



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

León Robayo, Edgar Iván
La posesión de los bienes inmateriales
Revista de Derecho Privado, núm. 36, junio, 2006, pp. 77-116
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033184002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

La posesión de los bienes inmateriales

Édgar Iván León Robayo¹

Resumen

Los códigos civiles dejan de lado el estudio de las cosas incorporales, debido a que para el momento en que fueron puestos en vigencia, se desconocía la importancia y el contenido patrimonial que tienen estos bienes en la actualidad. No obstante, esa falencia normativa ha sido disimulada por la ley al señalar que las cosas incorporales son análogas a las corporales y, por lo tanto, las relaciones jurídicas que se pueden generar respecto de ellas tienen las mismas consecuencias y gozan de las mismas calidades y principios. Sin embargo, esta clase de bienes debería tener un contenido propio, que les facilite su operatividad en el mundo jurídico y les permita evolucionar con precisión. Aunque respecto de algunas cosas incorporales se ha dado esta situación, tal como ocurre con las normas de protección a la propiedad intelectual, todavía quedan muchos asuntos que no tienen un desarrollo contundente, como ocurre por ejemplo con la posesión de los bienes inmateriales. Para determinar cómo opera esta figura frente a esta clase de cosas, en primer lugar se construirá el concepto de bien inmaterial desde una óptica similar a como la ley y la doctrina han sistematizado y clasificado las cosas corporales. Posteriormente, se efectuará un análisis de la posesión propiamente dicha, para luego determinar la manera como esta encuentra su aplicación jurídica frente a los bienes que no tienen una existencia material.

Palabras clave: cosas corporales, corpus, bienes inmateriales, animus, unicum, posesión, posesión de derechos, gewere, usucapión.

Abstract

The civil codes leave on the side the study of intangible assets since at the time of their enactment the importance and value that such assets have currently was not known. Notwithstanding the above, such vacuum has been covered by the law when it establishes that intangible assets are similar to corporate ones and that thus, the legal relationships that may be generated with respect to them have the same consequences and enjoy the same qualities and principles. Nevertheless, this type of assets should have its own concept, to enable their operation in the legal word and a more precise evolution. Although with respect to some intangible assets this situation has occurred as

¹ Profesor de Derecho Civil del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Universidad de la Sabana.

it happens with the intellectual property protection rules, there are still many issues that are not fully developed, as is the case of the tenancy of the immaterial assets. To determine how this figure operates vis-à-vis this type of assets, the concept of an immaterial asset from a standpoint similar to that how the law and different authors have systematized and classified corporate assets shall be made firstly. Then an analysis on the tenancy thereof as such, to determine then the manner how it finds its legal application with regard to assets that lack a material existence.

Key Words: corporal assets, corpus, intangible assets, unicum, lawful possession, possession, lawful possession of rights, gewere, usucapio.

I. Introducción²

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, el legislador se ha esmerado en definir y clasificar a las cosas de una manera sistematizada, lo cual, en la mayoría de los casos, obedece a parámetros que han sido establecidos desde el derecho romano. Es así como en tales disposiciones se puede apreciar una detallada regulación respecto de las cosas corporales, en la medida en que estas resultan fácilmente clasificables, gracias a sus características naturales y jurídicas propias.

Sin embargo, los códigos civiles dejan de lado el estudio de las cosas incorporales, debido a que para el momento en que fueron puestos en vigencia, se desconocía la importancia y el contenido patrimonial que tienen estos bienes en la actualidad. No obstante, esa falencia normativa ha sido disimulada por la ley al señalar que las cosas incorporales son análogas a las corporales y, por lo tanto, las relaciones jurídicas que se pueden generar respecto de ellas tienen las mismas consecuencias y gozan de calidades y principios similares.

A pesar de lo anterior, resulta evidente que se trata de entidades distintas y, por tal razón, los derechos, su ejercicio y la regulación de esta clase de bienes debería tener un contenido propio, que no solamente les facilite su operatividad en el mundo jurídico, sino que también les permita evolucionar con precisión. Aunque respecto de algunas cosas incorporales se ha dado esta situación, tal como ocurre con las normas de protección a la propiedad intelectual, todavía quedan muchos asuntos que no tienen un desarrollo contundente, como ocurre, por ejemplo, con la posesión de los bienes inmateriales.

En orden a determinar cómo opera esta figura frente a esta clase de cosas, en primer lugar se construirá el concepto de bien inmaterial desde una óptica similar a como la ley y la doctrina han sistematizado y clasificado las cosas corporales. Posteriormente, se efectuará un análisis de la posesión propiamente dicha, para luego determinar la manera como esta encuentra su aplicación jurídica frente a los bienes que no tienen una existencia material.

2. Construcción del concepto de bienes inmateriales

Con el objetivo de dilucidar de la mejor forma posible el tema propuesto en este artículo, esto es, establecer cómo opera la posesión de las cosas

² Agradecimientos a Diana Mejía, estudiante de la Universidad de la Sabana, cuya valiosa colaboración permitió la redacción de este escrito.

incorporales, es necesario que, inicialmente, se precisen algunos conceptos. Para tal efecto, se examinará el significado de cosa y de bien desde un punto de vista jurídico, de manera que estos términos puedan ser entendidos a partir de su doble acepción: corporales e incorporales.

Efectuado lo anterior, se hará una clasificación de las cosas incorporales, para precisar, posteriormente, si algunas de ellas pueden ser objetos de derechos, dado que, en principio, estas no tienen una representación material. Así mismo, se estudiarán los derechos en su condición de cosas incorporales y se enunciarán las características que tienen aquellos, las cuales, precisamente, recaen sobre los bienes inmateriales. Finalmente, se señalará cuál es la importancia patrimonial que tiene esta clase de cosas y se determinarán cuáles son las facultades que tiene sobre ellas su creador.

2.1. Las cosas y los bienes corporales e incorporales

En términos generales, cosa es todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, o real o abstracta, y que tiene cualidades que la diferencian de las demás. Es decir, se trata de todo aquello que existe y que ocupa un espacio en la realidad. Esta a su vez, puede ser de tres maneras:

- a) Física o material. Corresponde a las cosas que se encuentran ubicadas en la tercera dimensión y que son perceptibles por los sentidos.
- b) Intelectual. Se trata de las ideas, las cuales son creadas y percibidas por la razón humana. Estas aparecen en virtud de un proceso cognoscitivo de creación y pueden estar o no basadas en la realidad.
- c) Virtual. Es una categoría intermedia entre las dos anteriores, pero con características propias. En ella se involucran elementos intelectuales que son perceptibles por los sentidos, especialmente la vista y, en algunos casos, a través de comandos de voz, en la medida en que los elementos informáticos son puestos en funcionamiento por la interacción que el individuo ejerce directa o indirectamente sobre ellos³.

Esta última realidad surge desde la década del 60 con la creación del computador, la evolución de la tecnología informática y el desarrollo de multimedia

³ Para mayor información sobre este tema, véase Barfield, W.; Sheridan, T.; Zeltzer, D. y Slater, M. *Presence and performance within virtual environments*. En: Barfield, W. y Furness III, T. (editores), *Virtual Environments and Advanced Interface Design*, Oxford University Press, Oxford: 1995.

e internet⁴. Mediante su utilización los operarios interactúan en el denominado “ciberespacio”, a través de un sistema computacional. Se trata de un universo paralelo en el cual las personas se encuentran, realizan negocios, adquieren bienes, reciben información, crean comunidades, construyen ciudades e, incluso, manifiestan sus sentimientos.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que existen tres categorías de cosas, las cuales corresponden a la realidad en la que se encuentren: corporales, incorporales y virtuales. Esta última comparte elementos característicos de las otras dos. Por esa razón, sus rasgos y cualidades no serán analizados en este artículo, sino que se tratarán en un escrito posterior.

Desde el derecho romano se han distinguido las cosas que se encuentran en la realidad física y aquellas que tienen una entidad no material. Según relata Biondi, esta distinción fue formulada por Gaio y recogida en el *Corpus Iuris*⁵. Es así como, en términos generales, las cosas corporales son aquellas que, al tener entidad material, son perceptibles por los sentidos y ocupan una parte determinada del espacio⁶.

Ascarelli señala que el peso de la tradición romana induce a considerar como cosas corporales las que se pueden percibir inmediatamente con el tacto o, al menos, con los sentidos, contraponiendo a ello, de modo genérico, todo lo que no es inmediatamente perceptible con los mismos, lo cual será, necesariamente, una cosa incorporeal. Según su criterio, esta situación hace que se confundan ciertos asuntos —desconocidos para el derecho romano—, como son: (i) las creaciones intelectuales —contrapontibles a cualquier cosa del mundo de la naturaleza—; (ii) los derechos sobre los derechos y (iii) la apropiabilidad de las energías en el mundo físico⁷.

4 Un completo marco histórico de internet es desarrollado por Gamboa, R. *Soberanía estatal en internet; análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el marco nacional e internacional*. En: Comercio Electrónico, Gecti-Legis-Universidad de los Andes, Bogotá: 2005, pp. 627-630.

5 “Son corporales aquellas cosas *quae tangi possunt*, como p. ej. Una finca, plata, oro y otras innumerables; por el contrario, incorporales son aquellas *quae tangi non possunt* y precisamente aquellas *quae in iure consistunt*, como p. ej. La herencia, el usufructo, la *obligatio*” —Biondi, B. *Los bienes*. Bosch, 2^a ed., Barcelona: 2003, p. 43.

6 Ibídem, p. 43.

7 “El indiscriminado tratamiento de problemas tan diversos como los enunciados no es, naturalmente, posible y por eso es por lo que el término ‘bien inmaterial’ debe ser utilizado, a mi juicio, en su significación restringida anteriormente mencionada, tratando después separadamente (...) los tan distintos problemas de los derechos sobre derechos o de la apropiabilidad de las energías...” —Ascarelli, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Bosch, Barcelona: 1970, pp. 285-287.

El *Diccionario de la lengua española* define el término incorporal como “impalpable, que no se puede tocar”. Dentro de sus sinónimos se encuentran expresiones como intangible —que no se debe o no se puede tocar—, inmaterial o incorpóreo⁸. Por esa razón, es claro que las cosas incorporales son aquellas entidades jurídicas que no se pueden enumerar entre las corporales, por cuanto no son perceptibles por los sentidos⁹.

Desde el punto de vista jurídico, la mayor parte de las legislaciones civiles de origen francés dividen a las cosas en corporales e incorporales y establecen que las primeras tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos¹⁰. Al respecto, se debe tener en cuenta que esta forma de regulación obedece a códigos decimonónicos en los que se confundían las cosas con los bienes. En efecto, mientras las primeras son el género, los segundos son una especie de estas.

Para determinar qué es un bien se deben tener en cuenta tres criterios: el valor económico de las cosas, su posibilidad de ser apropiados y su aptitud para satisfacer las necesidades de los sujetos de derecho¹¹. Por eso, se puede afirmar que los bienes son cosas que tienen un valor económico, son susceptibles de apropiación y pueden ser utilizadas por los sujetos de derecho para satisfacer sus necesidades¹².

⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Espasa, 22^a ed., t. II, Madrid: 2002, pp. 1264, 1279 y 1288. Véase, igualmente, Suescún, J. *Derecho privado. Estudios en derecho civil y comercial contemporáneo*. Legis, t. I., 2^a ed., Bogotá: 2003, pp. 1 y 2.

⁹ De acuerdo con Suescún, las cosas incorporales son las que no tienen una existencia física y se perciben solo mental o intelectualmente, pues no tienen cuerpo de apariencia sensible —Suescún, ob. cit., pp. 1 y 2.

¹⁰ El artículo 565 del Código Civil chileno establece: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Esta misma disposición se repite en el artículo 653 del Código Civil colombiano. Una excepción a esta regla general la constituye el Código Civil peruano, normativa en la que los bienes se dividen únicamente en muebles e inmuebles y dentro de estas últimas se encuentran las cosas incorporales definidas estas como: “Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares”.

¹¹ El Código Civil argentino diferencia claramente el concepto de cosas y el de bienes. Mientras por las primeras se deben entender “Los objetos materiales susceptibles de tener un valor” (art. 2311), los segundos están definidos como “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas” (art. 2312). Para este ordenamiento jurídico el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio, lo cual resulta criticable, en la medida en que desde un punto de vista económico contable el activo de una persona está compuesto no solo por ellos, sino también por los créditos que un sujeto de derecho tiene a su favor.

