su ejercicio. Dice este autor

104. Diario de Debates, Op. cit., pag. 216

105. Diario de Debates, Pleno 1993, Tomo I, Lima 1998, pag. 119

106. Romero Romaña, E., *«Los Derechos Reales»*, Op. Cit., pág. 185.

que esas disposiciones no constituyen ninguna innovación pues «*han habido siempre preceptos reconociendo y amparando la propiedad intelectual*».

III.2.2. Constitución 1979

Los comentaristas de la Constitución de 1979 parecen poner de manifiesto una carga ideológica mayor que los comentaristas de los textos anteriores.

Mario Alzamora Valdez dice que el Preámbulo de la Constitución de 1979 al afirmar la primacía de la persona humana y reconocerle derechos universales, anteriores y superiores a la sociedad política, constituye «*una patente profesión de filosofía espiritualista de innegable raíz cristiana*»¹⁰⁷. Señala que la libertad que consigna la Carta¹⁰⁸ constituye un aspecto de la libertad de pensamiento que no ha sido recogida, por innecesaria, por ninguna otra constitución. Y que la disposición por la que el Estado favorece el acceso a la cultura y su difusión constituye una manifestación del derecho a la cultura reconocido por el Artº 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y del Artº XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Enrique Chirinos Soto, desde una posición conservadora, al comentar el régimen económico hace una cerrada defensa de la libertad de iniciativa privada y de la economía de mercado, así como de la inviolabilidad del derecho de propiedad. Critica duramente que la ley pueda, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes, por su naturaleza, condición o ubicación (Artº 127), porque el interés nacional – dice- es un concepto difuso y sujeto a las más variables interpretaciones, cabiendo por tanto todas las restricciones imaginables¹⁰⁹.

En lo que se refiere a los derechos intelectuales y al fenómeno de la creación pondera positivamente Chirinos Soto el inciso 6 del Artº 2 pero critica la posibilidad que el texto otorga para una eventual intervención del Estado para reprimir la difusión de lo que llama «*obras del espíritu*». Específicamente, en lo que se refiere al Artº 129 en virtud del cual se garantizan, como ya se ha señalado, los derechos del autor, inventor y titular de signos distintivos, se pregunta si es expropiable la propiedad intelectual, haciendo burla de esta posibilidad en lo que a la comprendida bajo los Derechos de Autor se refiere.

Alberto Ruiz-Eldredge, desde un emotivo socialismo radical, pone de relieve la discrepancia entre los valores y principios consagrados en el Preámbulo con el articulado del texto constitucional, al que califica de «*demoliberal*»¹¹⁰. Ruiz-Eldredge, que participó en la Asamblea Constituyente pero se negó a firmar el texto aprobado, critica

107. Alzamora Valdez, M., «Derechos y deberes fundamentales de la persona» en «La nueva Constitución y su aplicación legal», Lima, 1980, pág. 19

108. «*Toda persona tiene derecho: 6) A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta.*».

109. Chirinos Soto, E., «La nueva Constitución al alcance de todos», Lima, 1979, pág. 135

110. Ruiz-Eldredge, A., «La Constitución comentada», Lima, 1980, pág. 23

la obligación de que toda expropiación deba ser «previo pago en dinero» y promueve la de pagos diferidos. En lo que se refiere al Artº 129 ya mencionado, lo considera como una de «las expresiones más negativas del texto constitucional» pues «su sentido es el de igualar dos categorías jurídicas diferentes: los derechos de autor o sea de la llamada propiedad intelectual; con la propiedad industrial de inventores, fabricantes, industriales y comerciantes en cuanto a inventos, modelos, diseños, marcas y nombres comerciales»¹¹¹. Alaba, sin embargo, que se modificara el proyecto de la Comisión Principal que declaraba inexpropiable esos derechos «contrariando los criterios más elementales sobre la expropiación» indicando que la crítica a que fue sometida obligó a que se agregara la frase «la ley establece el régimen de cada uno de estos derechos».

Continúa comentando al Artº 129, insiste en que «no puede ni jurídica ni éticamente igualarse derechos de naturaleza diferente»¹¹², compara los poemas de César Vallejo con las marcas de bebidas o de pastas dentrificas para ilustrar su punto de vista, indicando que ello es vejatorio de los más nobles sentimientos y agrega que la protección a la propiedad industrial ha sido reclamada desde el siglo XIX por los países desarrollados y sus empresas. Y dice: «debe recordarse que la protección excesiva de la llamada propiedad industrial, es una de las políticas que introducen y hasta imprimen las empresas transnacionales. En cambio hoy se lucha en lo interno e internacional contra ese poder transnacional»¹¹³. Ruiz-Eldredge hace mención a continuación a las leyes nacionales referidas a los derechos intelectuales, a las Convenciones y Tratados internacionales, a los Tratados Interamericanos y a las Decisiones andinas sobre la materia. Concluye afirmando que «la fórmula del Artº 129 es de real pobreza jurídica y ética; y muy inconveniente para el interés nacional»¹¹⁴. Aspira a que una futura reforma constitucional separe las categorías de Derecho de Autor y Propiedad Industrial, conforme a su naturaleza jurídica y al interés nacional.

