



UNIVERSIDAD RICARDO PALMA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**“EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE AUTOR A
LOS CREADORES DE JUGADAS DE AJEDREZ”**

Tesis para optar el Título de Abogado

Autor: Luis Eduardo Carpio Leiva

Asesor: Enrico Marcel Huarag Guerrero

Lima – Perú

2018

INDICE

INDICE	1
INTRODUCCION	3
CAPÍTULO I: PROPUESTA METODOLÓGICA	7
1.1. Descripción del problema	7
1.2. Formulación del problema.....	8
1.3. Objetivo	8
1.4. Importancia y justificación de la investigación.....	9
1.5. Hipótesis	12
1.6. Limitaciones del estudio.....	12
1.7. Viabilidad del estudio.....	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	14
2.1. Marco Conceptual.....	14
2.2. Marco Histórico	24
2.3. Marco Normativo.....	28
2.4. Marco legal del Derecho de Autor	34
2.4.1. ¿Qué es el Derecho de autor?.....	34
2.4.2. Posturas doctrinales.....	68
2.5. Marco ajedrecístico: ¿En qué consiste una partida de ajedrez?	87
2.5.1. Algunas de las partidas más importantes del siglo XX.....	103
2.5.2. Necesidad de proteger a las obras de los jugadores de ajedrez	122
CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS	125
3.1. Análisis de los movimientos de ajedrez	125
3.2. La Teoría del Derecho de la Personalidad	127
3.3. El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual.....	130
3.4. La Teoría del Derecho sobre los bienes inmateriales.....	133
CONCLUSIONES.....	137
RECOMENDACIONES.....	140
1. Reformas a la normativa actual sobre derecho de autor. Alternativas de Protección.....	140

1.1.	Los movimientos de ajedrez y su tratamiento en el Decreto Legislativo 822	
	140	
1.2.	Mecanismos de protección.....	142
2.	Referente a la Propiedad Intelectual y el ajedrez.....	144
APORTES AL DERECHO		146
BIBLIOGRAFIA.....		148

INTRODUCCION

La presente investigación busca responder a la interrogante respecto de si es posible reconocer derechos de autor a quienes crean jugadas (secuencia de movimientos con finalidad estratégica) en el ajedrez. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce explícitamente el derecho de los creadores de jugadas de ajedrez, pero sus normas especiales (como el Decreto Legislativo N° 822) si contempla los principios necesarios para dicho reconocimiento. Apoyaremos nuestra tesis en bases históricas y doctrinarias, analizando las propuestas de las escuelas doctrinarias, analizando también la naturaleza de los derechos de autor y los requisitos que deben reunir las obras para poder ser consideradas como tales, con el consiguiente reconocimiento de derechos a su autor. Asimismo, expondremos las prácticas realizadas en nuestro país por las terceros que directa e indirectamente se benefician de los derechos de autor de los ajedrecistas, lo cual evidencia que al no existir regulación pertinente ya se han desarrollado mecanismos para aprovechar indebidamente estos vacíos legales por parte de terceros.

Dentro de la presente investigación se demostrará de manera coherente e irrefutable en base a criterios de rigurosidad, honestidad e imparcialidad que es posible reconocer derechos de autor a los ajedrecistas sobre las jugadas de ajedrez, toda vez que las mismas cumplen con los criterios necesarios para establecer la autoría sobre la creación intelectual. En consecuencia, demostraremos la hipótesis de que deben reconocerse

derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez debido a que cumplen con los requisitos para ser consideradas obras: son una creación intelectual personal y tienen un grado muy alto de originalidad.

Dentro del primer capítulo se expondrá la propuesta metodológica que se utilizará en la presente tesis empezando por describir los problemas existentes en la realidad, expuesto el problema, se procederá a formular la pregunta que regirá la presente investigación, asimismo, se señalarán los objetivos, importancia y justificación que tiene la presente tesis, de esta manera se determinará la finalidad y relevancia que tiene este tema, así como su aporte al derecho. Se expondrá también la hipótesis surgida a partir de nuestro planteamiento y visión sobre el Derecho de autor, el cual se demostrará oportunamente. Este es un tema novedoso y relevante, por lo que detallaremos su viabilidad y limitaciones encontradas a través del tiempo que se realizó la presente investigación.

Dentro del segundo capítulo se expondrán los conceptos pertinentes, elementos históricos sobre el derecho de autor en relación a las jugadas de ajedrez y el Derecho de autor, asimismo, se desarrollarán las normas relevantes para la presente investigación. También se expondrán las posturas doctrinarias del derecho sobre las cuales trabajaremos más adelante y acompañaremos nuestra investigación con un fundamento teórico del Derecho de autor. Se abordará al ajedrez desde una perspectiva que nos ayude a comprender el desarrollo de este deporte y su vinculación con el

Derecho de Autor, además se desarrollarán las partidas más representativas a juicio del autor donde se desarrollen a los movimientos de ajedrez como una creación intelectual que cumpla con los criterios señalados previamente, por lo tanto, se demostrará la necesidad de reconocer de la protección de los movimientos de ajedrez por el Derecho de autor.

Dentro del tercer capítulo se analizará a los movimientos de ajedrez y su viabilidad de ser protegidos por el Derecho de Autor, del mismo modo se analizará si cualquier persona puede ser considerada autor de tales movimientos. Luego, se demostrará nuestra hipótesis y se someterá a análisis según las teorías propuestas por la presente investigación, se plantearán los puntos contradictorios y finalmente se realizará la síntesis según cada postura doctrinaria escogida del derecho de autor para demostrar su viabilidad.

Adicionalmente, a nuestra tesis se formularán recomendaciones y se propondrán los aportes a juicio del autor respecto de nuestra investigación, de esta manera, se plantearán reformas a la presente normativa, ampliación en la interpretación e inclusión de una nueva definición que haga viable una protección idónea respecto de los movimientos de ajedrez por el Derecho de autor, así como la creación organismos eficientes que puedan colaborar con el Instituto Peruano del Deporte y la Federación Deportiva Peruana de Ajedrez para promover, reconocer y otorgar los derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez a quienes correspondan.

Finalmente, se buscará ampliar la legislación y entendimiento sobre el Derecho de Autor relacionado al deporte del ajedrez, de tal manera que cualquier persona encuentre sus derechos consagrados en la Constitución protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y se fomente, difunda e incentive este deporte.

CAPÍTULO I: PROPUESTA METODOLÓGICA

1.1.Descripción del problema

En el Perú los derechos de autor de los ajedrecistas no están protegidos expresamente por las normas actuales, debido a que no pueden proteger sus jugadas o movimientos de ajedrez ni pueden ser beneficiarios directos de los derechos resultantes de sus obras bajo el marco normativo del Decreto Legislativo 822, dado que este es insuficiente para proteger a los movimientos de ajedrez por el Derecho de Autor, además, nuestro país recoge en su Constitución la protección de los Derechos Fundamentales y derechos conexos que hagan viables el defensa de la persona como fin supremo de la sociedad hace insostenible una situación que vulnere los derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez de los ajedrecistas. Asimismo, la imposibilidad de obtener derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez toda vez que estas alcancen los niveles de originalidad, requieran un esfuerzo intelectual significativo y sean susceptibles de ser reproducidas o divulgadas, limita el desarrollo sobre la teoría sobre jugadas de ajedrez al no crear incentivos ni promover la práctica del mencionado deporte. Respecto a este problema, el organismo regulador internacional es la FIDE (Fédération Internationale des Échecs), el cual no ha regulado el campo de los derechos de autor resultante de las obras de los ajedrecistas, por lo que, existe un vacío que puede responderse con la presente investigación. Finalmente, como resultado del problema antes mencionado y debido a la nula legislación en este ámbito los autores no son los únicos beneficiarios

de las obras de su creación, siendo así que, terceros como árbitros, Organizadores Internacionales y otras personas relacionadas al medio puedan crear una base de datos privada con la finalidad de disponer sobre tales creaciones como si fueran de su propiedad, lo cual vulnera los derechos morales y patrimoniales de los legítimos autores, es por eso que “*el aprovechamiento no autorizado de una idea, susceptible de valoración económica, pueda ser objeto de una reclamación indemnizatoria*”¹, las jugadas o movimientos de ajedrez susceptibles de protección son ideas que además están expresadas de manera concreta en las planillas, son originales, las cuales provienen del intelecto humano y por ende, merecedoras de una protección legal y moral conforme los derechos morales y patrimoniales de autor.

1.2. Formulación del problema

¿Deben reconocerse derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez?

1.3. Objetivo

El objetivo general de la presente tesis es determinar si se deben reconocer derechos de autor sobre las jugadas de ajedrez.