¹² Respecto de este punto Gómez establece: “En sentido lato, [esta clasificación] comprende lo corpóreo, como una silla; lo incorpóreo, como el descubrimiento de un nuevo cuerpo o sustancia y los hechos positivos y negativos que se deben; lo apropiable para el hombre, como

Por otra parte, algunos códigos civiles¹³ establecen que las cosas incorporales consisten en meros derechos¹⁴. Estos, a su vez, son únicamente los llamados patrimoniales, es decir, los reales y los personales¹⁵. Al respecto, es necesario hacer dos precisiones: En primer lugar, existe una confusión de términos. Aunque los derechos son realmente una variedad de las cosas incorporales, esto no quiere decir que sean las únicas¹⁶. Esto es, son una clase de aquellas¹⁷. Así mismo, existen otros derechos que no son patrimoniales, como ocurre, por ejemplo, con los fundamentales, los recursos de amparo, la acción de tutela —en el caso colombiano— y las acciones populares y de grupo.

De igual manera, por fuera de esas disposiciones mencionadas también se encuentran otros ejemplos de cosas incorporales como lo son las ideas. Es el caso de un dragón o de un personaje mitológico, como el Minotauro, o, incluso literario, como Harry Potter, los cuales se encuentran en la realidad que se

unos terrenos baldíos, y lo inapropiable, como el aire (...). En una acepción circunscrita al derecho civil se comprende únicamente lo apropiable, o sea lo corpóreo, como una máquina, y lo incorpóreo, como un descubrimiento o invento útil" —Gómez, J. Bienes. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2001, p. 8.

13 El artículo 576 del Código Civil chileno establece: "Las cosas incorporales son derechos reales o personales". Esta misma disposición se repite en el artículo 664 del Código Civil colombiano.

14 "...cabe precisar que todo derecho es necesariamente inmaterial, por tanto incorporeal, al entenderse por corporal lo que tiene una existencia material, lo que se puede ver y tocar. Por lo tanto, todos los derechos son necesariamente cosas incorporales (...). Para llegar a esta conclusión es menester admitir la distinción lógica entre el derecho —que siempre es incorporeal— pues es una elaboración intelectual, y las cosas objeto de tales derechos, que pueden ser corpóreas o incorpóreas, muebles o inmuebles" —Suescún, ob. cit., pp. 5 y 6.

15 Véase Arteaga Carvajal, J. De los bienes y su dominio. Editorial Facultad de Derecho, 2^a ed., Bogotá: 1999, pp. 283 y 284.

16 Al respecto, Velásquez afirma: "...el derecho como relación jurídica es una noción incorporeal. El sujeto del derecho la ejerce sobre el patrimonio del acreedor cuanto tiene un carácter personal o sobre todos los demás sujetos —sujeto pasivo universal— cuando la relación jurídica es de naturaleza real. No se puede confundir, como lo hacían los romanos, la cosa o el bien con el derecho que se tiene sobre él" —Velásquez Jaramillo, L.G. Bienes. Temis, 6^a ed., Bogotá: 1996, p. 6.

17 Respecto de las cosas y bienes incorporales, algunos autores confunden el concepto de cosa con el de bien. Esto se deduce de afirmaciones como la siguiente: "Hay otros [bienes que] no se captan por los sentidos, sino que pertenecen a una categoría que se encuentra en el campo de los conceptos; ellos son los bienes incorporales, los cuales consisten en derechos reales y en derechos personales (art. 664). Son bienes jurídicamente, pues el titular de ellos los encontrará reflejados en su patrimonio. Sobre ellos pueden constituirse los mismos derechos que sobre las cosas corporales, por ejemplo, el derecho de dominio puede ejercerse también sobre intangibles, tales como las producciones de talento o del ingenio" —Arteaga, ob. cit., pp. 283 y 284.

mencionó como intelectual. Es cierto que para la época de redacción de esos ordenamientos se desconocía la existencia jurídica de otras variedades de cosas incorporales, surgidas gracias a la expansión de las ciencias y de las artes, así como por los avances científicos y tecnológicos. Estas cosas, por lo general, pueden tener características que permiten afirmar una nueva connotación respecto de ellas. En efecto, si son susceptibles de ser incorporadas en un patrimonio, tienen un precio en el mercado y, además, satisfacen las necesidades de los individuos. A tales cosas se les deberá denominar: "Bienes inmateriales¹⁸, incorporales¹⁹ o intangibles"²⁰.

En el derecho italiano, además, se exige que esta clase de bienes se encuentren tutelados por el ordenamiento jurídico, lo que se presenta cuando la creación intelectual se convierte en un bien inmaterial individualizado conforme a una normativa especial, dictada básicamente para establecer su regulación específica. Al respecto, dice Ascarelli: "El bien inmaterial al que se refiere el derecho absoluto constituye, precisamente, un bien externo al sujeto, objetivamente disciplinado en su constitución o individualmente determinado, cuyas uti-

18 "Denominamos bienes inmateriales, recogiendo una terminología muy extendida en la doctrina italiana, a aquellas realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos" —Díez-Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. Civitas, t. III, 5^a ed., Madrid: 1996, p. 159.

19 "Cuando hablamos de bienes incorporales, no nos referimos a los derechos entendidos como nociones jurídicas y, por ende, necesariamente entes incorporales. Nos referimos a ciertos bienes objeto de estos derechos, que por no tener una naturaleza corporal no pueden ser percibidos por los sentidos. Estos bienes, denominados incorporales, no ocupan un espacio físico. Su existencia viene del derecho que les confiere un valor económico cierto y, por ende, un lugar en el patrimonio. Sobre estos bienes inmateriales pueden constituirse derechos similares a los que se imponen sobre las cosas corporales" —Ternera, F. *Derechos reales y personales*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá: 2005, pp. 16 y 17.

20 "La individualización de esta importantísima categoría de bienes se suele hacer por vía negativa, como resulta de la misma terminología; se habla de bienes inmateriales o incorporales y los romanos decían que *tangi non possunt*. Pero no es fácil ni jurídicamente útil dar una definición positiva. Observa justamente Cornelutti que, tratándose de la órbita no física ni jurídica, sino metafísica, si bien con carácter económico, el jurista no puede pretender averiguar qué cosa sea este *quid* que se suele llamar bien inmaterial; es un bien en cuanto produce utilidad jurídicamente apreciable; y esto basta para el derecho. Precisar, en efecto, qué cosa sea la energía o la obra del ingenioso no solo es superfluo sino también peligroso, ya que la ley admite como bienes las entidades que socialmente sean consideradas como tales, pero no aquellas que solo científicamente sean consideradas como tales, pero no aquellas que solo científicamente lo sean. Es un hecho que respecto a tales bienes se realizan los más variados actos jurídicos sin que nos demos cuenta de su intrínseca naturaleza ni sea necesario determinarla" —Biondi, ob. cit., pp. 63 y 64.

lizaciones se contraponen a las de la cosa material —o energía— en la que se ha materializado”²¹.

Finalmente, otros doctrinantes como Suescún consideran que mientras los bienes corporales son las cosas apropiadas, los incorpórales son los derechos reales de que aquellas son objeto²².

2.2. Clasificación de los bienes inmateriales

Como ya se mencionó, tanto el Código Civil francés, como las diferentes legislaciones civiles latinoamericanas que siguen sus postulados establecen que las cosas incorpórales son los derechos²³. De acuerdo con lo anterior, únicamente tendrían existencia jurídica los derechos patrimoniales —reales y personales— y los extrapatrimoniales, entre los cuales se encontrarían los fundamentales.

Sin embargo, tal como se señaló en su momento, las cosas incorpórales son todas aquellas que, a pesar de no tener una manifestación corporal y, por esa razón, no son perceptibles por los sentidos, existen en una realidad, la cual puede ser intelectual o virtual. Si estas cosas incorpórales cumplen con los requisitos de prestarle una utilidad a un sujeto o ente de derechos, estos se consideran bienes inmateriales. Es decir, mientras las cosas incorpórales son el género, los bienes inmateriales serán una especie de aquellas, por lo tanto, será respecto de estos donde recaerán los derechos patrimoniales correspondientes e, incluso, la posesión.

El rezago normativo en materia del desarrollo y análisis objetivo de las cosas incorpórales, así como la importancia que han adquirido los principales bienes inmateriales, esto es, la propiedad industrial y los derechos de autor, no ha permitido que la doctrina latinoamericana se ocupe de desarrollar estos institutos. Tampoco ha dado lugar a que se realicen las clasificaciones correspondientes que permitan estructurar esta clase de cosas desde un punto de vista jurídico, tal como ocurre con las cosas corporales.

A pesar de lo anterior, si se quiere buscar un punto de referencia para esta tarea, en la doctrina italiana se puede encontrar un importante aporte para el

²¹ Ascarelli, ob. cit., pp. 285-287.

²² “Los bienes inmateriales o cosas abstractas creadas por el hombre representan un valor apreciable en dinero —obras del ingenio, científicas, literarias, artísticas, invenciones industriales—. Sin embargo, nuestro derecho, como lo fue el romano, es mucho más amplio, pues considera como cosas inmateriales los derechos tanto reales como personales” —Suescún, ob. cit., pp. 1 y 2.

²³ Véanse los artículos 653 y 664 del Código Civil colombiano.

cumplimiento de dicha labor. Sin embargo, existen dos posturas al respecto. Biondi, por ejemplo, presenta una enumeración de los bienes inmateriales y, al señalarlos expresamente, determina sus condiciones y características jurídicas. Es así como para este autor, los bienes inmateriales son los siguientes²⁴:

- a) Las energías. Según el derecho italiano, será bien cualquier clase de energía, natural o producida por el hombre de manera artificial, que pueda ser sometida a su poder o que presente una utilidad socialmente apreciable²⁵.
- b) El espacio aéreo. En términos generales, lo que le da a este bien su utilidad es la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, a través de su relleno o su utilización mediante aparatos que permitan la navegación aérea²⁶. Por lo general, su regulación se encuentra en normas de derecho público, e incluso, en algunos países, como Colombia, está establecida por la misma Constitución²⁷. Se trata de bienes públicos, respecto de los cuales el Estado ejerce un derecho en su calidad de soberano, en virtud del dominio eminent.
- c) El trabajo y el hecho del hombre. Respecto de este tema, el autor advierte que lo que se constituye como bien inmaterial es el producto del trabajo o el derecho a tener trabajo, como cualquier otro derecho de crédito. "Si es verdad, como se enseña comúnmente, que el trabajo consiste en la expresión de la energía física o intelectual, es claro que es bien el derecho a tal expresión o su resultado, pero no el trabajo de por sí"²⁸. Se debe recordar que en la mayoría de los países cuya legislación es de corte francés hasta hace algunas décadas el trabajo de las personas era regulado por normas civiles. Sin embargo, el advenimiento del derecho laboral hizo

24 Biondi, ob. cit., pp. 64-77.

25 Para que la energía sea considerada como un bien inmaterial, la ley italiana exige dos requisitos: (i) que se trate de energía natural, producida por el hombre de manera similar a como es producida por la naturaleza o mediante la explotación de las leyes de la naturaleza y (ii) que tenga un valor económico —ibidem, pp. 64-71.

26 Según el autor, la naturaleza jurídica del espacio aéreo como cosa es discutible, en la medida en que la denominada propiedad del espacio no es otra cosa que la facultad de ejercitar el derecho, ya que el espacio aéreo que se encuentra encima del suelo desaparece en la medida en que este se ocupa con una cosa corporal. De esta manera, explica que el artículo 840 del Código Civil italiano establece que respecto del espacio aéreo no existe propiedad, sino un simple interés, conexo con la propiedad del suelo. Es así como señala: "Tal interés recibe aquellos razonables y necesarios límites que derivan de la exigencia de la misma convivencia social, la cual impone sobre todo libertad de navegación aérea, aun cuando pueda eventualmente producir molestias al propietario del suelo" —ídem, p. 73.

27 En el caso de Colombia, esto se encuentra contenido en los artículos 82 y 101 de la Constitución Política.

28 Biondi, ob. cit., p. 73.

que esta rama jurídica se tornara como independiente en el común de los ordenamientos latinoamericanos.

- d) Obras del ingenio. Según esta clasificación, se considera que toda creación intelectual en cualquier campo —literario, artístico, científico o técnico— será un bien inmaterial. Según Biondi esta categoría se aplica —incluso— si la idea se manifiesta en una cosa corporal. A pesar de su existencia en el mundo físico, aquella seguirá siendo un bien inmaterial, con independencia del medio que la transmite y la hace perceptible a los demás²⁹.