Finalmente, Enrique Bernal B. y Marcial Rubio en su libro «Constitución y Sociedad Política» dirigido al mundo universitario, mas que un manual y menos que un tratado, que tuvo extraordinaria difusión e influencia en los años posteriores a su publicación, cuestionan severamente el concepto de propiedad incorporado en el texto constitucional de 1979, el que no introduce cambio sustancial alguno sobre el texto de 1933, al que consideran fruto de una concepción ideológica liberal desconectada de la realidad socioeconómica, lo que –señalan– da lugar a un conjunto de instituciones jurídicas expresadas fundamentalmente en el Código Civil, que sirven para garantizar su intangibilidad, así como instaurar la libre iniciativa privada en el campo económico. Dicen: «así resulta que la defensa de «la propiedad», es la defensa de «todas las propiedades», no impor-

111. Ruiz-Eldredge, A., Op. Cit., pág. 215

112. Ibid.

113. Ibid.

114. Ruiz-Eldredge, A., Op. Cit., pág. 217

tando la naturaleza de los bienes implicados, ni tampoco la concentración de riqueza que tiene cada propietario»¹¹⁵.

El modelo económico constitucionalizado es considerado por esos autores como tributario de esa concepción liberal y decimonónica de la propiedad y fuertemente cuestionado como injusto e inviable. De otro lado, al momento de comentar las causales de expropiación, sea por necesidad y utilidad pública o por interés social, indican que este último concepto es suficientemente general como *«para abarcarlo todo o nada»*. Y agregan que ello significa que el concepto de interés social tiene mucho que ver con la ideología y la concepción política que tiene el gobernante de turno y que no hay reglas ni precisiones que el derecho pueda aportar en este extremo¹¹⁶. Por cierto, estas apreciaciones coadyuvaron a generar inestabilidad normativa y política y, no está demás señalarlo aunque este no es el lugar para extendernos sobre ello, no responden a un análisis cuidadoso de las normas de la Constitución económica de 1979 que, mas bien, desdibujan seriamente, favoreciendo la consolidación de un capitalismo de Estado¹¹⁷.

Las apreciaciones sobre el derecho de propiedad de esos autores influyen en sus consideraciones sobre los derechos intelectuales. El Artº 129 de la carta establece:

«El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras y creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. Garantiza asimismo y en igual forma, los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos».

Sobre este artículo efectúan dos apreciaciones principales: la primera, que contiene dos derechos de naturaleza totalmente distinta, el primero referido a la Propiedad Intelectual propiamente dicha que tiene un carácter *«eminentemente espiritual»* referido a los autores e inventores, aunque cuenta con un contenido económico adicional; y otro vinculado a los signos distintivos, a los que erradamente identifican como *«Propiedad Industrial»*. A estos últimos los vinculan con el desarrollo del capitalismo, del consumo y de la economía del mercado y ponen de relieve su vinculación con empresas transnacionales. Ello los lleva a dar gran importancia al fenómeno de la transferencia tecnológica consignado en el Artº 137 de la Constitución¹¹⁸, la que consideran debe estar sujeta a autorización, registro y supervisión, tal como lo estipula este artículo, lo que conside-

115. Rubio Correa, M. y Bernales Ballesteros, E., «Constitución y Sociedad Política», Lima, 1985, pág. 450.

116. Rubio Correa, M. y Bernales Ballesteros, E., «Constitución y Sociedad Política», Op. cit., pág. 456.

117. Vid. Kresalja, B. «La libertad de empresa, fundamento del sistema económico constitucionalizado» Op. cit., y «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993» *en* Ius et Veritas, N° 22.

118. Artº 137: *«El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementaria de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración».*

ran debe redundar en la creación de empleo, participación del capital nacional y contribución al desarrollo en concordancia con la planificación.