¹ BUSTA FERNANDO, *El Derecho de Autor en el Perú*, (Perú: GRIJLEY, 1997), p.75.

1.4.Importancia y justificación de la investigación

La presente investigación brinda aportes a la sociedad, desde una perspectiva global, implicaría una ampliación a la legislación dentro del campo deportivo en relación a la propiedad intelectual, además, permitiría la difusión de un deporte practicado a nivel mundial e incentivaría a nuevos talentos a seguir practicándolo, así como también atraería a nuevas personas, ya sean deportistas o no, que deseen obtener un justo reconocimiento por sus logros alcanzados dentro de este deporte. Desde una perspectiva legal, otorgar un reconocimiento a las jugadas o movimientos de ajedrez significa también reconocer y defender los Derechos Fundamentales de las personas en un sentido amplio, tal como lo reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27 inciso 2², el cual señala que todo autor merece obtener los beneficios morales y legales sobre cualquier obra que sea de su autoría. Además, el Estado al reconocer en la Constitución en el artículo 1³ la defensa de la persona como fin supremo de la sociedad también reconoce implícitamente la protección de derechos o conjunto de derechos que hagan viable su desarrollo, lo cual viene recogido en su artículo 2 inciso 8⁴ al proteger la libertad de creación intelectual, es por ello que el

² Artículo 27, inc. 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.”*.

³ Artículo 1: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*.

⁴ Artículo 2 inc. 8: *“Toda persona tiene derecho: A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”*.

Estado recoge también esta protección en su Decreto Legislativo 822⁵ en concordancia con la Decisión 351⁶ de la Comunidad Andina de Naciones se establece la protección a los derechos de autor e implícitamente la protección de los derechos de autor de los ajedrecistas respecto de las jugadas de ajedrez de las cuales son autores, dicha protección ya había sido recogida por la Declaración Universal de Derechos Humanos de manera amplia. Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, la presente investigación generaría las bases para futuros estudios y ampliaciones del alcance que de la propiedad intelectual a través de sus distintas manifestaciones, permitiendo a los autores disponer sobre su obra, así como también sobre los derechos morales y patrimoniales resultantes de su creación, tal como lo establece la Constitución y los distintos Convenios, Tratados, normas a nivel internacional a las cuales el Perú se ha adherido. Desde la perspectiva del ajedrez, la presente investigación busca establecer un mecanismo real de reconocimiento a los ajedrecistas que colaboren con la creación de jugadas o movimientos estratégicos originales que se ajusten a los requerimientos establecidos por el Derecho de autor, siendo así que, sean estos los directamente beneficiados por sus creaciones. Asimismo, brindar un justo reconocimiento a los ajedrecistas y/o autores que aportaron a la escena competitiva y al ajedrez en general implica también reconocerles su derecho a la creación y a obtener los beneficios resultantes de dicha creación, los cuales están recogidos en la Constitución de manera

⁵ Decreto Legislativo 822, promulgado en 1996.

⁶ Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, vigente desde 1993.

clara y expresa. La presente investigación es necesaria a nivel personal, puesto que permite al creador de una obra ser el beneficiario directo de su creación. Es necesaria a nivel colectivo porque permite a las Federaciones de cada país fomentar el correcto desarrollo de un deporte y brindar la protección que merecen las obras dentro de su jurisdicción, por otro lado, esta investigación también permite que terceros no lucren ni se beneficien por el trabajo intelectual del cual no son dueños o del cual no cuentan con permiso, Asimismo, esta investigación beneficia a distintos campos afines, siendo uno de los más importantes el campo de la enseñanza, es por eso que, al generar conciencia sobre la importancia del reconocimiento de las jugadas y/o movimientos propuestos, se podrá enseñar de manera correcta la exposición de partidas de ajedrez que pertenezcan a grandes figuras y otorgarles un real reconocimiento que debieron y les corresponde tener, reconociendo así los derechos de autor a quién corresponda. Es necesaria a nivel global, debido a que unificaría criterios morales y patrimoniales para cualquier ajedrecista dedicado a este deporte, reconociendo los derechos sobre las jugadas o movimientos que cumplan con los requisitos establecidos por la Propiedad Intelectual. Por lo expuesto, al demostrar la relevancia e importancia de la defensa de los derechos de autor de los autores, sean ajedrecistas o no, realizando un análisis personal, colectivo y global desde distintas perspectivas se puede probar la necesidad fundamental que hace viable la presente investigación para las distintas materia a las que alcanza, ya sean legales o deportivas.

1.5.Hipótesis

Deben reconocerse derechos de autor sobre los movimientos de ajedrez debido a que cumplen con los requisitos para ser considerados obras: son una creación intelectual personal y tienen un grado muy alto de originalidad.

1.6.Limitaciones del estudio

Dentro de las limitaciones externas de la presente tesis se encuentra que el financiamiento costado por el tesista.

Dentro de las limitaciones internas de la presente tesis se encuentra la poca bibliografía en Perú y en Lationamérica sobre derechos de autor en relación al deporte del ajedrez y otros aspectos relacionados, además, el poco apoyo que se recibirá de parte de la Federación (FIDE) e Instituto Peruano del Deporte (IPD), puesto que la aprobación y posterior ejecución de la tesis implicaría una reforma a su normativa pese a los beneficios que esta investigación realiza para las distintas instituciones nombradas.

1.7.Viabilidad del estudio

Entre los factores que hacen viable la tesis se encuentra que el tema es sumamente novedoso al relacionar derecho y ajedrez, el apoyo que se puede obtener de los jugadores, promotores, entrenadores, instructores, árbitros, organizadores

internacionales y/o padres de los menores de edad que practiquen este deporte verán incrementada sus razones para colaborar en lo que se requiera, debido a que, se beneficiarán directamente de la tesis. Un aspecto que hace viable esta tesis es que, en el área bibliográfica del derecho se cuenta con escuelas filosóficas sobre derechos de autor, las cuales serán las bases para sostener el aspecto teórico de la presente tesis, además, la bibliografía española en lo referido a Derechos de Autor relacionados al ajedrez es un punto de referencia en el cual se sustentará la presente investigación.

El tesista cuenta con el apoyo de sus ex entrenadores, ajedrecistas, amigos, miembros del club ECASU (Escuela y Club de Ajedrez de Surco, Club deportivo dedicado a la práctica, enseñanza y difusión del ajedrez) y otras personas que se desempeñan en el deporte del ajedrez, cabe mencionar que se ha solicitado el apoyo para los mencionados para entrevistas, apoyo de material necesario y apoyo técnico en el campo del ajedrez.

Un principal aspecto es que se cuenta con disponibilidad de tiempo de cuatro días a la semana libres para desarrollar la presente tesis, tanto como para investigar, corregir y avanzar.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Conceptual

Antes de profundizar en aspectos legales es preciso explicar algunos conceptos necesarios tanto del ámbito del ajedrez como jurídicos básicos para efectos de la presente investigación:

Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

Autor: Persona natural que realiza la creación intelectual.

Derechos de autor: Los Derechos de autor es la rama del derecho que se encarga del estudio y regulación de los derechos subjetivos del autor sobre toda obra original susceptible de ser reproducida por cualquier forma conocida o por conocerse.

D.L. Decreto Legislativo.

CAN: Comunidad Andina de Naciones.

Decisión 351: Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

TODA: Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor.

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.

FIDE: Fédération Internationale des Échecs en idioma francés que traducido al español significa Federación Internacional de Ajedrez, el cual es el organismo regulador internacional al cual están afiliados todos los países. Asimismo, la FIDE se encarga del reglamento general referente al ajedrez.

Torneo IRT: Torneos que sirven para obtener el ELO (o coeficiente intelectual del ajedrecista).

Organizador Internacional (OI): Término utilizado por la FIDE por el cual denomina a una persona natural o jurídica a organizar torneos de ajedrez que son o serán validados por la FIDE, el Organizador Internacional deberá estar inscrito ante la Federación del país donde se desarrolle su actividad deportiva.

ELO: El ELO es un sistema de cálculo que se utiliza en ajedrez para medir la fuerza o nivel de un ajedrecista, es el más utilizado dentro del deporte ciencia para medir las capacidades de un ajedrecista. Se llama ELO en honor del nombre del inventor de este sistema.

Partida de ajedrez: Es el juego entre dos personas naturales en el cual la finalidad del juego es dar “jaque mate” al rival.

Match de ajedrez: Es un conjunto de partidas de ajedrez previamente pactado por dos o más ajedrecistas. Es frecuentemente usado para determinar al campeón del mundo.

Campeonato mundial de ajedrez: Es el Torneo o serie de partidas de ajedrez donde dos jugadores juegan entre sí hasta que alguno obtenga más de la mitad de puntos, lo cual le otorga el título de campeón mundial de ajedrez.