Es así como en estos casos las obras del ingenio se funden en las cosas corporales y, por lo tanto, no tienen una existencia independiente de ellas, caso en el cual se presenta lo que para el autor sería un *unicum*³⁰. En efecto, “una obra de arte pictórica o escultórica se concreta en la tabla, tela o mármol y la reproducción no tiene el mismo significado y valor que puede tener la reproducción de un poema o de una música. Las reproducciones de la obra literaria, científica, musical son infinitas, todas iguales entre sí, sin que existan copias, como no existe un original. Por el contrario, en la pintura y en la escultura bien es tanto la creación en cuanto idea, como el medio material en el que se transfigura, que ya no es materia, sino que resulta obra de arte”³¹.

En cualquier caso en el que la obra del ingenio ya no es solo un pensamiento, es decir, cuando se aparta del sujeto que la crea, adquiere individualidad propia. Es en este momento en el que, aunque no adquiera materialización ni se individualice espacialmente, presenta la autonomía necesaria que le permite constituirse en objeto de relaciones jurídicas y, por lo tanto, se habla de propiedad, la cual tiene una connotación diferente: es intelectual. “Tal cualificación se debe entender en sentido no técnico, sino como simple pertenencia genérica o titularidad; son aplicables, en efecto, los principios y el régimen de la propiedad compatiblemente, no obstante con la naturaleza de tales entidades,

29 “... una cosa es el poema, el romance, como obra del ingenio y otra es el libro que lo reproduce; una cosa es la música y otra cosa los signos que permiten reproducirla” —ibidem, pp. 74-75.

30 Un ejemplo concreto de esta figura se da en la interrelación entre software y hardware. En un reciente caso argentino, la justicia de ese país analizó la composición de un sistema informático y dictaminó que esta clase de bienes tiene una naturaleza mixta, en la medida en que se encuentra compuesta por una parte intangible y otra material. Según el fallo, ambos elementos no se pueden concebir por separado, por cuanto conforman una unidad compleja “tangible-lógica”, donde los dos se requieren mutuamente para que el sistema opere, es decir, cumpla con la función esperada por el usuario (Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa n° 22.600, Marchione, Gabriel s/sobreseimiento, nov. 10/2005).

31 Idem.

de las que alguna es regulada en leyes especiales que disciplinan en qué modo se adquiere y se transfiere aquella titularidad y en qué cosa consiste”³².

- e) Situaciones jurídicas o de hecho. Por las primeras se debe entender aquellas circunstancias que se pueden aislar, tanto de las personas como del mundo externo, y que sean susceptibles de constituirse como objetos de relaciones jurídicas, tales como los contratos. Las segundas serán bienes cuando presenten sus caracteres³³.

Por su parte, Ascarelli reagrupa los diversos tipos de creaciones intelectuales que pueden ser susceptibles de tutela jurídica y los sistematiza en tres categorías³⁴:

- a) Las obras del ingenio³⁵. Se trata de la exposición formal de un determinado contenido, que asume un valor representativo y que constituye un aporte al mundo de la cultura, la cual está protegida por los ordenamientos jurídicos. En efecto, se trata de las obras artísticas, que encuentran su regulación a través del derecho de autor y conexos³⁶.
- b) Los inventos industriales. Respecto de estos, el aporte creador obedece al mundo de la técnica y consiste en un descubrimiento que hace posible utilizar las fuerzas de la naturaleza con el propósito de satisfacer las necesidades humanas, mediante la resolución de un problema técnico. Sin embargo, se debe precisar que el objeto protegido con estos bienes es el resultado industrial que se puede obtener con ellos y no tanto el descubrimiento³⁷. Esta categoría encuentra su tutela en las normas del derecho de la propiedad industrial.
- c) La nomenclatura de la realidad. Se trata de la creación de signos distintivos en forma de denominaciones o emblemas que permiten a la clientela de una actividad comercial diferenciar a los empresarios, las empresas y los productos o mercancías que se encuentran en un mercado³⁸.

32 *Idem*.

33 En este aspecto, Biondi señala que la posesión no es una situación de hecho y, por lo tanto, no es un bien. Este lo será específicamente la cosa poseída —*ídem*, p. 76.

34 Respecto de las dos primeras, Ascarelli señala que se trata de creaciones intelectuales que se contraponen al mundo de la naturaleza, que se sobreponen a ella como instrumentos para dominarla o que le permiten a las cosas tener una manipulación más sencilla o les otorgan un aspecto más agradable —Ascarelli, *ob. cit.*, pp. 319-322.

35 Ascarelli explica que la creación intelectual consiste en la expresión formal de un determinado contenido, expresión formal que asume un valor representativo y que constituye la aportación creadora al mundo de la cultura tutelada por el derecho —*ibidem*.

36 Díez-Picazo, *ob. cit.*, pp. 159 y 160.

37 *Íbidem*.

38 *Idem*.

A manera de conclusión, mientras Biondi presenta un universo de bienes inmateriales en su enunciación de los mismos, las categorías definidas por Ascarelli para distinguir a los bienes inmateriales no son nada diferentes de los denominados derechos intelectuales o propiedad intelectual, es decir, la propiedad industrial y los derechos de autor. No obstante, como ya se ha mencionado, ambos desconocen en su clasificación que algunos ordenamientos legales también señalan que los derechos hacen parte de esta clase de bienes.

2.3. Los bienes inmateriales como objeto de derechos

En este punto se hace preciso hacer una distinción entre “cosa” y “el objeto sobre el que recae el derecho”. Tal como lo explican Valencia y Ortiz, esta expresión tiene un sentido extenso: “... las cosas cuando se habla del objeto de los derechos reales; los entes inmateriales, esto es, sin cuerpo, cuando se habla de las ideas de un autor; la conducta de las personas —acciones y omisiones—, cuando se habla del objeto de los créditos u obligaciones; la propia persona humana, cuando se habla de los derechos de la personalidad, etc.”³⁹.

Como se puede apreciar, si una cosa puede ser objeto de un derecho y este tiene la categoría de real, en términos generales se estará hablando de un bien. En estos eventos, el objeto se confunde con la cosa e, incluso, con el derecho, por el ejercicio necesario que se debe hacer de ella⁴⁰. Es así como alguna parte de la doctrina señala que las únicas cosas respecto de las que recaen derechos reales son las corporales. En efecto, consideran que aquellos no pueden operar sobre las cosas incorpóreas, en la medida en que los bienes inmateriales son demasiado heterogéneos y, por lo tanto, frente a ellos debe existir un régimen jurídico caracterizado por una gran diversidad de normas para su utilización y control⁴¹. Sin embargo, las tendencias jurídicas actuales admiten que estos de-

³⁹Valencia, A. y Ortiz, A. *Derecho civil. Derechos reales*. Temis, t. II, 10^a ed., Bogotá: 2001, pp. 9 y 10.

⁴⁰Al respecto, señala Suescún: “Esto ocurre incluso con el derecho de propiedad, que por ser el más completo en cuanto a los atributos que da a su titular sobre la cosa, tiene a confundirse con esta. Pero en el plano ontológico puede y debe distinguirse el derecho de propiedad —que consiste en la facultad de usar, usufructuar y disponer— de la cosa u objeto, mueble o inmueble, sobre el que recae”. Y agrega: “Aun cuando en lenguaje común se dice: ‘vendí mi casa’, en el campo jurídico lo que se ha hecho es transferir el derecho de dominio sobre ese inmueble, de suerte que lo que se ha enajenado es un bien incorporeal, esto es, un derecho, que, por tanto, es abstracto o inmaterial” —Suescún, ob. cit., pp. 5 y 6.

⁴¹Al referirse a los bienes inmateriales, Biondi señala: “La cualificación de propiedad que frecuentemente se da respecto a ellos debe entenderse en el sentido genérico de titularidad, disciplinada de modo particular, ya que la propiedad está limitada a las cosas corporales” —Biondi, ob. cit., pp. 63 y 64.

rechos también pueden versar sobre cosas incorporales o derechos y bienes inmateriales⁴².

Según explica Díez-Picazo, citando a Ascarelli, respecto de las cosas incorporales hay algunas que son recogidas por el ordenamiento en cuanto se encuentran reguladas por una norma, lo cual es el supuesto que hace que se constituyan en bienes, debido a que se trata de una creación del derecho. Esto quiere decir que, aunque cualquier clase de idea o de resultado del ingenio potencialmente puede servir como soporte a una relación obligatoria, esto no siempre ocurre en relación con cualquier clase de cosa incorporeal. Es decir, requieren de una manifestación legal que los constituya como objetos jurídicos específicos y, más aún, para que sean objetos de derechos de carácter absoluto, tales como los reales. Como señala el autor: "Hay, por consiguiente, una tipicidad estricta de las creaciones intelectuales susceptibles de ser controvertidas en bienes inmateriales y con ello en objetos de derechos"⁴³.

Por otra parte, algún sector de la doctrina señala que las puras ideas que no se concretan en obras del ingenio tipificadas por la ley, no gozan de especial protección jurídico-real. Es el caso de Ascarelli, quien afirma que para que una creación intelectual constituya un bien inmaterial se debe exteriorizar, lo cual se puede hacer a través de cosas materiales o de energías. Incluso, en algunos ordenamientos como el italiano es necesario que a la creación se le dé un uso⁴⁴.

Sin embargo, esto no quiere decir que no se encuentren protegidas jurídicamente, por cuanto existe otra clase de disposiciones que las cobijan, las cuales, en términos generales, son los derechos fundamentales, en la medida en que mientras la idea se encuentra en la mente del creador, esta se protege como si fuera la vida misma⁴⁵. El problema en estos eventos se concreta en que si existe una violación a dicha protección, esta no será diferente al ejercicio de acciones dirigidas a obtener una indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados o la cesación de un comportamiento de terceros.

42 Suescún, ob. cit., pp. 3 y 4.

43 Díez-Picazo, ob. cit., p. 159.

44 Según el autor, "mientras sea un *quid in mente retentum* no puede considerarse como creación intelectual ni ser objetivamente considerada en contraposición al acto en que se apoya; permanece todavía en la intimidad del propio sujeto" —Ascarelli, ob. cit., pp. 326 y 327.

45 Por ejemplo, es el caso del artículo 27 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el cual establece: "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

En conclusión se puede señalar que, si bien los derechos que recaen sobre bienes inmateriales se pueden considerar como absolutos —los cuales guardan una evidente similitud con los clásicos derechos reales—, estos revisten frente a los otros unas características especiales, debido a las condiciones específicas que genera el objeto sobre el que recaen, como lo son las cosas incorporales. Por tal razón, desde el punto de vista teórico no existe ningún inconveniente para afirmar que sobre los bienes inmateriales pueden recaer derechos reales diferentes a los que recaen frente a las cosas corporales, como ocurre precisamente en el caso de la propiedad intelectual⁴⁶.

2.4. Los derechos como cosas incorporales

Alessandri y Somarriva señalan que los derechos sobre los bienes inmateriales son exclusivamente los que están relacionados con la propiedad intelectual. Es decir, se trata de aquellos cuyo objeto recae en las cosas incorporales y que le otorgan a su titular “la facultad exclusiva o monopólica de explotarlos económicamente”⁴⁷.

Alguna parte de la doctrina considera que los derechos asociados con la propiedad intelectual son, por definición, monopolios legales⁴⁸. Esto, por cuanto la normativa les brinda la posibilidad a los titulares de explotar exclusivamente

46 Mihalache explica que la protección de las ideas cuando están en la mente de los autores obedece a la filosofía misma de la creación de los derechos reales: “La ideología capitalista fundó los derechos de propiedad en el hábeas corpus, es decir, en la autoridad incuestionable que uno tiene sobre su propio cuerpo” —Mihalache,A. *Property vs. possession (intellectual property)*. 2002. Disponible en: www.spark-online.com/june00/trends/mihalache.html. Consulta realizada el 28 de noviembre de 2005—. Díez-Picazo, por su parte, señala que dada la naturaleza de los bienes incorporales en todo caso debe quedar claro que se trata de derechos sui generis: “...y, desde el punto de vista práctico, que la aplicación a estos derechos de las normas relativas a los derechos reales clásicos, ha de ser una aplicación analógica con todas las dificultades que ello acarrea” —Díez-Picazo, ob. cit., p. 161—. Véase, además, Suescún, ob. cit., pp. 8 y 9.

47 Alessandri,A.;Somarriva,M.yVodanovic,A. *Tratado de los derechos reales. Bienes*. Temis-Editorial Jurídica de Chile, Bogotá: 2001, pp. 29 y 30.