Rubio y Bernales insisten en la necesidad de separar el tratamiento constitucional a la Propiedad Intelectual y a la Propiedad Industrial, tal como lo hace Ruiz-Eldredge en su libro ya citado, puesto que la primera es un reconocimiento al creador o inventor y subsidiariamente la atribución de determinados derechos económicos, por lo que es legítimo un reconocimiento jurídico de larga validez, mientras que la Propiedad Industrial «*es básicamente una forma de regular la apropiación y explotación del conocimiento tecnológico y creativo en la vida económica, tanto productiva como comercial, con importantes consecuencias en la posibilidad de avance, estancamiento o retraso tecnológico del país*»¹¹⁹, a la que es sumamente perjudicial otorgarles el mismo reconocimiento; es mas, indican, conviene reducir su plazo de protección facilitando a terceros su aprovechamiento y utilización, pues de lo contrario sus titulares bloquearán la posibilidad de su utilización, no la pondrán en explotación ni autorizarán su uso por terceros mediante licencias.

En síntesis, Rubio y Bernales consideran que la norma del Artº 129 es equívoca aunque reconocen que la ley podrá establecer, tal como lo dice el propio artículo, tratamientos diferenciales; pero que la redacción es deficiente y confusa, por lo que requeriría una rápida precisión, dada su importancia.

III.2.3. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto en su «Constitución de 1993: lectura y comentario»¹²⁰, cuando se refieren al derecho que tiene toda persona a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica consignado en el Artº 2.8 de la Carta, prácticamente repiten, sin agregar nada rescatable, el comentario de Enrique Chirinos Soto sobre el texto similar de la Constitución de 1979 en su libro «La nueva Constitución al alcance de todos», ya citado.

Carlos Torres y Torres Lara, uno de los principales impulsores de la Constitución vigente en su libro «La nueva Constitución del Perú»¹²¹, no hace comentario alguno al Artº 2, inciso 8) ni a ningún otro que se vincule directamente con los derechos intelectuales. En la parte final de su libro se encuentran las estadísticas de la votación en el llamado Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1992, y ahí aparece que ese artículo fue aprobado por 54 votos a favor y ninguno en contra, sobre un número total de 80 constituyentes¹²².

119. Rubio Correa, M. y Bernales Ballesteros, E., «Constitución y Sociedad Política», Op. cit., pág. 504.

120. Chirinos Soto, E. y Chirinos Soto, F., «Constitución de 1923: lectura y comentario», Lima, 1994, pág. 28

121. Torres y Torres Lara, C., «La nueva Constitución del Perú», Lima, 1993.

122. Conviene tener presente que la mayoría del CCD pareció seguir o aceptar el siguiente planteamiento de Torres y Torres Lara: «*al iniciarse el siglo XXI, los países no están en condiciones de establecer su propio modelo económico, sino solo de insertarse en el existente, por eso la nueva Constitución elige el modelo liberal de economía, no porque sea el mejor, sino porque hoy es el único posible. No es una visión ideológica, es una visión práctica*», Op. Cit., pág. 33.

Marcial Rubio realiza en su «Estudio de la Constitución Política de 1993»¹²³ un extenso análisis de art. 2.8 y lo compara con los arts. 2.6 y 129 de la Constitución 1979: dice bien que la constitución vigente no es tan explícita en cuanto a dar rango constitucional a los derechos de autor y de inventor tal como se lo daba el art. 129 de la Constitución anterior, aunque critica a este último por su redacción insuficiente al no responder a los avances tecnológicos ocurridos en las últimas décadas.

Rubio se refiere al derecho de perfeccionamiento espiritual de la persona a través de la cultura y la creación, citando en su apoyo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y a otros autores, incidiendo en la íntima conexión del proceso cultural con la creación intelectual, artística, técnica y científica, a que se refiere el art. 2.8. Pone de relieve que toda persona puede crear libremente en esas cuatro esferas, constituyendo un derecho que, dado el caso, «puede ser defendido con las garantías constitucionales establecidas»¹²⁴. Finalmente, hace referencia a la característica dual (moral y patrimonial) de los derechos intelectuales y a la legislación positiva nacional.

Anexo N° 1

Concordancia

Constitución		Texto
1823		Art° 60.20
1826		Art° 149
1828	Art° 48.19,	Art° 167
1834		Art° 163
1839		Art° 170
1856		Art° 27
1860		Art° 26
1867		Art° 25
1920	Art° 38,	Art° 43
1933		Art° 30
1979	Art° 2.6,	Art° 124
1992		Art° 2.8
Anteproyecto de Ley de Reforma		Art° 2.11

123. Rubio, M., Op. cit. pags. 259 y ss. Vid. también Rubio, M., «Para conocer la Constitución de 1993», Lima, 1999, pags. 36 y 37

124. Op. cit. pag. 264