Tablero: Es el elemento físico donde se realiza una partida de ajedrez. El tablero de ajedrez cuenta con sesenta y cuatro casillas, en las cuales se desarrolla la partida de ajedrez.

Pieza o ficha: Término utilizado en el ajedrez para dirigirse hacia un elemento físico necesario dentro del tablero de ajedrez, el cuál se coloca sobre el tablero.

Pieza ligeras o menores: Constituída por los Caballos y los Alfiles.

Piezas pesadas o mayores: Constituída por las Torres y la Dama.

Captura: Término utilizado en el ajedrez por el cuál una ficha elimina otra.

Ficha clavada o pieza clavada: Término utilizado en el ajedrez por el cuál se indica que una ficha no se puede mover, puesto que, de moverse constituiría una jugada ilegal o dejaría indefensa a una ficha de mayor que podría ser capturada posteriormente.

Jugador: Toda persona natural que practica el deporte del ajedrez.

Jugada: La acción realizada por un jugador durante una partida de ajedrez en la cual se mueve una determinada ficha desde una posición hacia otra dentro del tablero. Este acto debe realizarse durante el turno de cada jugador.

Movimiento: Es el conjunto de jugadas.

Jugada crítica: Término utilizado en el ajedrez por el cual se indica que una jugada necesita especial esfuerzo intelectual durante una partida y suele ser decisiva para el resultado, por lo que se requiere de mayor tiempo para realizar esta jugada.

Jugada legal: Término utilizado en el ajedrez para señalar a todas las jugadas permitidas dentro del deporte del ajedrez según el reglamento de la FIDE.

Jugada ilegal: Término utilizado en el ajedrez para señalar que una jugada no está permitida de realizarse durante una partida de ajedrez y si llegó a realizarse deberá restituirse a la última jugada legal. Si dos jugadas ilegales son realizadas por un mismo jugador, este perderá la partida.

Promocionar una ficha: Es el acto por el cual un jugador sitúa su peón en la última fila y esta obtiene el derecho de transformarse o cambiarse por otra ficha de mayor valor, siendo la Dama la ficha frecuentemente escogida al realizar este acto aunque por razones estratégicas también suele escogerse al Caballo.

Enroque: Es el acto por el cual el Rey y la Torre se mueven simultáneamente en una sola jugada, siendo este, el único movimiento en el cual se pueden jugar dos piezas al mismo tiempo. En esta jugada el Rey se traslada dos casillas hacia la derecha o la izquierda y la Torre se posiciona a su costado. Para realizar esta jugada primero se toca al Rey y después a la Torre.

Jaque: Es la palabra comúnmente usada por un jugador cuando ataca directamente al Rey del contrincante, no es necesario decir esta palabra cuando se ataca al Rey rival y el no mencionarla durante una partida no surte efectos que comprometan el resultado, legalidad o validez de la partida.

Jaque mate: Es la frase comúnmente usada cuando se gana la partida luego de atacar al Rey rival y este a su vez no puede bloquear, huir ni capturar la ficha que lo está atacando.

Jaque perpetuo: Es la frase comúnmente usada cuando un jugador de ajedrez hace “*jaques*” repetitivos hacia el Rey rival con un objetivo estratégico de repetir posiciones

y no permitir que mueva otra ficha excepto el Rey, por lo que, la partida resultará en tablas al no poder dar “*jaque mate*”.

Árbitro de ajedrez: Es la persona natural que tiene la máxima autoridad frente a una partida de ajedrez y es la encargada de determinar el resultado de dicho juego. Su fallo es apelable siguiendo las bases del torneo y el reglamento de la FIDE.

Planilla: La planilla de ajedrez es un formato en el que los jugadores suelen anotar sus partidas para su posterior reproducción y/o análisis en un lenguaje alfanumérico.

Reloj: Es el dispositivo cuya finalidad es brindar un tiempo determinado a cada jugador para que realice el total de movimientos dentro de la partida de ajedrez. El reloj puede ser analógico o digital.

Tablas: Término utilizado en el ajedrez para señalar que el resultado de una partida ha devenido en empate. También se puede determinar a una partida en tablas cuando ambos jugadores repitan una misma posición tres veces sin mediar movimiento de peón. Además, en situaciones especiales cuando no exista progreso posible dentro de la partida, el árbitro tendrá las facultades de determinar que la partida es tablas.

Ahogado: Término utilizado en el ajedrez para señalar que una partida deviene en empate, puesto que el jugador al cual le toca realizar una jugada se ve imposibilitado de mover ninguna ficha presente en el tablero.

Apertura: Término utilizado en ajedrez para denominar a la primera fase de la partida donde se desarrollan los movimientos iniciales de esta. Usualmente la apertura define el esquema o estructura inicial de la partida para ambos jugadores.

Medio juego: Término utilizado en ajedrez para denominar a la segunda fase de la partida, esta fase consiste desarrollar algunas piezas empezando por los Caballos, Alfiles, Torres y Dama.

Final: Término utilizado para denominar a la tercera y última fase de la partida, dentro de esta fase usualmente quedan pocas piezas sobre el tablero, generalmente peones o peones con una o dos piezas ligeras o mayores.

Partida regular o normal: Se denomina así a la partida que se juega según los lineamientos y reglas del ajedrez conocido como deporte.

Partida clásica: Se denomina así a la partida regular de duración moderada o larga, por encima de los treinta minutos de tiempo por jugador.

Partida blitz: Se denomina así a la partida regular de poca duración dentro del ajedrez.

Análisis de la partida: Es el acto o actos luego de haber terminado una partida por el cual uno o más jugadores de ajedrez determinan los errores, las fortalezas y las correcciones de la partida analizada para mejorar sus estrategias de juego.

Anotación algebraica: Es la anotación alfanumérica de la partida, es la base sobre la cual todos los ajedrecistas pueden reproducir sus partidas para posteriores usos.

Teoría de ajedrez: Todo avance y estudio realizado por una persona natural en relación a determinadas jugadas o movimientos iniciales previamente definidos, los cuales sirven para una mejor comprensión y realización de una partida.

Defensa: Término utilizado en ajedrez para denominar a los movimientos iniciales que se realizan en respuesta del jugador rival. Se suele denominar defensa a la apertura que se realiza el bando negro para defenderse frente a los movimientos realizados por el bando blanco.

Apertura semiabierta: Término utilizado en ajedrez para señalar el esquema utilizado por un jugador en el cual el jugador de fichas blancas mueve su peón central a “e4”, y el jugador del bando negro realiza una jugada distinta de “e5”.

Ventaja de calidad: Término utilizado en el ajedrez para señalar que un jugador obtiene una Torre a cambio de un Caballo o Alfil. Es frecuentemente utilizado en el análisis de una partida.

Ventaja de material: Término utilizado en el ajedrez para señalar que un jugador obtiene una ficha menor o mayor de ventaja, ya sea Caballo, Alfil, Torre o Dama.

Centro del tablero: Es el término que se utiliza para referirse a las casillas “e4”, “d4”, “e5” y “d5”. Es frecuentemente utilizado en el análisis de una partida.

Ataque doble: Término utilizado en ajedrez para señalar un ataque de una ficha hacia dos o más fichas. Este término jamás se utiliza durante una partida y suele emplearse durante la enseñanza o en el análisis de la partida.

Ataque a la descubierta: Término utilizado en el ajedrez para señalar que una ficha ataca a otra ficha rival tras moverse con fines. Este término jamás se utiliza durante una partida y suele emplearse durante la enseñanza o en el análisis de la partida.

Eliminación de la defensa: Término utilizado en el ajedrez por el cual se señala un tema táctico donde se captura a una ficha defensora rival. Este término jamás se utiliza durante una partida y suele emplearse durante la enseñanza o en el análisis de la partida.

Desviación: Término utilizado en el ajedrez por el cual se señala un tema táctico donde se mueve a una ficha rival de su casilla anterior. Este término jamás se utiliza durante una partida y suele emplearse durante la enseñanza o en el análisis de la partida.

Atracción: Término utilizado en el ajedrez por el cual se señala un tema táctico donde se obliga a mover una ficha rival hacia una determinada casilla debido a una finalidad estratégica. Este término jamás se utiliza durante una partida y suele emplearse durante la enseñanza o en el análisis de la partida.

Principio de desarrollo: Un criterio directriz u orientador en el ajedrez que se manifiesta correctamente al mover una sola ficha menor o mayor durante las primeras jugadas. Es posible jugar partidas sin cumplir con este principio.