48 En ciertos casos las patentes de propiedad industrial sirven para retrasar el avance tecnológico y disminuir la competencia, no para promoverla. En Estados Unidos, por ejemplo, la empresa AT&T recolectó patentes para asegurar su monopolio de teléfonos, lo cual redujo la velocidad de la introducción de la radio durante aproximadamente 20 años. De manera similar, la General Electric usó sus patentes para retardar la introducción de luces fluorescentes, que eran una amenaza para las ventas de sus luces incandescentes” —para mayor información véase Martin, B. *Against intellectual property*. En: Information Liberation. Freedom Press, Londres: 1998. Disponible en: www.uow.edu.au/arts/sts/bmartin/pubs/95psa.html. Consulta realizada el 28 de noviembre de 2005.

te esas invenciones, creaciones, marcas y diseños, lo cual les otorga un valor de mercado⁴⁹.

Es decir, la utilidad económica de esta clase de cosas surge precisamente de la facultad que tales derechos brindan para minimizar la competencia y, por lo tanto, obtener precios más altos gracias a la protección legal que se ofrece para estos bienes y servicios. Sin embargo, ese derecho absoluto lo que realmente tutela es la probabilidad de obtener una ganancia mediante la utilización de la cosa incorporal y no la que se podría alcanzar con el ejercicio de un género determinado de actividad, en la medida en que este se encuentra restringido para los demás, en virtud de la protección que otorga la ley⁵⁰.

Sin embargo, no se debe olvidar que la mayoría de los códigos de estirpe francesa establecen que las cosas incorporales son los derechos, específicamente los patrimoniales. Según relata Suescún, esta categoría fue creada por un sector de la doctrina francesa que se resistió a aceptar que se trataban de derechos reales, en la medida en que no podían recaer sobre cosas incorporales, y tampoco de derechos personales, pues no se ejercen contra una o más personas determinadas⁵¹. Incluso, mientras algunos autores señalan que estos se encuentran excluidos como objeto de los derechos intelectuales otros van más allá y afirman que ni siquiera son cosas⁵².

Por otra parte, se debe tener en cuenta que las creaciones intelectuales son cosa distinta del elemento material en el que estas se encuentran manifestadas. Alessandri y Somarriva ilustran con claridad este punto: “El derecho de autor de un poeta recae sobre sus versos y no sobre los libros o las páginas impresas

49 Hays, Th. *La reglamentación europea de los derechos de propiedad intelectual*. En: Foro de Derecho Mercantil, n.º 3, Legis, Bogotá: 2004, pp. 7 y 8. Para mayor información, véase Bagley, C. y Clarkson, G. *Adverse possession for intellectual property: adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age*. En: Harvard Journal of Law & Technology, vol. 16, n.º 2, Boston: 2003.

50 Para Ascarelli esta es la razón por la que se puede afirmar que los derechos que otorga la propiedad intelectual realmente no constituyen un derecho de monopolio. Esto es así “... si dicha expresión se utiliza en su significado jurídico corriente y no como equivalente, sin más, a exclusiva —que podría aplicarse entonces, también, a la propiedad de cosas materiales, o bien en sentido económico—. En sentido económico, en efecto, (...) la prohibición que se deriva de las exclusivas sobre las creaciones intelectuales introduce siempre un elemento monopolístico a la disciplina...” —Ascarelli, ob. cit., pp. 282-284.

51 Suescún, ob. cit., pp. 4 y 5.

52 “Sobre los derechos existe una titularidad y no una pretendida propiedad, toda vez que los derechos no son cosas” —Ternera, ob. cit., pp. 16 y 17—. “Mientras que la categoría de las cosas corporales es fácilmente individualizable, en cuanto tienen una existencia material, la categoría de las cosas incorporales es asaz, vasta y heterogénea y respecto a alguna, como veremos, hasta se ha dudado que sea jurídicamente cosa” —Biondi, ob. cit., pp. 44-49.

que los contienen y dan a conocer; el derecho del inventor recae sobre la invención misma y no sobre la máquina fabricada de acuerdo con el nuevo esquema mental. El libro y la máquina serán de las personas que adquieran esas cosas concretas, pero la creación poética y el invento siguen perteneciendo a quienes produjeron tales bienes inmateriales”⁵³.

Hay quienes argumentan que “la propiedad aparece cuando alguien la ocupa; pero cuando abandona la ocupación, la propiedad se va con la cosa”⁵⁴. Referida a la cosa corporal sobre la que recae el bien inmaterial, esta postura, propia del siglo XVIII, se encuentra actualmente en desuso, por cuanto si bien el autor no tiene derechos reales sobre su obra después de que el elemento material en el que ella consta ha sido objeto de un negocio jurídico, en ella perdurarán todos los derechos morales que surgen de su creación, por el tiempo que establezca la ley⁵⁵.

Como se puede apreciar, el derecho intelectual sobre estas cosas realmente existe respecto de la idea. El elemento físico en el cual esta se representa es por esencia una cosa corporal y, por ello, resulta lógico señalar que frente a este se presenta un derecho real, con las facultades que le son propias: el uso, el goce y la disposición.

Algunos autores señalan que los derechos sobre bienes inmateriales realmente constituyen un derecho real y, específicamente, el de propiedad. Sin embargo, parte de la doctrina está en desacuerdo porque en relación con ellos no existe un elemento material y, por consiguiente, no se puede ejercer una posesión.

Para esta corriente los derechos en análisis difieren profundamente de los reales. Incluso, a su juicio no es correcto referirse a una propiedad intelectual o industrial, ya que la naturaleza del objeto del derecho real presenta una diferencia radical en cuanto al objeto sobre el que recae el derecho intelectual.

53 Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., pp. 29 y 30. Como complemento de esta afirmación se puede citar a Lord Thurlow, quien señaló: “Decir que un hombre tiene la propiedad sobre las ideas de un libro, y ninguna en el libro en sí, es como si uno pudiera afirmar que un hombre tiene la propiedad sobre las pinturas de un cuadro, pero ninguna sobre el lienzo o donde están los tintes” —véase Eilenberg, ob. cit.

54 Eilenberg, ob. cit.

55 Para entender esta situación, es preciso determinar la normativa aplicable a la situación jurídica concreta. En el caso de la propiedad industrial, por ejemplo, la regla general es una protección de 20 años para las patentes, mientras que para los demás bienes será de 10, prorrogables en su mayoría —al respecto, véanse las disposiciones correspondientes en la Decisión 486 del 2000 del Acuerdo de Cartagena—. En el caso de los derechos de autor la protección será durante la vida del autor más 80 años —en el caso colombiano, esto se encuentra establecido en el artículo 35 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley 23 de 1982.

Estas denominaciones únicamente serían aceptables como una manera de referirse a derechos análogos. Esto quiere decir que, a pesar de que tienen algo en común con la propiedad, son esencialmente distintos⁵⁶.

2.5. Características de los derechos que recaen sobre los bienes inmateriales

Según Alessandri, Somarriva y Vodanovic, las características que tienen los derechos que recaen sobre los bienes inmateriales se pueden enumerar de la siguiente forma⁵⁷:

- a) Los derechos intelectuales son absolutos, es decir, atribuyen a su titular un poder jurídico que se puede hacer valer contra todos los sujetos de derecho —*erga omnes*—.
- b) Recaen directamente sobre un bien inmaterial.
- c) Solamente se pueden presentar respecto de las cosas inmateriales que, genérica o específicamente, señala la ley. En ocasiones esta puede manifestar expresamente cuáles cosas inmateriales no son objeto de su protección, caso en el cual no se pueden considerar como bienes⁵⁸.

2.6. La importancia de los bienes inmateriales. El derecho a su utilización por parte del creador

Después de analizar de dónde surgen, en qué consisten y cuáles son las características principales de que gozan los bienes inmateriales, se hace necesa-

56 Algunos autores creen que Andrés Bello intuyó esta diferencia y se refirió a una especie de propiedad, no a los derechos intelectuales o los que recaen sobre cosas inmateriales, porque todavía la doctrina no los había configurado genéricamente y tampoco habían adquirido esa denominación. Esto se produjo solo hasta 1877, cuando el profesor belga Edmund Picard perfiló esos derechos y les puso un nombre —Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob.cit., pp. 29 y 30.

57 Ibídem.

58 Así, por ejemplo, el artículo 20 de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena establece que no serán patentables las invenciones que vayan contra el orden público o la moral o que atenten contra la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. Igualmente, las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos y los métodos terapéuticos o quirúrgicos para tratamientos humanos o animales, así como los métodos de diagnóstico aplicados a ellos.

rio determinar cuál es su importancia desde el punto de vista conceptual y patrimonial.

Según explica Ascarelli, para algún sector doctrinario la trascendencia que tienen estas cosas obedece más a una justificación política, que a una jurídica. En efecto, desde una órbita netamente privada, la posibilidad de tener estos bienes en un patrimonio se obtiene como resultado del derecho al trabajo. Esto quiere decir que el creador tiene derecho absoluto a la utilización de su obra, como premio al propio esfuerzo realizado por él al momento en que se origina su idea. Lo anterior se desprende de una facultad exclusiva que el derecho le otorga a cada individuo para reivindicar el uso de sus bienes, la cual se traduce en que el sujeto tiene derecho a recibir los frutos del propio trabajo, y, por ello, a las creaciones intelectuales que cada uno pueda alcanzar⁵⁹.

Sin embargo, el autor menciona la otra postura, la cual es universal. Según esta tesis, la justificación del derecho absoluto a la utilización de las creaciones intelectuales se halla en el interés de promover el progreso cultural y técnico de la humanidad. Estos bienes trascienden la esfera de lo patrimonial y se extienden hasta la órbita del interés público, el cual encuentra su mayor satisfacción con el reconocimiento de un derecho absoluto que otorgan los ordenamientos jurídicos para su utilización.

Por esta razón, afirma Ascarelli, esta facultad se debe encontrar limitada en su duración cuando el interés público lo requiera, tal como sucede con las obras del ingenio y las creaciones de la técnica. Es decir, el derecho exclusivo para su utilización por parte del creador debe ceder su puesto a su libre y general uso por parte de cualquier sujeto al transcurrir un determinado período de tiempo establecido por la ley, momento en el que la creación intelectual adquiere su máxima potencialidad. “La importancia del interés público es especialmente la que explica por qué son tutelables tan solo algunos tipos de creaciones intelectuales —aunque estas puedan aumentar en número en futuras evoluciones legislativas—, en contraste con la genérica apropiabilidad de todas las cosas materiales y energías que sean delimitables....”⁶⁰.

Estas dos posiciones dan lugar al debate que se plantea en torno a los bienes inmateriales entre quienes ven en estos bienes su importante función para el progreso cultural y técnico y la que, por el contrario, estima que se trata de un premio directo al trabajo y al esfuerzo del creador. En este último caso, el interés que se tutela no es el goce de las utilidades de la cosa incorporeal, sino la probabilidad de obtener una ganancia por utilizarla en una actividad con

59 Ascarelli, ob. cit., pp. 277-281 .

60 Ibidem.

terceros. Por esa razón, cualquier exteriorización de la misma se regulará como cosa corporal y se aplicarán las normas del derecho común⁶¹.

Sin embargo, existe una tercera posición que duda de la existencia de una propiedad intelectual sobre las ideas. Según esta tesis, en el momento en que se divulga la información es imposible evitar que los interlocutores la tomen para sí, pues al publicarse entra de inmediato a formar parte de la mente de los sujetos y todo lo que allí se encuentra; según se mencionó en un apartado anterior, le pertenece al individuo⁶². De esta forma, quienes la conocen se convierten en dueños de la misma idea y, a diferencia de lo que sucede con los bienes corporales, lo son en una misma proporción.

Desde esta perspectiva, la información no será susceptible de apropiación exclusiva y no se podría hablar de propiedad. En esta medida, los pensamientos no son productos exclusivos del intelecto del autor, por cuanto formarían parte del patrimonio de la humanidad⁶³. La pregunta que surge en este punto es ¿hasta dónde puede un individuo apropiarse totalmente de las ideas, si todos los sujetos están dotados con las mismas facultades de percepción y poderes de reflexión, ya que el mundo perceptible es común para todos?⁶⁴

Es claro que las ideas realmente no son novedosas, porque todas ellas surgen de la observación de la naturaleza y de los fenómenos sociales. Además, muchas otras aparecen como complemento posterior de las creaciones de otros predecesores que se han planteado inquietudes y han generado sus propias respuestas, con base en su conocimiento personal. De esta manera se constru-

61 “Por otra parte, el derecho sobre la obra del ingenio o sobre el invento reservará en cambio a su titular la posibilidad de exteriorizar la creación intelectual, reproduciéndola en un libro o realizándola en una máquina y tutelará entonces, no ya, directamente, el goce de las utilidades de la máquina o del libro, sino la probabilidad de ganancia que se deriva de la utilización de la creación intelectual al reproducir la obra del ingenio en el libro o al realizar el invento en la máquina, impidiendo, por lo tanto, a los demás esta exteriorización y la utilización de las cosas en las que aquella hubiera tenido lugar lícitamente (...), prescindiendo de la existencia de una propiedad ajena sobre las cosas materiales empleadas en el uso de la creación intelectual, así como de la propiedad ajena sobre las cosas materiales resultantes de dicho uso” —Ascarelli, ob. cit., pp. 277-281”.