Acomodo: Es la palabra que pueden decir un jugador hacia su rival durante una partida para indicar que tocará una ficha y procederá a colocarla correctamente dentro de la casilla en la que se encuentra. Suele acomodarse las fichas que están al borde del recuadro o se han caído por algún hecho fortuito o de causa mayor.

Chaturanga: Así se denominada al juego similar al ajedrez moderno que surgió en Asia pero se diferencia en el número de jugadores, las fichas y los movimientos de las piezas.

Chatrang: Juego similar al ajedrez que comparte un mayor número de reglas relacionadas con el ajedrez moderno.

+ : Signo que simboliza jaque dentro de la anotación de una partida, la cual se transcribe a través de una planilla.

++ : Signo que simboliza jaque mate dentro de la anotación de una partida, la cual se transcribe a través de una planilla.

O-O : Signo que simboliza el Enroque dentro de la anotación de una partida, la cual se transcribe a través de una planilla.

? : Signo que simboliza una mala jugada dentro de la anotación de una partida, la cual se transcribe a través de una planilla. Este símbolo suele colocarse al costado de la jugada calificada como mala.

! : Signo que simboliza una buena jugada dentro de la anotación de una partida, la cual se transcribe a través de una planilla. Este símbolo suele colocarse al costado de la jugada calificada como buena.

2.2. Marco Histórico

Historicamente, el ajedrez es un deporte que remonta sus inicios al juego Chaturanga, el cual tuvo sus orígenes en Asia y consistía en un juego de cuatro jugadores donde las reglas eran similares a las del ajedrez moderno, por lo que puede considerarse a este juego como el primer antecesor del cual se han obtenido registros relacionados al ajedrez. Al ser el Chaturanga un juego del cual se tiene poco registro, ha generado que muchos historiadores y ajedrecistas se involucren en su estudio y análisis, al respecto,

GÓMEZ GABRIEL realiza una recopilación brindando los siguientes elementos “*El Chaturanga era un juego muy elemental; lo que se ha conservado de sus reglas es lamentablemente muy poco y no alcanza para reconstruirlo. Participaban cuatro contendientes, con ocho piezas cada uno, usando dados*”⁷, es por que eso que, el Chaturanga era un juego de estrategia donde imperaba la creatividad, la producción intelectual y algo de suerte para imponerse sobre los demás rivales. Posteriormente, el juego conocido como Chaturanga evolucionaría hacia el juego conocido como Chatrang, dentro del cual desaparecerían algunos elementos y se incluirían algunos nuevos, resultado a los primeros bosquejos sobre el ajedrez moderno. Uno de los elementos que desapareció fue el dado, eliminando la suerte y optando por un juego donde prime el carácter intelectual. Los jugadores también sufrieron cambios, se eliminaron dos de los cuatro jugadores, los cuales pasaron a tener el rol de consejeros respecto de los otros dos jugadores restante. El cambio más relevante fue el objetivo del juego, el cual consistía en inmovilizar al Rey adversario, por lo que podemos afirmar que este cambio vincula directamente al Chatrang con el ajedrez moderno.

El ajedrez moderno y su reglamento también han sufrido cambios a lo largo de la historia, el deporte del ajedrez está regulado por la FIDE, el cual funciona como ente regulador para este deporte. La FIDE se fundó en 1924 y su función inicial radicó en unificar la normativa, reglas y costumbres existentes de la época, dando como resultado la promulgación de normas para el año de 1929, el cual estuvo redactado en idioma

⁷ GÓMEZ GABRIEL, *Historia del ajedrez*, (Argentina: Planeta, 1996), p.17.

francés. Durante 1952 se reunió la asamblea general de la FIDE el cual publicó correcciones y mejoras a la normativa existente y para el año 1974 se publicaron las normas en idioma inglés. En el año 2001, la FIDE introdujo algunas actualizaciones aplicables al ajedrez de manera general, también se actualizó la normativa referente a los torneos y directrices para el juego de ajedrez, si bien es cierto, cada cuatro años se actualizan las reglas las cuales no buscan regular todos los supuestos pero si brindan directrices para solucionar los probables problemas a plantearse durante una partida, por lo que eventualmente el reglamento podría presentar lagunas que deberán resolverse por los árbitros o por las Federaciones de cada país.

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual en el ajedrez se ha planteado a lo largo de la historia que los ajedrecistas obtengan derechos sobre sus partidas, jugadas o movimientos pero debido a la coyuntura política, social y la poca o nula doctrina que podía aportar para impulsar este reconocimiento en el siglo XX han generado que no se profundice en este ámbito dentro del ajedrez. Existieron autores que promovieron otorgar derechos sobre sus partidas, siendo Emanuel Lasker el principal exponente de estas ideas dentro de la historia del ajedrez. GUFELD EDUARD Y LAZAREV EFIM narran el match por el título mundial del ajedrez entre Emanuel Lasker y David Janowsky, en el cual Emanuel Lasker antes del el match por el título mundial exigía el reconocimiento de los derechos de autor por cada partida publicada pero la prensa

ajedrecística se rehusó a transmitir el evento como medida de protesta⁸, descartando de esta manera la posibilidad de obtener derechos de autor sobre los movimientos de ajedrez en aquel momento. Es así que, ajedrecistas como E. Lasker han optado por la teoría de reconocer los derechos de autor en las partidas de ajedrez fundamentando que el ajedrez es similar al arte, por lo cual, el ajedrez merecería ser considerado como un ámbito susceptible de ser protegido. Lasker defendió toda su vida la teoría de obtener beneficios económicos por asistir a ver las partidas en vivo, tal como es frecuente en la actualidad por otros deportes pagar por un ticket, boleto o derecho de retransmisión. La idea de Lasker de que determinadas partidas puedan crear derechos para el beneficio de los autores o que los ajedrecistas merecen obtener un justo reconocimiento por la creación de jugadas o movimientos es la idea, y a su vez, el proyecto o intento más cercano que ha tenido este deporte para hacer realidad esta postura.

En España, MOYANO RICARDO analizando los aspectos legales referentes a las partidas y con propósito del match por el título mundial entre Gary Kasparov y Nigel Short sostiene en base a la legislación española que es posible reconocer los derechos de autor en las partidas de ajedrez por el hecho de que las jugadas son una creación intelectual y las partidas pueden quedar registradas sobre algún soporte⁹, y por ende, susceptibles

⁸ GUFELD EDUARD Y LAZAREV EFIM, *El campeonato mundial de ajedrez*, (España: Editorial Paidotribo, 2003), pg. 61.
https://books.google.com.pe/books?id=5VmRQgOMKPkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=derechos%20de%20autor&f=false, (Consultado el 06 de setiembre de 2017).

⁹ MOYANO RICARDO, *Las partidas y su propiedad intelectual*, Revista Jaque N° 375 (abril 1994), p. 9-10.

de ser protegidas, la postura tomada por este profesor de Derecho de España apoya las razones que hacen viable reconocer los derechos de autor para quienes produzcan una creación intelectual personal, original y susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier medio conocido o por conocerse.

2.3. Marco Normativo

Para entender la regulación referente a derechos de autor actual es importante enumerar el marco normativo tanto nacional como internacional, es así que el derecho de autor está contemplado en nuestra Constitución de manera amplia, al ser el derecho de autor un derecho que hace viable otros derechos para el desarrollo de la persona humana, el cual viene redactado en el artículo 2 inciso 8 que establece lo siguiente “*Toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*”¹⁰, reconociendo así la factibilidad de obtener un reconocimiento moral, patrimonial y legal sobre cualquier obra original y con esfuerzo creativo que logre crear. Además, dentro de nuestro territorio también contamos con un Decreto Legislativo el cual se encarga de reglamentar todo lo relacionado con el Derecho de autor, es por ello que el Decreto Legislativo 822¹¹ señala las definiciones pertinentes relacionadas al derecho de autor.

¹⁰ Constitución Política del Perú, artículo 2, inciso 8.

¹¹ Decreto Legislativo 822, promulgado en 1996.

Asimismo, este D.L. 822 señala las condiciones mínimas necesarias para que una persona pueda obtener derechos sobre su obra, así como también señala las prohibiciones, sanciones y demás temas pertinentes. La finalidad del D.L. 822 es regular a los derechos de autor en concordancia con la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, el Convenio de Berna, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros Tratados internacionales a los que el Perú está suscrito siendo así la norma más específica dentro de nuestro territorio.

Dentro del ámbito internacional contamos con la Decisión 351¹² que funciona de manera supletoria al Decreto Legislativo 822, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones entró en vigencia desde 1993, siendo así la antecesora de nuestro actual D.L. 822. Esta Decisión de la CAN sentó las bases para que los países de Latinoamérica pudieran uniformizar sus normas respecto a los derechos de autor, señalando así criterios orientadores para todos los países como algunas definiciones generales y objeto de protección en sus artículos 3 y 4, desarrolla los parámetros sobre los derechos morales y patrimoniales entre los artículos 11 y 17, el plazo de duración de estos derechos señalados entre sus artículos 18 y 20, así como limitaciones y excepciones en sus artículos 21 y 22, desarrolla a los derechos conexos entre los artículos 33 y 34 y además se establecen criterios de protección mínima entre los países

¹² Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, vigente desde 1993.

miembros que deberán ser regulados dentro de cada uno de ellos respetando estos criterios.

Otra norma internacional que brinda una protección orientadora referente al derecho de autor es la Declaración Universal de Derechos Humanos que contempla en su artículo 27 inciso 2 lo siguiente *“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.”*¹³, este documento señala la importancia de defender los Derechos Humanos en los distintos continentes desde 1948 y reconoce tanto los Derechos Humanos como los derechos conexos que hacen o harían viable su desarrollo ideal, además, el Perú forma parte de este acuerdo entre países a escala global, por lo tanto se obliga reconocer y proteger a los Derechos Humanos como cualquier otro derecho conexo que haga viable y brinde las condiciones mínimas para el correcto desempeño de los derechos antes mencionados.

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas¹⁴ fue acordado en 1886 y tiene como finalidad proteger las obras a través de tres principios, el primero consiste en que una obra creada en un Estado participante gozaba de protección en cualquiera de los otros Estados participantes, el segundo principio consiste en establecer que la protección de las obras no requeriría de formalidad alguna por parte

¹³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27 inciso 2.

¹⁴ Convenio de Berna, acordado en 1886, vigente en Perú desde 1988.

de los Estados participantes y el tercer principio consiste en reconocer que la protección de la obra debe ser independiente de la existencia de protección en el país de origen de obra, es decir, existe protección a una obra pese a que en el país de origen no contemple protección al respecto. Adicionalmente, el Convenio de Berna establece las condiciones mínimas para la protección de la obra, así como las condiciones mínimas para la protección de los derechos de los que gozan los autores, además, establece la duración mínima de protección. Dentro de las condiciones mínimas para la protección de la obra, se abarca a todo tipo de obras sin distinguir la forma en la que estas fueran expresadas. También se desarrollan dentro de este Convenio los derechos que están sujetos a limitaciones y los que requieren de permiso por parte del autor para su posterior uso, reconociendo de esta manera a los derechos morales y patrimoniales de los cuales puede hacer uso el autor de la obra, además. El plazo mínimo que introdujo el Convenio de Berna respecto de la protección para las obras implica una duración no menor de cincuenta años después de la muerte del autor, salvo algunas excepciones frente a las obras anónimas, las obras audiovisuales, las obras de artes aplicadas y las obras fotográficas. En el caso de las obras anónimas, estas gozan de protección hasta cincuenta años de haberse conocido, puesto que en ellas el autor al ejercer su derecho a no revelar su identidad hace imposible conocer el momento de su muerte para contabilizar los plazos de duración que otorga este Convenio. En cuanto a las obras audiovisuales, estas se contabilizan cincuenta años desde que fue comunicada al público. En cuanto a las obras de artes plásticas y fotográficas se contabilizan veinticinco años desde la producción de las mismas. Además, este Convenio permite una libre

utilización en situaciones específicas como la enseñanza y casos donde exista una justificación razonable pero señala que cada legislación deberá designar una compensación. Nuestro país se adhirió al Convenio de Berna en 1988 y este entró en vigencia el mismo año, por lo que, debe velar por el cumplimiento de las disposiciones señaladas por dicho Convenio en lo referido a Derechos de autor y derechos conexos. Por otro lado, el Convenio de Berna surgió en un tiempo distinto al actual, motivo por lo cual ha sido susceptible de revisiones y enmendaduras para poder aplicar sus disposiciones en nuestro tiempo en favor de una mejor y correcta protección de los Derechos de autor, siendo la última enmendadura la que aconteció en 1979 en París.

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (TODA/WCT)¹⁵ surgió en 1996, el TODA tuvo como base el Convenio de Berna, este Tratado es un acuerdo particular abarca al derecho de autor y a sus obras en el ámbito digital, siendo más específico en ese sentido y otorgando derechos patrimoniales más específicos como el derecho de alquiler y el derecho de comunicación por medios digitales. Asimismo, sobre las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el ámbito digital considera a las mismas que el Convenio de Berna, con la extensión de que las limitaciones y excepciones puedan adaptarse de la mejor manera a este nuevo campo digital. El Perú ha suscrito el TODA como uno de los Tratados que deberá respetar, adecuar y aplicar dentro de su territorio en materia de

¹⁵ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor, vigente desde el 2002.

Derechos de autor, siendo que, el TOD entró en vigencia en nuestro territorio a partir del año 2002.

Establecido el marco normativo es necesario preguntarse ¿Por qué es importante proteger las jugadas de ajedrez por el derecho de autor? Es importante proteger las jugadas de ajedrez por el derecho de autor toda vez que las jugadas son una exteriorización del esfuerzo creativo e intelectual de una persona plasmado a través de movimientos originales realizados de manera estratégica por un jugador, el cual tuvo que invertir tiempo, esfuerzo y dinero en entrenamientos previos para poder crear una estrategia capaz de derrotar a otro jugador. Las jugadas de ajedrez como cualquier otra obra pueden ser susceptibles de reproducción toda vez que se anoten en un lenguaje alfanumérico, cuya finalidad no es otra que analizar los errores y mejorar los planteamientos creados o utilizados en el juego anterior, por lo que el ajedrez está en una evolución constante deportivamente hablando. Desde el punto de vista legal, una jugada de ajedrez es una exteriorización del derecho a la libre creación reconocido por nuestra Constitución de manera amplia, asimismo al ser una creación personal y original, capaz de ser reproducida a través de un lenguaje alfanumérico goza de protección legal, reconociendo al autor de estos movimientos con los derechos morales y patrimoniales que correspondan oportunamente.

Finalmente, ¿son susceptibles de protección las jugadas de ajedrez? Serán susceptibles de protección toda vez que sean una creación personal, original capaz de ser reproducida por alguna forma conocida o por conocerse.

2.4. Marco legal del Derecho de Autor

2.4.1. ¿Qué es el Derecho de autor?

El Derecho de autor es la rama del derecho que se encarga del estudio y regulación de los derechos subjetivos del autor sobre toda creación original. Para el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA el Derecho de autor puede definirse como un “*derecho que la ley reconoce al autor de una obra intelectual o artística para autorizar su reproducción y participar en los beneficios que esta genere*”¹⁶, entendiendo así al derecho de autor como las facultades que la ley le reconoce a toda persona que cree una obra intelectual, este concepto señala de manera general los derechos morales y patrimoniales que pudieran surgir de una creación intelectual, los cuales gozan de protección legal pero está lejos de ser un concepto capaz de englobar todas las aristas que abarca este amplio derecho. Desde un punto de vista legal, RAMOS CÉSAR señala que “*El derecho de autor es aquella relación jurídica que origina atributos de los*

¹⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA REAL ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=CGv2o6x>, (Consultado el 30 de agosto de 2017).

autores en relación con las obras literarias y artísticas fruto de su creación”¹⁷, refiriéndose al derecho de autor como una mera correlación entre el autor y sus obras dentro de la cual el autor obtiene o gana derechos respecto de su creación, creemos que el derecho de autor es un concepto más amplio, capaz de abarcar todo tipo de creación intelectual que el autor produzca a través de su producción intelectual y exteriorice de una manera determinada, por lo que encontramos en el EGACAL un concepto un poco más amplio, en el cual se señala lo siguiente respecto de los derechos de autor “*Se trata de un conjunto de facultades que se otorgan al autor sobre el producto de su talento contenido en una obra ya sea literaria, científica o artística*”¹⁸, ampliando aún más el concepto de derechos de autor y acercándonos más a la visión y entendimiento que se tiene respecto de esta materia, además, lo dicho por el EGACAL destaca que todo autor goza de protección sobre cualquier creación original que logre mediante su esfuerzo intelectual, de esta manera nos acercamos un poco más hacia un concepto más exacto sobre los derechos de autor, los cuales son materia de la presente investigación. Al respecto, ANTEQUERA RICARDO al referirse al Derecho de autor afirma que “*el derecho de autor tutela por el solo hecho de la creación, la “forma de expresión” literaria o artística de una obra del ingenio y no de su contenido*”¹⁹, agregando de esta manera

¹⁷ RAMOS CÉSAR, *Los Derechos Derivados de la Propiedad Intelectual como aportes al capital social de la sociedad anónima*, en MANUEL BERMÚDEZ, coord., *Propiedad Intelectual, Derecho Farmacéutico y Derechos de Autor*, (Perú: ECB Ediciones, 2015), p.316.