62 Véase supra 2.3. “Los bienes inmateriales como objeto de derechos”.

63 En un fallo de la Corte de Tennessee (Estados Unidos) se señaló: “Los conceptos del autor se vuelven propiedad común de sus lectores, que no pueden ser privados del empleo de ellos, ni de su derecho de comunicarlos a otros con su propio lenguaje, por lectura o tratado” —Samuels, E. *The idea-expression dichotomy in copyright law*. En: Tennessee Law Review Association, The University of Tennessee, 1989. Disponible en: www.edwardsamuels.com/copyright/beyond/articles/ideapt1-20.htm. Consulta realizada el 28 de noviembre del 2005.

64 Eilenberg, S. *Copyright's rhetoric and the problem of analogy in the British eighteenth-century debates*. 2001. State University of New York, Buffalo. Disponible en: www.rc.umd.edu/praxis/law/eilenberg/sebg.htm. Consulta realizada el 28 de noviembre del 2005.

yen las civilizaciones y el desarrollo de los pueblos⁶⁵. En esta medida, una obra no podría ser propiedad individual, por cuanto tiene el trabajo del autor más el de todas aquellas personas que realizaron un trabajo previo, intelectual o no, que sirvió de fundamento a la nueva creación⁶⁶. En consecuencia, al igual que se le reconoce al autor una propiedad sobre su obra, porque en ella está implícito su trabajo, también se le debería reconocer su labor a todos aquellos que hicieron posible que, de una u otra manera, la obra fuera una realidad⁶⁷.

Esta postura, sin embargo, no tiene asidero jurídico y menos con la protección que se le ha dado en el ámbito internacional a la propiedad intelectual. En efecto, los derechos sobre las creaciones se consolidan en cabeza del autor en la medida en que este ha puesto en la obra parte de sí mismo, a través de su trabajo. Además, lo que tiene un contenido patrimonial es el modo como organizó la información que tenía disponible en su mente, la forma como analiza y concibe su propia realidad⁶⁸.

3. La posesión

Se trata quizá de uno de los temas de mayor trascendencia en el análisis de las relaciones jurídico-reales. Consiste en una figura que ha sido estudiada desde el derecho romano, pues es a través de ella como se da la manifestación física y material de la titularidad que tiene un sujeto de derecho respecto de los bienes que se encuentran a su disposición.

Este apartado se dividirá en cuatro grandes temas: definición e importancia de la posesión, sus antecedentes, los desarrollos modernos que esta ha tenido y los elementos que permiten afirmar su existencia.

65 "El valor de los productos intelectuales no se debe al trabajo de una sola persona, o pequeño grupo; los productos intelectuales son productos sociales" —Martin, ob. cit.—

66 Una obra incluye a la "gente que habló y usó ideas y técnicas, tanto en niveles teóricos como prácticos, que proporcionaron un fundamento cultural". En efecto, "Cualquier parte del trabajo intelectual siempre es agregado y es inconcebible sin el trabajo previo de numerosa gente" —ibidem.

67 "Hettinger indica que los contribuidores contemporáneos al desarrollo de las ideas, por lo general, no están presentes. Por lo tanto, el 'contribuidor de hoy' no puede reclamar el crédito total sobre su invención" —ídem.

68 En este punto cabe citar dos afirmaciones contenidas en el análisis que hace Adam Moore, profesor de la Universidad de Washington (Estados Unidos): (i) "El valor se deriva tanto del trabajo para arreglar los materiales, como del diseño o la forma en que los disponen" y (ii) "Una persona adquiere derechos de propiedad sobre aquellas cosas que no son formalmente poseídas y en las cuales mezcla algo que posee [trabajo]" —Professor Moore. *Hettinger v. Paine Justifying intellectual property rights*. Disponible en: http://courses.washington.edu/info300/hettinger_paine.pdf. Consulta realizada el 28 de noviembre del 2005.

3.1. Importancia y definición

El estudio de la posesión encuentra su importancia en que es ella la que revela la existencia de un derecho real, por cuanto constituye un estado de hecho que generalmente está acorde con él⁶⁹. En algunas ocasiones quien la ejerce es el dueño o el titular del derecho, pero hay otras en las que se trata de un tercero a quien el ordenamiento jurídico considera como tal⁷⁰. Al respecto, explica Arteaga: "... el hombre es propietario porque poseyó primero. Y es posible imaginar que por la posesión llegó el hombre a tener las cosas como suyas y mediante el ejercicio objetivo de los poderes que más tarde se tuvieron como elementos característicos del dominio"⁷¹.

La posesión es un poder de hecho sobre las cosas, mediante la relación fáctica que existe entre el individuo y el bien⁷². Por ello, puede tener la naturaleza de un derecho real⁷³, porque el poder que se tiene sobre el bien no es jurídico, sino material⁷⁴. Para los romanos la posesión significó, en un principio, la manifestación exterior del derecho real de propiedad. El propietario, por la sola razón de serlo, merecía, además, el título de poseedor⁷⁵.

3.2. Antecedentes de la figura

La posesión existe desde que el ser humano se apoderó de una cosa y manifestó ser su dueño, a través de la protección material que esta le daba. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico se puede afirmar que esta figura existe desde la sistematización que de ella hizo el derecho romano y la manera como se conoció en el derecho germánico.

69 "La posesión es la manifestación externa del derecho, el signo o actos que lo revelan ante los ojos de terceros" —Cortés, M. *La posesión*. Temis, Bogotá: 1999, pp. 1-4.

70 Ibídem, pp. 4-5.

71 Arteaga, ob. cit., p. 273.

72 Una manifestación directa de esta afirmación se encuentra contenida en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal de México, el cual establece: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho..." .

73 "Más es lo cierto que la posesión es uno de los principales atributos del derecho efectivo o presunto del dominio, puesto que la ley reputa dueño al poseedor (C. C. colombiano, art. 762, inc. 2º) y quien carece de la voluntad decidida de ser propietario no es poseedor ni está en vía de llegar a serlo" —Cortés, ob. cit., pp. 1-4.

74 Ternera, ob. cit., pp. 117 y 118. A pesar de lo anterior, y desconociendo la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional colombiana declaró en un polémico fallo que la posesión es un derecho fundamental de carácter económico y social (C. Const., Sent. ago. 12/1992. M.P. Ciro Angarita Barón).

75 Velásquez, ob. cit., pp. 6 y 7.

3.2.1. La ‘possessio’ romana

Según explica Díez-Picazo, en el derecho romano la idea de posesión no era unívoca, pues se distinguían tres clases⁷⁶:

- La simple tenencia o detentación de la cosa, la cual carecía de protección jurídica especial.
- Una situación de poder sobre una cosa, la cual era protegida a través de interdictos.
- Una situación de señorío de hecho sobre una cosa que, además de estar protegida por los interdictos, podía llegar a convertirse en propiedad, en virtud de la usucapición o prescripción adquisitiva.

Cortés señala que entre los romanos la posesión era un atributo del derecho de dominio, la cual era ejercida por el dueño de la cosa o quien pretendía serlo. Por esta razón, se llamó posesión al “ejercicio pleno del derecho de propiedad, la facultad de ejercer materialmente los atributos de esta: el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*; la actividad material de todos los derechos inherentes al dominio; los actos físicos mismos relativos a este único derecho”⁷⁷.

3.2.2. La ‘Gewere’ germana

El derecho germánico creó una institución similar a la posesión, denominada *Gewere*⁷⁸. En un primer momento sirvió para transmitir el señorío jurídico sobre los inmuebles, es decir, se trataba de una toma de posesión. Posteriormente, a través de ella se designó el poder de hecho que se adquiría y se tenía sobre el bien, esto es, la posesión misma⁷⁹. “La consecuencia y máxima expresión de la vinculación de la *Gewere* y la titularidad real la constituye el principio —fundamental a la concepción germánica— que hace inherente a la *Gewere* la presunción de existencia del derecho por ella exteriorizado, protegiéndose al que la ostenta como si realmente fuera titular, con una situación que puede explicarse como de legitimación respecto al derecho real”⁸⁰.

76 Díez-Picazo, ob. cit., p. 539.

77 Cortés, ob. cit., pp. 1-4.

78 Esta palabra es de origen gótico y significa tanto vestidura como investidura. Al respecto, véase: Díez-Picazo, ob. cit., pp. 540 y 541.

79 “La Gewere de los germanos abarcaba todas las relaciones materiales con las cosas, es decir, cualquier poder de hecho. En principio, en un mismo plano de igualdad jurídica fueron colocados los poderes de hecho que se ejercían para sí como los que se ejercían en nombre ajeno” —Valencia y Ortiz, ob. cit., pp. 51 y 52.

80 Díez-Picazo, ob. cit., pp. 540 y 541.

3.3. Desarrollos modernos de la posesión

Tanto la figura romana como la germana dieron lugar a tres tipos de regulación en materia de posesión, los cuales han sido acogidos por los códigos civiles actuales. Un primer grupo se encuentra conformado por las legislaciones latinas, influenciado por la *possessio* romana y enriquecida por los derechos canónico y germánico.

Dentro de esta categoría se encuentra el Código Civil francés, el cual se ocupa de la posesión al referirse a la prescripción. El artículo 2228 de este estatuto señala: "La posesión es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o que lo ejerce en nuestro nombre"⁸¹. Según explica Díez-Picazo, citando a Planiol, esta definición resulta bastante precaria. Sin embargo, atendiendo al voluntarismo francés, es claro que esta mera detención, para que realmente sea posesión, debe ir unida al *animus* o intención de poseer⁸².

Por su parte, el primer inciso del artículo 1140 del Código Civil italiano define la posesión como: "El poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o de algún otro derecho real"⁸³. Al igual que ocurre con el ordenamiento francés, esta normativa presupone la existencia del elemento subjetivo constituido por la intención de ejercitar el derecho sobre la cosa.

El segundo grupo lo constituyen las llamadas legislaciones germanicas, especialmente los códigos alemán y suizo, los cuales resucitaron la *Genere* y crearon una figura propia a la que denominaron *Besitz* (BGB alemán, §854 y Código Civil suizo, art. 919)⁸⁴. Aunque en estos códigos no existe ninguna defini-

81 Disponible en: http://lexinter.net/ESPAÑOL/codigo_civil.htm. Consulta realizada el 28 de noviembre del 2005.

82 Díez-Picazo, ob. cit., pp. 543 y 544.

83 El artículo 1140 del Código Civil italiano establece: "Possesso. Il possesso e il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale".

84 Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa". Disponible en: http://www.jus.univn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html. Consulta realizada el 28 de noviembre del 2005.

854 El §854 del BGB alemán señala: "La posesión de una cosa se adquiere con la obtención del poder de hecho sobre esta cosa". Por su parte, el artículo 919 del Código Civil suizo establece: "El que tiene la potestad efectiva de la cosa tiene la posesión de la misma. En materia de servidumbres y cargas territoriales, la posesión consiste en el ejercicio efectivo del derecho".

ción para esta figura, en este sistema no hay diferencia entre posesión y tenencia y lo que constituye la primera es la existencia del poder de hecho, es decir, se trata de una relación netamente objetiva con la cosa⁸⁵.

En la tercera categoría se encuentran los códigos civiles latinoamericanos, entre los que se resaltan los ordenamientos inspirados por Andrés Bello, los cuales retoman directamente la posesión romana, en la cual se conjugan el *corpus* y el *animus* como elementos fundamentales de la actividad posesoria. Es el caso, por ejemplo, de los códigos civiles argentino⁸⁶, chileno⁸⁷ y colombiano⁸⁸.