¹⁸ EGACAL-ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS, *El ABC del Derecho-Propiedad Intelectual*, (Perú: Editorial San Marcos, 2011), p.17.

¹⁹ ANTEQUERA RICARDO, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, (España: Editorial Reus, 2007), p.19.

que los derechos de autor protegen a la obra más allá de su finalidad literaria y artística, protegiendo y reconociendo desde la creación de la obra a la forma en que esta está expresada, es decir, el derecho de autor protege a la obra por la manera o forma o estilo en el que está plasmada por encima del contenido de la misma.

Finalmente, podemos decir sobre el Derecho de autor que su objetivo es proteger toda obra original, producto de la mente humana de un autor, ya sea esta obra literaria, artística, científica o de otra índole, protegiendo a su vez la forma en la que esta obra está expresada, la cual deberá ser original y susceptible de reproducirse o divulgarse por cualquier medio conocido o por conocerse.

El Derecho de autor ha sido reconocido como rama del Derecho en distintas legislaciones y a distintos niveles, existiendo Tratados, Convenios, y otras normas con rango de ley dentro del ordenamiento jurídico de cada país. Al hablar del Derecho de autor es necesario establecer cuáles fueron sus bases históricas, siendo el caso de que estos encuentran sus cimientos en el Convenio de Berna el cual se estableció en 1868. Nuestro país se adhirió al Convenio de Berna en 1988 y entró en vigencia dentro de nuestro territorio en el mismo año, por lo tanto, reconoce sus principios, lineamientos, disposiciones, respeta los plazos de duración y defiende la protección de los derechos de autor sin someterlos a trámites o formalidades dentro de nuestro país. Además del Convenio de Berna, existen otros cimientos en relación a la protección y reconocimiento de los Derechos de autor, es así que la Declaración Universal de

Derechos Humanos, reconoce los mencionados derechos de autor, estableciendo lineamientos generales en favor del reconocimiento de toda obra creada por el esfuerzo intelectual de un autor y reconociendo de manera amplia los derechos morales y patrimoniales de los que goza el autor de una obra por el acto de crearla. Asimismo, los Derechos de autor han sido reconocidos por diversos Tratados, tal es el caso del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (TODA/WCT) establecido en 1996, el cual entró en vigencia en 2002, además, desarrollaba a los derechos de autor en el ámbito digital, reconociendo derechos patrimoniales específicos ligados al entorno digital, así como también, las limitaciones y excepciones relacionadas al campo digital, como consecuencia, el entendimiento y tratamiento de los derechos de autor a través de medios digitales.

En cuanto al reconocimiento de los derechos de autor por parte de nuestra Constitución, estos están reconocidos de manera amplia e implícita dentro de los derechos fundamentales que viabilizan el correcto desarrollo de la persona humana como fin supremo y como un derecho necesario para que una persona pueda ejercer otro de sus derechos, Dentro de nuestro ordenamiento jurídico contamos con el Decreto Legislativo 822, el cual reglamenta, establece los preceptos y lineamientos que son los parámetros específicos sobre materia de derechos de autor, además, la promulgación de este Decreto tuvo como base los criterios señalados por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

El Derecho de autor comprende a los derechos morales de autor y los derechos patrimoniales de autor, el primero de ellos va dirigido hacia el autor y son derechos que posee por su condición de creador de la obra, por lo tanto, son derechos inherentes e irrenunciables. Mientras que, los derechos patrimoniales de autor van dirigidos a los derechos susceptibles de explotación, cesión, o cualquier forma de transacción frente a otras personas naturales o jurídicas, estos derechos van referidos al aspecto económico de los derechos de autor.

Existen distintas clases de obras, las cuales son: obras individuales, obras en colaboración, obras colectivas, obras originarias, obras derivadas, obras anónimas, obras seudónimas, obras inéditas, obras póstumas, obras literarias, obras audiovisuales, obras de arte aplicado, obras plásticas las cuales analizaremos más adelante.

2.4.1.1. Derechos morales de autor

Los Derechos morales de autor son todos aquellos derechos que el autor posee por su condición de creador de la obra, son por lo tanto, derechos inherentes, intransferibles, intransgredibles, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables, con respecto a esto, el Decreto Legislativo 822 establece lo siguiente en su artículo 21: *“Los derechos morales reconocidos por la presente Ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo*

*disposición legal en contrario.*²⁰, reconociendo así dentro de nuestra normativa la imposibilidad de transgredir a la autoría del autor sobre su obra, asimismo, nuestra legislación establece la factibilidad de que los herederos puedan gozar de los beneficios de estos derechos autor por el plazo que establezca la ley luego de la muerte del autor. Al respecto, la Decisión 351 de la CAN en su artículo 11 refiere que *“El autor tiene derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conversar la obra inédita o divulgarla; b) Reinvidicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda feromación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. (...)”*²¹, reforzando la postura de que la autoría de una obra no puede alterarse, ni por el autor ni por mandato de la ley, además, el autor goza de los derechos de comunicar o no su obra, reivindicarse la autoría de la misma y la posibilidad de oponerse a toda modificación que esta sufra sin su autorización o consentimiento.

El Convenio de Berna manifiesta en su artículo 5²² respecto de los derechos morales que no estarán sujetos a ninguna formalidad de registro para poder ser protegidos y

²⁰ Decreto Legislativo 822, artículo 21.

²¹ Decisión de la Comunidad Andina de Naciones, artículo 11.

²² Artículo 5: *“1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio. 2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama protección. (...)”*.

defendidos ante cualquier país adherido al Convenio de Berna pero los mecanismos procesales que sirvan para la defensa de estos derechos quedarán sujetos al país en el que se reclame la protección de los mencionados derechos morales de autor, es decir, el Convenio reconoce la protección de los derechos de autor para todos los países que se hayan adherido, se encuentren regulados o no dentro de este pero el mecanismo de protección lo decidirá el país adherido. En adición a lo anterior, el Convenio de Berna reconoce a los derechos morales en su artículo 6²³, reservando para el autor derechos fundamentales como lo son el derecho e la reivindicación de la paternidad y reservándose si así lo dispone el autor de la obra la oposición frente a cualquier variación, modificación, o recorte de su obra en perjuicio de su autoría. Asimismo, se reconocen los derechos morales de autor, posterior a la muerte del autor, los cuales serán transferidos a sus herederos según cada legislación de cada país perteneciente al Convenio de Berna. En cuanto a los derechos morales de autor, HOLGUÍN OSCAR advierte que *“Corresponde el ejercicio del derecho moral, al propio creador de la obra y a sus herederos; en ausencia de estos o cuando se trate de obras del dominio*

²³ Artículo 6: *“1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión misma, no contenga disposiciones relativas a la protección de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor (...)”.*

público, símbolos patrios, expresiones de la cultura popular o anónima, es el Estado el que se asume la titularidad de los derechos morales”²⁴, de esta manera, Holguín nos habla del reconocimiento de los derechos morales, su imprescriptibilidad, inalienabilidad, intransferibilidad e irrenunciabilidad, los cuales corresponden solamente al autor o a los herederos de la obra pero añade apropiadamente la inclusión del Estado como titular de estos derechos para todas las obras anónimas que se encuentren bajo el plazo la protección que establece la ley, o en su defecto el Convenio de Berna.

Dentro de nuestra legislación los derechos morales de autor vienen desarrollados dentro los artículos 22 y 29 del Decreto Legislativo. 822 , Asimismo, estos están enumerados en el artículo 22²⁵ del Decreto antes mencionado, los cuales son: el derecho de divulgación, el derecho de paternidad, el derecho de integridad, el derecho de modificación o variación, el derecho de retiro de la obra del comercio y el derecho de acceso. Estos derechos son inherentes al autor por su condición, sólo el autor y posteriormente, sus herederos o el Estado podrán invocar estos derechos para la defensa de los mismos, ejercerlos o prohibirlos frente a otros.

²⁴ HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), p. 164.

²⁵ Artículo 22: “*Son derechos morales: a) El derecho de divulgación. b) El derecho de paternidad. c) El derecho de integridad. d) El derecho de modificación o variación. e) El derecho de retiro de la obra del comercio. f) El derecho de acceso.*”.

El derecho de divulgación está desarrollado en el artículo 23²⁶ del D.L. 822, este derecho se manifiesta con la decisión del autor sobre cuando y cómo será publicada su obra, o en su defecto, si desea puede no divulgarla. Sobre el tratamiento del derecho de divulgación HOLGUÍN OSCAR refiere que *“entre las facultades que la ley le otorga al autor están las de divulgación y publicación de su obra, hechos aparentemente similares pero que técnicamente tienen distintas connotaciones y que importan para saber cuándo una obra ha entrado en el dominio público una cosa. Entre publicación y divulgación hay una relación de genero y especie”*²⁷, por lo que, podemos inferir que el mencionado autor distingue dos actos sobre la ejecución o manifestación de este derecho, los cuales son el acto de divulgación y el de publicación, estos actos sirven para saber desde cuando se computan los plazos de protección referente a la obra, y desde cuando el autor puede proteger su obra frente a terceros. Dentro del derecho de divulgación también existe la posibilidad que el autor quiera mantener su anonimidad o restringir la publicación de su obra en tanto esté vivo o señalar a su muerte las condiciones por las cuales podría publicarse, todo dentro del plazo que la ley establece luego de la muerte del autor.

²⁶ Artículo 23: *“Por el derecho de divulgación, corresponde al autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. En el caso de mantenerse inédita, el autor podrá disponer, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que la obra no sea publicada mientras esté en el dominio privado, sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil en lo referente a la divulgación de la correspondencia epistolar y las memorias. El derecho de autor a disponer que su obra se mantenga en forma anónima o seudónima, no podrá extenderse cuando ésta haya caído en el dominio público.”*

²⁷ HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), p. 170.

El derecho de paternidad está expresado en el artículo 24²⁸ del D.L. 822, este derecho le permite al autor obtener la autoría de todas las obras originales que logre crear, ya sea bajo un seudónimo o si divulgó su obra de manera anónima. Al respecto, GUICHOT EMILIO señala que *“Se pretende que el autor, en tanto que tal, conserve el control sobre el aspecto inmaterial, creativo, en todo momento. Es una condición sine qua non para que, a su vez, el reconocimiento de la autoría (entendida como elemento que imputa un resultado a un sujeto) pueda funcionar”*²⁹, por lo tanto, el derecho de paternidad reconoce al autor como la única persona que puede ostentar la autoría respecto de su obra y ejercer de manera absoluta los derechos morales que le correspondan, generando que la autoría no pueda variar por actos jurídicos a través del tiempo ni es posible variar la paternidad a través de las normas.

El derecho de integridad está desarrollado en el artículo 25³⁰ del D.L. 822, el cual expresa que el autor tiene la potestad de oponerse frente a cualquier modificación, alteración, eliminación de contenido o ampliación que sufra su obra previamente creada por este, puesto que, la obra modificada, agregando o restringiendo contenido, no puede

²⁸ Artículo 24: *“Por el de paternidad, el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolver si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima.”*

²⁹ GUICHOT EMILIO, coord., *Derecho de la Comunicación*, cuarta edición, (España: Iustel, 2016) p. 260.

³⁰ Artículo 25: *“Por el derecho de integridad, el autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma.”*

llevar por nombre a un autor que no ha autorizado tales cambios, lo cual vulnera su derecho a expresarse, su método, la forma de plasmar o ejecutar su obra y esto genera a su vez que dicho contenido pierda la esencia original del autor. En relación a lo anterior, FERREYROS MARYSOL analiza el derecho de integridad dentro del D.L. 822 y agrega que *“Pero el Decreto Legislativo va más allá, porque para oponerse a dicho atentado no es necesario que la deformación, modificación, mutilación o alteración de la obra afecte el decoro de la obra o la reputación del autor: basta, solamente que se dé el acto de modificación, deformación o mutilación, manteniendo así la posición asumida por la derogada Ley 13714, inspirada en la legislación francesa”*³¹, afirmando que la vulneración al derecho de integridad se realiza con el simple acto de modificar la obra en cualquiera de sus formas, por lo tanto, no es exigible al autor de la obra fundamentar un menoscabo de su honor, reputación o percepción de la obra alterada frente a terceros al momento de ejercer su derecho a la integridad.

El derecho de modificación o variación está expresado en el artículo 26³² del D.L. 822, este derecho permite al autor hacer modificaciones respecto de la obra, pese a si esta ha sido divulgada o no. Se precisa también que todo cambio deberá respetar los derechos de terceros, existiendo la posibilidad de indemnizarlos si dentro del acto de

³¹ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p.116-117.

³² Artículo 26: *“Por el derecho de modificación o variación, el autor antes o después de su divulgación tiene la facultad de modificar su obra respetando los derechos adquiridos por terceros, a quienes deberá previamente indemnizar por los daños y perjuicios que les pudiera ocasionar.”*.

modificación se afectaran derechos de terceros. Para HOLGUÍN OSCAR *“El autor de la obra tiene el legítimo derecho de modificar su obra antes de cada divulgación. Es obvio, que si el autor la ha concebido y creado, también pueda modificarla”*³³, señalando de esta manera que, en casos previos a nuevas ediciones o situaciones similares el autor podrá modificar su obra y mejorarla para un mejor entendimiento o enriquecimiento de esta. Por otro lado, es conveniente señalar otro caso como lo es la modificación de una obra en circulación la cual desea modificarse por voluntad del autor, en este caso la modificación y/o variación de la obra deberá indemnizar oportunamente a cualquier tercero afectado. El derecho de modificación de la obra se conjuga perfectamente con el derecho de integridad, siendo que podría desprenderse el derecho de modificación de la obra del derecho a la integridad realizando una interpretación amplia de este.

El derecho de retiro de la obra de comercio está consignado en el artículo 27³⁴ del D.L. 822, el cual autoriza al autor de suspender la circulación de su obra, indemnizando a todos los terceros que se puedan ver afectados por tales actos. La obra u obras que

³³ HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), 176.

³⁴ Artículo 27: *“Por el derecho de retiro de la obra del comercio, el autor tiene el derecho de suspender cualquier forma de utilización de la obra, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que les pudiere ocasionar. Si el autor decide reemprender la explotación de la obra, deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al titular, en condiciones razonablemente similares a las originales. El derecho establecido en el presente artículo se extingue a la muerte del autor. Una vez caída la obra en dominio público, podrá ser libremente publicada o divulgada, pero se deberá dejar constancia en este caso que se trata de una obra que el autor había rectificado o repudiado.”*

hubieran caído en dominio público podrán ser divulgadas refiriéndose a ellas como obras que el autor retiró de circulación. La suspensión de circulación de la obra no extingue el derecho del autor de volverla a lanzar en circulación, siempre y cuando se ofrezca con prioridad en igualdad de condiciones a las personas que fueron afectadas por la suspensión de circulación por parte del autor. En el caso de que la obra retirada de circulación cayera en dominio público y se deseara publicar o divulgar nuevamente se tendrá que dejar expresamente dentro de la obra de que el autor la rectificó o repudió según sea el caso. ANTEQUERA RICARDO señala sobre el derecho de retiro de la obra “(...) consiste en la potestad del autor de impedir que se continúe utilizando su obra aún cuando haya cedido sus derechos de explotación a un tercero, y se ejerce con la revocación por el creador de la cesión del respectivo derecho patrimonial o la suspensión de la autorización que hubiere otorgado para el uso de la creación (...)”³⁵, por lo que, se puede entender de este derecho que el autor tiene plenas facultades para retirar a su obra de la circulación, pese a que sea él mismo quien haya cedido los derechos respecto de su obra, indemnizando oportunamente a cualquier tercero que haya visto menoscabados sus derechos en cualquiera de sus manifestaciones. Un aspecto que no se señala expresamente es que si el autor debe o no informar sobre las razones que lo llevaron a tal decisión pero analizando literalmente el artículo 27 del D.L. 822 podemos llegar a afirmar que el autor no necesita brindar las razones por las cuales retira una obra de la circulación.

³⁵ ANTEQUERA RICARDO, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, (España: Editorial Reus, 2007), p. 89.