3.4. Elementos de la posesión

En términos generales, los ordenamientos jurídicos que regulan la posesión establecen dos elementos principales para que esta se configure: el *corpus* y el *animus*⁸⁹. Sin embargo, algunos doctrinantes establecen otros dos re-

85 Según Valencia y Ortiz, el código alemán se guarda de definir esta figura y deja su determinación a la ciencia y a la práctica judicial, “pues no es posible aprisionar en un concepto lo que en sí constituye una condición o supuesto de la vida, una especie de fenómeno vital. Es suficiente decir que las cosas sobre las cuales ejercemos un control estable, esto es, que se encuentran sometidas a nuestra dominación, engendran poderes de hecho, y, por lo tanto, relaciones posesorias” —Valencia y Ortiz, ob. cit., pp. 51 y 52—. Véanse, además, Díez-Picazo, ob. cit., pp. 543 y 544; Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 357.

86 El artículo 235 I del Código Civil argentino señala: “Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio del derecho de propiedad”.

87 El artículo 700 del Código Civil chileno establece: “La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

88 El artículo 762 del Código Civil colombiano dice: “La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

89 La naturaleza jurídica de estos dos elementos ha sido analizada por los juristas clásicos, especialmente Savigny Ihering y Saleilles, quienes han tratado de determinar cuál tiene más importancia en la existencia de la posesión. Aunque para los efectos de este escrito no es del caso entrar a analizar sus posturas, estas pueden encontrarse en: Ihering, R.F. *La posesión*. Versión española de Adolfo Posada, Editorial Reus, 2^a ed., Madrid: 1926; Saleilles, R. *La posesión de bienes muebles*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid: 1927; Savigny, F. *Tratado de la posesión*. Comares, Granada: 2005. Para un análisis reducido de las tesis de los tres juristas véase Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 362.

quisitos adicionales: el poseedor y la cosa poseída⁹⁰. Se debe tener en cuenta que la falta de cualquiera de ellos impide el nacimiento de la posesión o su subsistencia⁹¹.

3.4.1. El ‘corpus’

Esta palabra proviene del latín y significa cuerpo. Referida a la posesión —*possidere corpore*—, consiste en un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa, que se traduce en todos aquellos actos que realiza el poseedor respecto de la cosa y que materializan la posesión⁹². Esta relación objetiva se da mediante la aprehensión directa que se ejerce en cuanto al bien, la cual se traduce en su utilización física o jurídica⁹³.

Arteaga va un poco más allá e, incluso, indica que el *corpus* realmente se refiere a la cosa misma y a la relación de hecho, material o inmaterial, que se tiene sobre ella⁹⁴. No obstante, coincide con Ternera, quien afirma que este elemento realmente hace referencia a la noción amplia de tenencia⁹⁵, la cual hace que la posesión sea pública, es decir, visible o notoria⁹⁶.

Para Velásquez, el mero contacto material con una cosa no significa que el sujeto tenga su posesión⁹⁷. En realidad, lo que debe tener el poseedor es un efectivo señorío de la voluntad sobre los bienes, es decir, una voluntad de tenerlos. Por esa misma razón el poseedor tiene la posesión, aunque el objeto

90 Arteaga, ob. cit., pp. 280-284. Véase, además, Ternera, ob. cit., pp. 118-121.

91 Arteaga, ob. cit., p. 280.

92 Véanse: Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 362; Díez-Picazo, ob. cit., pp. 547-549.

93 Arteaga, ob. cit., pp. 281 y 282.

94 Ibídem, pp. 281 y 282.

95 Ternera, ob. cit., p. 120. Según Velásquez Jaramillo, al citar a Planiol y Ripert, el *corpus* consiste en: “... todos aquellos actos materiales de tenencia, uso y goce sobre la cosa” —Velásquez, ob. cit., pp. 103 y 104—. Esto se ve claramente reflejado en el Código Civil chileno el cual, a juicio de Alessandri y Somarriva basa la posesión en la tenencia, que consiste en la ocupación material y actual de la cosa, en el sentido de apoderamiento. Según los autores esta se da no solo “cuando existe aprehensión física, sino también cuando hay la posibilidad de disponer materialmente de ella, en forma directa e inmediata, sin injerencia extraña alguna” —Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 362.

96 Al respecto, véanse: Gómez, ob. cit., pp. 338 y 339; Arteaga, ob. cit., pp. 281 y 282.

97 “Si así fuera, un usuario de un bus de servicio público sería poseedor por el hecho de utilizarlo y el profesor lo sería del tablero que usa para explicar su clase” —Velásquez, ob. cit., pp. 103 y 104.

esté lejos de su esfera de protección jurídica. Además, el *corpus* no requiere que sea ejercido de forma inmediata por el poseedor, pues cualquier otro individuo puede realizarlo a nombre suyo⁹⁸.

3.4.2. El ‘animus’

Como ya se mencionó, para que exista posesión no basta solamente el ejercicio del *corpus*. En efecto, los hechos materiales realizados sobre un bien por parte del sujeto que los detenta pueden ser idénticos⁹⁹. Lo que realmente califica esta tenencia es el *animus*¹⁰⁰.

Este se constituye como el elemento subjetivo de la posesión y consiste en la convicción psicológica que tiene el poseedor de ser el dueño de la cosa o de tener un derecho real sobre ella —*animus domini*—¹⁰¹ sin reconocer un dominio ajeno, el cual se manifiesta a través de los actos materiales que componen el *corpus*¹⁰². “No se requiere que el poseedor sepa o crea que es propietario, sino simplemente que quiera hacer con la cosa lo mismo que hace un propietario. La voluntad del poseedor es la misma voluntad del propietario”¹⁰³.

Este elemento goza de tal importancia que en algunas legislaciones al poseedor le basta con tener el *animus* sin que tenga el *corpus*¹⁰⁴. Esto sucede cuando la posesión y la tenencia se hallan en cabeza de varios individuos y el tenedor la ejerce en lugar de aquel o a su nombre¹⁰⁵.

98 Al respecto véase Cortés, ob. cit., pp. 281 y 282.

99 “El mero *corpus*, o sea, el elemento material de la posesión, sin el elemento intelectual o psicológico, esto es, el *animus*, no es posesión, sino tenencia...” —ibídem, pp. 10-11.

100 Gómez, ob. cit., pp. 338 y 339. Según explica Díez-Picazo los romanos denominaron esta figura *animus rem sibi habendi* o simplemente *animus* —Díez-Picazo, ob. cit., pp. 547-549.

101 “Dentro de la terminología posesoria, también se habla del *animus possidendi*, que algunos identifican como el *animus domini* o con el *animus rem sibi habendi*; pero otros le dan la inteligencia de intención de tener la simple potestad de hecho —Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., pp. 359 y 360.

102 Ibídem, pp. 359 y 360. Así mismo, véanse: Arteaga, ob. cit., pp. 280 y 281; Cortés, ob. cit., pp. 10-11; Gómez, ob. cit., pp. 338 y 339; Ternera, ob. cit., pp. 118 y 119; Velásquez, ob. cit., pp. 103 y 104.

103 “El *animus* o la intención son requeridos únicamente para la llamada posesión civil, pero, aun en este caso, no es una voluntad de propietario, sino simplemente “la intención de haber la cosa o el derecho como suyos” —Díez-Picazo, ob. cit., pp. 547-549.

104 Es el caso del Código Civil chileno, ordenamiento en el que si bien se exige tanto el *corpus* como el *animus* para adquirir la posesión, basta este último para conservarla —Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 362.

105 Cortés, ob. cit., pp. 10-11.

3.4.3. El poseedor

Este elemento es presentado por Arteaga, para quien resulta indudable que se trata de un requisito importante para la posesión, pues si esta consiste en la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño esta no se puede dar si no hay nadie que la ejerza¹⁰⁶. En términos generales, este sujeto puede ser cualquier persona, natural o jurídica, o cualquier otro ente que tenga capacidad para ejercer sus derechos, como ocurriría, por ejemplo, con un patrimonio autónomo. Se debe recordar que la posesión también puede ser ejercida a través de mandatarios y representantes legales, debidamente facultados para ello. Incluso, podría operar a través de un agente oficioso, caso en el cual se requerirá de la ratificación posterior por parte de su agenciado.

3.4.4. La cosa poseída

“Es el bien sobre el cual operan los hechos constitutivos de la posesión”¹⁰⁷. En ocasiones se confunde con la posesión misma. Solamente se pueden poseer bienes que se encuentren en el comercio y siempre y cuando se trate de bienes susceptibles de apropiación por los particulares¹⁰⁸.

Díez-Picazo señala dos criterios que permiten determinar qué puede ser susceptible de posesión: (i) La posibilidad material de que las cosas puedan ser sometidas a la voluntad del individuo, de acuerdo con su propia naturaleza, y (ii) las que jurídicamente tienen la potencialidad de ingresar en el patrimonio de un sujeto. En cuanto a aquellas cosas que no se encuentran en estas categorías, el autor indica que “aunque hubiera una toma material o el ejercicio de un señorío corporal respecto de tales cosas las mencionadas situaciones no merecerían nunca el nombre de posesión”¹⁰⁹.

Este requisito resulta aplicable tanto para las cosas corporales como para las incorporables, las cuales se tratarán en un apartado posterior¹¹⁰. Así

¹⁰⁶ Al respecto, véanse: Arteaga, ob. cit., pp. 282 y 283; Ternera, ob. cit., pp. 118 y 119.

¹⁰⁷ Al respecto, véanse: Arteaga, ob. cit., pp. 283 y 284; Ternera, ob. cit., pp. 120 y 121.

¹⁰⁸ C.C. colombiano, art. 2518. Es decir, no se pueden poseer bienes que han sido objeto de una medida cautelar, como el embargo, ni aquellos cuya adquisición es prohibida a los particulares por la ley, como ocurre con los bienes del Estado y las servidumbres discontinuas e inaparentes.

¹⁰⁹ Díez-Picazo, ob. cit., pp. 593 y 594.

¹¹⁰ Sin embargo, Ternera señala que solo se pueden poseer las cosas corporales. Al respecto, afirma que la posesión hace referencia a una relación material —física— que una persona establece sobre una cosa. Sin embargo, reconoce que algunos autores consideran que, sobre

mismo, pueden poseerse cosas singulares y universales, las partes alícuotas en una comunidad e, incluso, las cuotas partes o las acciones de una sociedad. “Solo importa, entonces, para poder poseer una cosa que, respecto a ella, el poseedor pueda ejercer hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio en cualquier forma imaginable (...) y siempre que no esté prohibido por la ley ejercer tales actos sobre el bien concreto que se pretende poseer”¹¹¹.

4. La posesión de los bienes inmateriales

Al haberse precisado qué es un bien inmaterial y después de analizarse la posesión, en este apartado se conjugarán estos dos aspectos para verificar la manera en que esta última figura opera respecto de las cosas incorporales. Posteriormente se analizarán la posesión de los derechos, la denominada “cuasiposesión” y cómo se pueden adquirir los bienes inmateriales a través de la usucapición.

Para finalizar, se examinará la usurpación y la posesión de las cosas incorporales, de manera que se precisen las diferencias que existen entre estos dos tipos de situaciones, y se responderá si es posible destruir o dañar una cosa material que contiene un bien inmaterial.

4.1. La posesión y las cosas incorporales

Como se recordará, parte de la doctrina señala que relativo a los bienes inmateriales realmente no existe una auténtica posesión, porque falta un objeto corporal idóneo para la aprehensión, es decir, no existe un *corpus*¹¹². Según explica Biondi, en cierto momento se señaló que resultaba importante separar las cosas que se pueden tocar —*quae tangi possunt*— de las que no, en la medida en que la posesión y las instituciones que se relacionan con ella,

los derechos en general y sobre los bienes inmateriales, se puede reconocer una posesión especial, a la cual Pothier denomina “cuasiposesión”, la que se tratará supra 3.4.2. “La cuasiposesión” —Ternera, ob. cit., pp. 120 y 121.

111 Arteaga, ob. cit., pp. 283 y 284.

112 Sin embargo, Peña explica que en estos casos al no haber *corpus* sobre estos bienes algunos autores resuelven el problema indicando que no se trata de una posesión, sino de una figura similar, a la cual llaman “cuasiposesión” —Peña Quiñones, E. *El derecho de bienes*. Librería Jurídicas Wilches, Bogotá: 1995, p. 421— No obstante, los doctrinantes citados por el autor están equivocados, en la medida en que esta figura se refiere a la posesión de derechos, como quedará señalado supra.

tales como la tradición y la usucapión, solamente operaban respecto de las cosas corporales¹¹³.

Sin embargo, es claro que la posesión puede recaer sobre bienes inmateriales, con las mismas calidades y vicios que la que opera frente a una cosa corporal. No obstante, dadas las características propias de esa clase de cosas, no se puede hablar de una tenencia material y, por ello, algunos autores señalan que se trata de una posesión *sui géneris*¹¹⁴. En efecto, para que esta se presente en un plano jurídico-material en torno a un bien inmaterial resulta necesario aplicar las disposiciones establecidas para su ejercicio, si estas existen, como ocurre con las normas de la propiedad intelectual¹¹⁵.

Una de las razones por las que no se podría hablar de posesión de bienes inmateriales consiste en que estas cosas no permiten un goce exclusivo, sino que pueden ser disfrutadas al mismo tiempo por diferentes personas, las cuales pueden actuar independientemente unas de otras. Además, resulta discutible que los bienes inmateriales puedan ser objeto de auténticos y genuinos derechos reales y que de manera analógica den lugar a relaciones jurídicas similares, más no iguales, a las que se presentan respecto de las cosas corporales¹¹⁶. Por ello, resulta necesario precisar cómo opera la posesión frente a los bienes inmateriales.

A juicio de Arteaga, el *corpus* en la posesión no solamente se ejerce mediante actos materiales, sino también a través de actividades inmateriales, las cuales se pueden dar alrededor del ejercicio del derecho que aparentemente se tiene, tales como “la celebración de un contrato de edición entre el editor y el poseedor de la propiedad intelectual sobre un libro”¹¹⁷. Para Díez-Picazo, no se podría hablar, en estos casos, de un despojo o perturbación de la posesión de un bien inmaterial —como si fueran cosas corporales— por haberse utilizado, de forma indebida e ilícita, por parte de otro

¹¹³ “Por esto tanto *possessio* como *traditio* y *usucapio* resultan inadmisibles en orden a las cosas incorporales y los actos traslativos del dominio, no valen para las obligaciones porque significan atribución o afirmación de poder” —Biondi, ob. cit., pp. 44-49.

¹¹⁴ Díez-Picazo, ob. cit., pp. 596 y 597. Así mismo, Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., pp. 367 y 368.

¹¹⁵ Arteaga, ob. cit., pp. 283 y 284.

¹¹⁶ Díez-Picazo, ob. cit., pp. 596 y 597.

¹¹⁷ Arteaga, ob. cit., pp. 281 y 282. Otro ejemplo puede ser la transmisión de un derecho de crédito o una cesión de créditos, caso en el cual el derecho que se transfiere debe constar en un documento, pero sin que esto signifique que el *corpus* sobre la cosa incorporal sea necesariamente su aprehensión corporal —Peña, ob. cit., p. 422.

sujeto. En estos eventos, aclara, se tratará de una usurpación, “ante un acto indudablemente ilícito, pero extraño a la tutela posesoria”¹¹⁸.

Las diferencias para otorgar la posesión de las cosas materiales y las inmateriales son muy grandes. En cuanto a las primeras tiene lugar un acto positivo; mientras que frente a las segundas será totalmente lo contrario, es decir, un comportamiento negativo, denominado por los romanos *patientia*, como una conducta equivalente a la *traditio*¹¹⁹.

Por su parte, Ternera considera que no puede haber posesión sobre los bienes inmateriales, por cuanto estos solo pueden ser aquellos que se relacionan con la propiedad intelectual. Por esta razón, los derechos que surgen en cabeza de su titular son plenos desde el momento en que se obtiene su registro, lo que ocurre por regla general en el caso de la propiedad industrial¹²⁰. Aunque el autor no lo menciona así, al replicar su tesis a los derechos de autor estos surgirían por el hecho de la creación. En ese orden de ideas, no se podría prescribir el derecho al uso exclusivo de esta clase de bienes y, por lo tanto, esa posesión sería ineficaz¹²¹. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la posesión no solamente tiene como función ser paso previo para la adquisición de la propiedad a través de la usucapión, sino que también es uno de los elementos constitutivos del ejercicio de un derecho real.

4.2. La posesión de los derechos

Valencia y Ortiz señalan que la moderna doctrina de los expositores franceses rechaza unánimemente la teoría de la posesión de derechos, debido a la confusión generalizada entre la existencia —o titularidad— del derecho en sí y la forma de su ejercicio. Según su criterio, al afirmar que el acreedor es poseedor de su crédito se indica que es titular del mismo. De igual manera, cuando

¹¹⁸ Díez-Picazo, ob. cit., pp. 596 y 597.

¹¹⁹ “Diverso contenido tiene la sentencia judicial de condena y correspondiente ejecución: por lo que respecta a las cosas corporales hay restitución y ejecución coactiva *in natura*; en cuanto a las cosas incorpórales, la reintegración se logra por vía de medios que no pueden equipararse a la restitución *in natura*” —Biondi, ob. cit., pp. 44-49.

¹²⁰ En la normativa comunitaria andina se encuentra una excepción a esta regla, la cual se encuentra contenida en el artículo 191 de la Decisión 486 del 2000: “El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa”.

¹²¹ Véase Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia del 6 de febrero de 1998, proceso 13 IP-97, citado por Ternera, ob. cit., pp. 120 y 121.

se indica que el usufructuario es poseedor de su derecho de usufructo, se dice que es titular de ese derecho¹²².

Aunque la posesión de los bienes inmateriales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal, las consecuencias jurídicas que esto trae no se encuentran señaladas en la ley. Precisamente, en ninguna parte se establece que al poseedor de derechos se le otorga la posibilidad de ejercer las acciones reivindicatorias y las posesorias, ni tampoco se menciona la potencialidad de adquirirlas por usucapión¹²³.

Sin embargo, algunos autores aclaran que en el derecho civil moderno, “todos los derechos son susceptibles de posesión: derechos reales principales, derechos reales accesorios, derechos relativos o personales, denominados con más acierto créditos y derechos intelectuales”¹²⁴.

4.3. La cuasiposesión

En alusión al derecho chileno —lo cual también se podría afirmar en referencia a los ordenamientos civiles redactados por Andrés Bello—, Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que la posesión de bienes inmateriales se refiere a los meros derechos¹²⁵. Según explican los autores, en el derecho romano, y más específicamente en las épocas posclásica y justiniana, la posesión de los derechos de servidumbre y de usufructo se denominó cuasiposesión —*quasi possessio*—¹²⁶. Sin embargo, de acuerdo con ellos, en ese sistema legal existían

¹²²Valencia y Ortiz, ob. cit., pp. 38 y 39.

¹²³Ibidem, pp. 38 y 39.

¹²⁴Cortés, ob. cit., pp. 1-4.

¹²⁵“A pesar de que nuestro código al definir la posesión se refiere a la tenencia de una cosa determinada, con lo cual parece dar a entender que solo se aplica a las cosas corporales, puesto que la palabra tenencia, gramaticalmente, denota una ocupación material, la verdad es que el mismo código admite la posesión de las cosas incorporales, las que consisten en meros derechos. Y así dice que ‘la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal (art. 715)’ —Alessandri; Somarriva y Vodanovic, ob. cit., pp. 367 y 368.

¹²⁶Díez-Picazo explica que esta categoría fue recibida e institucionalizada por los bizantinos, que la contrapusieron a la *possessio rei*. Los intérpretes del derecho común acogieron la figura, que subsiste a lo largo de la historia del derecho. Se contraponen así la categoría de la posesión de cosas y la de la posesión de derechos, que son recibidas por los códigos civiles. Es así como, por ejemplo, en el Código Civil español tanto las cosas como los derechos son susceptibles de posesión (arts. 430 a 432) —Díez-Picazo, ob. cit., pp. 597 y 598—. Al respecto, Valencia y Ortiz explican que los juristas romanos trataron toda la institución de la posesión desde el punto de vista del ejercicio de la propiedad: “Si bien es verdad que la *quasi possessio* se refirió a los poderes de hecho que correspondían a derechos reales desmembrados de la propiedad, no

derechos reales que no eran susceptibles de posesión, tales como las servidumbres discontinuas e inaparentes. Por otra parte, la cuasiposesión nunca se extendió a los derechos personales, es decir, se mantuvo en el ámbito de ciertos derechos reales¹²⁷.

Desde la perspectiva del derecho italiano, Biondi afirma que puede existir posesión frente a ciertos derechos, al señalar que junto a la *possessio rei* existe una *possessio iuris*, la cual se debe entender como el ejercicio de hecho de un derecho. En efecto, no todas las cosas son susceptibles de posesión y de sus consiguientes instituciones y de ahí la necesidad de separar las cosas de acuerdo a si tienen o no una manifestación física, “puesto que la posibilidad de la posesión respecto a los derechos constituye una excepción respecto a la regla general que excluye la posesión en cuanto a las entidades incorporales”¹²⁸.

Algunos doctrinantes se preguntan si realmente tiene algún sentido que se hable de posesión de cosas y de derechos, ya que se trataría de dos ideas que no son enteramente coherentes: mientras una de ellas considera que la posesión de cosas corporales es un “señorío sobre la cosa” —es decir, la cuasiposesión—, para la otra se trata del “ejercicio de un derecho”. En este caso, la posesión genuina se representa en el derecho de propiedad, debido al hecho de que este se equipara con la cosa. Por su parte, la verdadera posesión de derechos se daría frente a los bienes inmateriales, por cuanto en lo concerniente a esta clase de cosas operan derechos diferentes a la propiedad¹²⁹.

obstante recaía siempre sobre cosas. Pero la *quasi possessio* fue mal interpretada por los juristas del siglo XVIII, quienes la refirieron a la posesión de derechos. Especialmente Pothier distingue la posesión que recae sobre cosas y la que recae sobre derechos, denominando cuasiposesión a la última” —Valencia y Ortiz, ob. cit., pp. 38 y 39.

127 “En el mensaje con que se propuso al Congreso Nacional [chileno] la aprobación del Proyecto de código civil se explica especialmente la admisión de la posesión con respecto a los derechos reales. En efecto, en uno de sus acápite dice ese documento: ‘Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaría, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real y, por consiguiente, susceptible de posesión’” —Alessandri; Somarriba y Vodanovic, ob. cit., pp. 367 y 368.

128 Biondi, ob. cit., pp. 44-49.

129 “No obstante, Díez-Picazo señala que esta contraposición tiene una escasa consistencia lógica: ‘De hecho la llamada *possessio rei* es también posesión de un derecho en cuanto a que es posesión del derecho de propiedad. A la inversa, la *possessio iuris* solo impropiamente puede ser llamada así, pues confiere un señorío de hecho sobre la cosa’” —Díez-Picazo, ob. cit., pp. 597 y 598.

4.4. La posibilidad de prescripción de los bienes inmateriales

Uno de los efectos de la posesión sobre cosas corporales consiste en permitirle al poseedor adquirir el bien por usucapión. Según se ha señalado en este escrito, si la posesión sobre un bien inmaterial es susceptible de las mismas calidades y vicios que la de las cosas corporales, es claro que esta figura puede causar el mismo efecto en las incorporales. De esta manera, la posesión puede ser de dos clases¹³⁰:

- Ineficaz, inútil o estéril. Es aquella que no puede dar lugar a una prescripción adquisitiva por el transcurso del tiempo.
- Eficaz, útil o fértil. La que le permite al poseedor adquirir el bien a través de la usucapión.

Dada la consideración de que lo que se adquiere por prescripción es un derecho real, Peña sostiene que los derechos personales no se pueden obtener por usucapión, por cuanto su falta de ejercicio no puede favorecer a un tercero, sino que siempre lo hace respecto al deudor. Al remitirse al ordenamiento colombiano, el autor explica que la ley establece que tanto la remisión o condonación como la prescripción extintiva son formas de extinguir las obligaciones correlativas. Por esto, el abandono del derecho personal por parte del dueño no transforma o cambia al titular del derecho, sino que beneficia al obligado, lo cual está en contravía de los postulados propios de la prescripción adquisitiva¹³¹.

La discusión adquiere relevancia frente a la propiedad intelectual, en la medida en que el mismo Peña¹³² y Ternera¹³³ afirman que esta no se puede adquirir por usucapión. Sin embargo, en el caso en que un individuo se apodere de un bien inmaterial que no le pertenece, lo haga suyo, utilice los mecanismos que establece la ley para hacer efectiva la titularidad de estos derechos en cabeza de alguien —tales como el registro— y se cumpla el plazo previsto por la ley para adquirir las cosas corporales —al punto en que no hay uno establecido para las incorporales—, este bien entrará en su patrimonio, así no haya sido su creador.

¹³⁰ Al respecto, véase Peña, ob. cit., pp. 433 y 434.

¹³¹ Peña, ob. cit., pp. 433 y 434.

¹³² Ibídem, pp. 433 y 434.

¹³³ Supra nota 112.

Bastará con que haya ejercido eficazmente su posesión para hacer suyos los derechos patrimoniales que este bien lleva consigo. Es así como, en este caso, a pesar de que el presribiente se hace dueño de algo que no le pertenece, no se puede afirmar que se trate de una conducta ilícita, porque si la posesión y prescripción de cosas corporales ajenas es permitida, de igual forma debe serlo para las incorpórales.

Así mismo, y por esa razón, tanto el titular del derecho como el poseedor previo tienen la posibilidad de ejercer las acciones correspondientes para traerlo de regreso a su patrimonio, es decir, será a través de la reivindicación y de las acciones posesorias como se recuperarán estos bienes, cuando sean poseídos por un tercero¹³⁴. Sin embargo, al no existir regulación específica en esta materia, y debido a las circunstancias especiales propias de estos bienes, este tema se encuentra en manos de los jueces, quienes a través de la jurisprudencia, y mediante la sana aplicación de la analogía, deben conducir la aplicación del derecho a estos casos¹³⁵.

134 Existe un caso de acción reivindicatoria en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, aplicable para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, relacionada con las marcas, patentes y los diseños industriales para que el Estado le otorgue al verdadero creador la patente que fue registrada por quien no lo era. En estos casos el afectado puede solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios por los daños que se le ocasionaron —al respecto, véase Metke, R. *Lecciones de propiedad industrial*. Baker & McKenzie, Bogotá: 2002, pp. 110-112.

135 Sin embargo, el legislador también goza de este privilegio. Fue así como luego de 128 años de que Alexander Graham Bell patentó el teléfono, una resolución expedida por la Cámara de Representantes de Estados Unidos, el 25 de septiembre del 2001, reconoció que su verdadero inventor fue el italiano Antonio Meucci. Según cuentan los historiadores, el científico ocupaba su tiempo libre en estudiar la electricidad y, específicamente, la electroterapia, para lo cual usaba descargas con las que pretendía aliviar dolores. En 1849, Meucci le pidió a uno de sus pacientes sostener en la mano el mango de corcho de un instrumento con lengüeta de cobre e introducirse en la boca otra lengüeta similar, para pasarle corriente a través del cuerpo. Al mismo tiempo, el científico sostenía en su mano un instrumento igual, para medir la intensidad de la corriente. Al suministrar la descarga de 114 voltios, el sujeto dio un grito cuyo sonido fue escuchado por aquel a través del alambre. Después de perfeccionar su hallazgo, al cual denominó "teleéfono", el inventor viajó a Estados Unidos y presentó una petición provisional de patente, que no pudo pagar porque no contaba con los 10 dólares que se exigía para el trámite, lo cual dio lugar a su caducidad en 1874. Entre las historias que giran en torno a esta controversia se cuenta que Bell se aprovechó de la precaria situación económica de Meucci y le pagó una suma irrisoria con tal de obtener la patente del aparato, la cual disfrutó hasta enero de 1893, y la que le permitió disfrutar de los dividendos de la Bell Telephone Company, empresa con la que difundió la invención por todo el mundo —al respecto véase House of Representatives, 107th Congress, 1st session, H. Res. 269. Disponible en: www.dickran.net/history/meucci_congress_resolution.html, consulta realizada el 12 de enero del 2005. Así mismo, Matta, R. Aló... ¿'signore' Meucci? En: Ámbito Jurídico, n° 108, 8 al 21 de julio del 2002.

4.5. Diferencias entre la usurpación y la posesión de los bienes inmateriales

Se debe precisar que una cosa es la posesión de las cosas incorporales y otra la usurpación de la propiedad intelectual, la cual, en algunos casos, se conoce como “plagio” o “piratería”¹³⁶. Se trata de un delito que se tipifica por la realización voluntaria de una conducta antijurídica, la cual se encuentra regulada en las leyes penales. Lastimosamente, las sanciones por la realización de estas conductas en ciertas ocasiones no son lo suficientemente contundentes y eficaces¹³⁷.

Desde un punto de vista jurídico, la usurpación de los bienes inmateriales no tiene el mismo contenido que su posesión. En efecto, en una obra literaria el autor plasma sus sentimientos, emociones y parte de sí mismo, razón por la que la información que allí se contiene está estrechamente relacionada con su ser y, por ello, se cree dueño de la misma, es decir, se trata de una posesión. Lo mismo ocurre con el denominado poseedor intelectual: utiliza las ideas de otros, pero cree que es dueño de ellas. Sin embargo, el usurpador únicamente selecciona parte de la información, sin tener alguna relación con ella, de tal forma que su acto es únicamente una manifestación de poder.

Finalmente, se debe aclarar que una cosa es la usurpación de un bien inmaterial y otra muy diferente es el hurto de la cosa material en la que aquel se encuentra contenido. En el primer caso, el creador se puede oponer a que alguien exprese su idea de la misma forma, o se aproveche de su creación sin licencia para ello. Pero no se puede oponer a que un tercero

136 Es toda acción ilícita que consiste en la reproducción no autorizada de obras intelectuales, en la medida en que el autor es el único que puede publicar o no su creación y conceder licencias para su reproducción total o parcial. Para mayor información sobre este tema, véase Charria, F. *Derechos de autor en Colombia. Bellas Artes*, Cali: 2001, pp. 73-81.

137 Para una muestra véanse los artículos 270 a 272 del capítulo único del título VIII del Código Penal colombiano, referido a las violaciones cometidas en contra de los derechos de autor. Es así como mientras la violación a los derechos morales tiene pena de prisión de dos a cinco años y multa de 20 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), la que lesione los derechos patrimoniales tiene pena de dos a cinco años y multas que van de 20 a 1.000 smlmv. Igualmente, los artículos 306 a 308 del capítulo primero del título X del mismo estatuto, referido a los delitos contra el orden económico social, establecen tres conductas en materia de propiedad industrial: “usurpación de marcas y patentes” —prisión de dos a cuatro años y multa de 20 a 200 smlmv—, el “uso ilegítimo de patentes” —prisión de uno a cuatro años y multa de 20 a 1.000 smlmv— y la “violación de reserva industrial o comercial” —prisión de dos a cinco años y multa de 20 a 2.000 smlmv—. Cabe señalar que en Colombia todos los delitos inferiores a tres años son excarcelables, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del Código Penal.

tome esa idea y la aplique o exprese de una forma distinta a sus propias ideas, porque en estos casos las ideas serán suyas, con lo cual queda manifiesta una nueva posesión.

4.6. Posibilidad de destrucción o daño de la cosa material que contiene un bien inmaterial

Del apartado anterior surge un interrogante: ¿alguien podrá adquirir un bien corporal en el que consta un bien inmaterial como un *unicum*¹³⁸ para destruirlo, en la medida en que respecto de este su dueño tiene las facultades de uso, goce y disposición? Cabe recordar que con relación a las cosas corporales estas atribuciones le permiten al titular del derecho real pleno destruirlas si esa es su voluntad y si no existe ningún impedimento legal para ello. Sin embargo, esta forma de pensar se basa en una incorrecta analogía entre las cosas corporales y los bienes inmateriales, los cuales, como ya se advirtió, son sui generis y tienen características especiales y propias, las cuales deben ser analizadas según el caso concreto¹³⁹. De esta forma, no se puede comparar una obra intelectual con un lote de terreno para relacionar las clases de derechos que recaen sobre los dos.

Además, en el evento de que se llegue a presentar esta situación, y a pesar de la facultad que tiene el dueño sobre la cosa corporal para destruirla, esta conducta se enmarcaría dentro de los postulados de la teoría del abuso del derecho¹⁴⁰. Por consiguiente, los jueces deben sancionar esta conducta, en la medida en que respecto de ese bien existen derechos que no son de propiedad del titular del derecho real, sino del creador. Así mismo, la propiedad sobre bienes inmateriales tarde o temprano será patrimonio de la humanidad y, por ende, el monopolio conferido al creador y a sus causahabientes terminará en el plazo que establece la ley. De esta manera, quien adquiere una cosa corporal en la que se plasma un bien inmaterial que es irrepetible tiene una responsabilidad social con ella y deberá hacer

¹³⁸Véase infra 2.2. "Clasificación de las cosas incorporales".

¹³⁹"La propiedad de los derechos de autor tendió a ser, por designio o desgracia intelectual, una discusión acerca de la propiedad de los libros" —Eilenberg, ob. cit.

¹⁴⁰Para mayor información acerca de los principios de esta teoría, véanse: Josserand, L. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Temis, Bogotá: 1999, pp. 1-27; Alessandri, Somarriba y Vodanovic, ob. cit., pp. 73-83.

todo lo posible para que esta no perezca, pues, en este caso, están en juego los derechos de las generaciones futuras.

Así mismo, esta clase de conductas puede llegar a tener consecuencias criminales. En efecto, el artículo 265 del Código Penal colombiano establece: “Daño en bien ajeno. El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor...”.

Probablemente, algunos podrían pensar que cuando la norma dice que este delito se comete en bien ajeno mueble o inmueble se refiere exclusivamente a las cosas corporales, tal como lo señala el artículo 654 del Código Civil. Por lo tanto, cualquier daño referido a la cosa incorporal sería atípico y, por ende, no daría lugar a una aplicación de la norma penal¹⁴¹.

Una interpretación de esta índole resulta sesgada, injusta y contraria a la realidad del derecho.

141 La justicia penal argentina fue consciente de esta situación y, por esa razón, buscó los mecanismos para ordenar el procesamiento de un sujeto que, al enviar un correo electrónico no deseado —spam— a una compañía de publicidad contaminó con un virus el soporte informático de la empresa, el cual destruyó numerosos archivos informáticos. La defensa del acusado argumentó que el software carece de corporeidad material y, por lo tanto, el ordenamiento legal de ese país solo lo protege como una obra intelectual. Sin embargo, la corporación desestimó este recurso, en la medida en que, a su juicio, el perjuicio causado a la parte intangible del sistema se traslada también a la parte física, dada su interdependencia, por lo cual resulta casi imposible causar un daño en el software sin afectar el hardware. Además, la sentencia reconoció que, a pesar de que el elemento material del sistema no se dañó físicamente, sí existió una agresión jurídica-penal, pues la conducta del sindicado ocasionó un comportamiento disfuncional de todo el sistema informático (Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa n° 22.600, cit., supra nota 29).

Bibliografía

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de los derechos reales. Bienes*. Bogotá, Temis-Editorial Jurídica de Chile, t. I, 6^a ed., 2001.

ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*. Bogotá, Editorial Facultad de Derecho, 2^a ed., 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, 1970.

BAGLEY, Constance y CLARKSON, Gavin. "Adverse possession for intellectual property: adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 16, n° 2, 2003.

BARFIELD, Woodrow; SHERIDAN, Thomas; ZELTZER, David y SLATER, Mel. "Presence and performance within virtual environments". En: Barfield, W. y Furness III, T. (editores), *Virtual Environments and Advanced Interface Design*, Oxford, University Press, 1995.

BIONDI, Biondo. *Los bienes*. Barcelona, Bosch, 2^a ed., 2003.

CHARRIA GARCÍA, Fernando. *Derechos de autor en Colombia*. Cali, Bellas Artes, 2001.

CORTÉS, Milcías. *La posesión*. Bogotá, Temis, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. Madrid, Civitas, t. III, 5^a ed., 1996.

GAMBOA BERNATE, Rafael Hernando. "Soberanía estatal en internet; análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional". En: *Comercio Electrónico*, Bogotá, Gecti-Legis-Universidad de los Andes, 2005.

GÓMEZ, José J. *Bienes*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

HAYS, Thomas. "La reglamentación europea de los derechos de propiedad intelectual". En: *Foro de Derecho Mercantil*, n° 3, Bogotá, Legis, 2004.

IHERING, Rudolf Von. *La posesión*. Versión española de Adolfo Posada, Madrid, Editorial Reus, 2^a ed., 1926.

- JOSSERAND, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá, Temis, 1999.
- METKE MÉNDEZ, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*. Bogotá, Baker & McKenzie, t. II, 2002.
- PEÑA QUIÑONES, Ernesto. *El derecho de bienes*. Bogotá, Librería Jurídicas Wilches, 1995.
- SALEILLES, Raymund. *La posesión de bienes muebles*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927.
- SAVIGNY, Frederich. *Tratado de la posesión*. Granada, Comares, 2005.
- SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho privado. Estudios en derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis, t. I, 2^a ed., 2003.
- TERNERA, F. *Derechos reales y personales*. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2005.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Derechos reales*. Bogotá, temis, t. II, 10^a ed., 2001.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Bogotá: Temis, 1996.