El derecho de acceso está desarrollado en el artículo 28³⁶ del D.L. 822, este derecho permite al autor de la obra acceder al material único que existe sobre su obra, sea copia u original, este derecho le permite ejercer sus derechos morales y patrimoniales respecto de la obra. La ley señala que se deberá tener acceso a la obra en la medida que le sea menos lesivo a los derechos del tercero que la posea. Analizando este derecho HOLGUÍN OSCAR señala que *“Una vez accedido al ejemplar “único y raro”; ¿cuáles serían los demás derechos morales y patrimoniales que el autor de la obra podría ejercer? Acaso verificar su autenticidad; o si fue autorizada o no su divulgación, o si se ha respetado su paternidad, integridad, modificaciones o variaciones hechas por el autor, o si a pesar de haber sido retirada la obra, la comercializaron o no fue objeto de una remuneración debida?”*³⁷, no compartimos la posición de HOLGUÍN OSCAR respecto de este punto, si bien no existen muchos escenarios que llevaran a un autor de una obra a requerir su acceso a la obra única o rara respecto del tercero que la posea no es de interés del tercero requerir una explicación al autor sobre el porqué del requerimiento, la intención de reconocer este derecho va referido a la salvaguarda de los derechos morales y patrimoniales que el autor pueda tener tal como le otorga su

³⁶ Artículo 28: *“Por el derecho de acceso, el autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro a fin de ejercitar sus demás derechos morales o los patrimoniales reconocidos en la presente ley. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de las obras y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor.”*

³⁷ HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), 178.

condición de autor, reservándose para sí, las razones que determinaron que requiera tener acceso a la obra en cuestión. Encontramos afin a nuestra posición los ejemplos brindados por FERREYROS MARYSOL al afirmar que *“En muchos casos, por ejemplo, en las artes plásticas, la obra se incorpora a un soporte material único, como la tela o el bronce, o se halla fijada en un ejemplar raro, por ejemplo, el manuscrito original de una obra editada por una sola vez con un tiraje limitado (...)”*³⁸, en cuyos casos, el requerimiento de la obra por parte del autor frente a un tercero queda ampliamente probada pero la factibilidad de que esto ocurra consideramos es baja y excepcional. La ley salvaguarda los derechos de los terceros otorgándole facilidades a la hora de facilitar esta obra única o rara, señalando expresamente se desarrollará de manera que genere el menor perjuicio al tercero poseedor de la obra.

2.4.1.2. Derechos patrimoniales de autor

Los Derechos patrimoniales de autor son los derechos que el autor puede disponer temporal o permanentemente, siendo así que el Decreto Legislativo 822 en su artículo 30 establece lo siguiente *“El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. El ejercicio de los derechos morales, según lo establecido en la presente norma, no interfiere con la libre transferencia de los derechos*

³⁸ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 120.

patrimoniales”³⁹, reconociendo así la capacidad del autor de obtener un beneficio patrimonial utilizando los derechos que la ley le otorga para poder realizar actos jurídicos con terceros interesados en su obra, ya sea tanto de venta, cesión o guardando para sí el uso de los derechos que pueden otorgarle una ganancia económica y motivando a su vez la creación de nuevas obras para explotarlas. Los derechos patrimoniales que se reconocen en el D.L. 822 fueron producto de la Decisión 351 en su artículo 13⁴⁰ que reconocía así, la explotación de los derechos patrimoniales tanto para el autor como a sus herederos luego de la muerte de este, los cuales podrán realizar actos jurídicos donde permitan la enajenación de la obra por cualquier medio o prohibis actos lesivos que puedan afectarla.

El Convenio de Berna tiene un tratamiento extenso para los Derechos patrimoniales, refiriéndose a ellos en distintos artículos y detallando sus limitaciones y excepciones según el tipo de obra en el que se desarrollen.

Refiriéndose al tratamiento de los Derechos patrimoniales de autor en nuestra legislación se desarrollan entre los artículos 30 y 40 del Decreto Legislativo 822, se el

³⁹ Decreto Legislativo 822, artículo 30.

⁴⁰ Artículo 13: “*El autor o en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La Importación al territorio de cualquier País miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*”.

artículo 31⁴¹ del D.L. 822 señala a los derechos de libre disposición por parte del autor, dentro de los cuales están el derecho de reproducción de la obra, la comunicación al público, la distribución al público, la traducción, adaptación o arreglo y la importación de las copias respecto de las obras, de esta manera se señala el alcance de los derechos patrimoniales dentro de nuestra legislación, reconociendo así los derechos de reproducción, comunicación, distribución, traducción, adaptación, transformación y la utilización de la obra en cualquiera de sus manifestaciones posibles, siendo casi los mismos criterios enumerados por la Decisión 351 respecto de estos derechos. Asimismo, estos derechos patrimoniales al ser de libre disposición juegan un papel muy importante la manera como el autor dispone de su patrimonio, en este caso intelectual, es así que HOLGUÍN OSCAR asegura respecto de los derechos patrimoniales del autor *“Los derechos patrimoniales no están sujetos a “númerus clausus”, los alcances indicados son solo enumerativos, ejemplificativos y no limitativos, porque los derechos de explotación son genéricos donde caben muchas formas de utilización de la obra por el autor, tantas cuantas sean factibles”*⁴², señalando así respecto de los derechos patrimoniales de autor pueden realizarse de distintas maneras, que quedan al

⁴¹ Artículo 31: *“El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento. b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio. c) La distribución al público de la obra. d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. e) La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión. f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa”*.

⁴² HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), p. 186.

libre albedrío del autor y de los múltiples actos jurídicos posibles en los que este pueda utilizarlos, cederlos prohibirlos o explotarlos según su interés.

El derecho de reproducción respecto de la obra viene recogido en el artículo 32⁴³ de nuestro D.L. 822, que expresa de manera abierta la aceptación de la libertad del autor para crear copias sobre su obra, siendo la imprenta uno de los medios usualmente recurridos por los autores para obtener copias respecto de su obra. Obtener copias a partir de la imprenta es una práctica usual, por lo que, los autores modernos recurren a los medios masivos de comunicación cada vez de manera más frecuente. Al respecto, ANTEQUERA RICARDO señala que *“Las tendencias legislativas apuntan a definir la reproducción como la fijación de la obra en cualquier soporte o medio que le permita su comunicación, así como la obtención de copias o parte de ella, definición aclaratoria de que la reproducción no sólo comprende la obtención de varios ejemplares, sino también (como surge del artículo 9,3 del Convenio de Berna) la simple fijación de la obra en un soporte material)”*⁴⁴, señalando así la amplitud de la aceptación en la manera de reproducir una obra, siempre y cuando esta sea generada en base a la original y sobre un soporte material, lo cual no impide aceptar nuevas formas de reproducir las obras en este mundo cada vez más digitalizado. INDECOPI

⁴³ Artículo 32: *“La reproducción comprende cualquier forma fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual. La anterior enunciación es simplemente ejemplificativa.”*

⁴⁴ ANTEQUERA RICARDO, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, (España: Editorial Reus, 2007), p. 101.

en el punto 2.2 inciso “a” de la Resolución 0887-2017/TPI-INDECOPI desarrolla el alcance del derecho de reproducción respecto de la obra y señala que abarca desde la primera copia plasmada en un soporte material hasta la obtención de dos o más copias de la obra, realizado a través de cualquier medio o procedimiento, abarcando así a las obras derivadas⁴⁵, por lo tanto, podemos inferir que la protección del derecho de reproducción que tiene el ente regulador es un criterio amplio respecto de la ejecución de este derecho.

El derecho de comunicación de la obra está desarrollado en el artículo 33⁴⁶ del D.L. 822, en el cuál se detalla los medios por los cuales puede reproducirse una obra dependiendo del tipo de obra que sea esta, se entiende por este derecho una manera amplia de comunicar la obra frente al público, ya sea que este público esté reunido o no físicamente. Este derecho es abierto en cuanto a su ejecución y en cuanto a su

⁴⁵ Resolución 0887-2017/TPI-INDECOPI, Expediente N°2131-2015/DDA, p.7.

⁴⁶ Artículo 33: “*La comunicación pública puede efectuarse particularmente mediante: a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, por cualquier medio o procedimiento, sea con la participación directa de los intérpretes o ejecutantes, o recibidos o generados por instrumentos o procesos mecánicos, ópticos o electrónicos, o a partir de una grabación sonora o audiovisual, de una representación digital u otra fuente. b) La proyección o exhibición pública de obras cinematográficas y demás audiovisuales. c) La transmisión analógica o digital de cualesquiera obras por radiodifusión u otro medio de difusión inalámbrico, o por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo o digital que sirva para la difusión a distancia de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sea o no simultánea o mediante suscripción o pago . d) La retransmisión, por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida. e) La captación, en lugar accesible al público y mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión. f) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. g) El acceso público a bases de datos de ordenador, por medio de telecomunicación, o cualquier otro medio o procedimiento en cuanto incorporen o constituyan obras protegidas. h) En general, la difusión, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.*”.

modalidad, aceptando como válido el medio de comunicación realizado por algún medio válido o por conocerse y por la forma que se considere pertinente, abriendo la posibilidad de realizarlo con los nuevos medios de difusión masiva que puedan surgir en el futuro. Sobre el derecho de comunicación ANTEQUERA RICARDO analiza este concepto precisando que “(...) Basta que el público, “pueda” tener acceso a la obra, aunque en un momento determinado nadie acceda a ella, por ejemplo, si colocada la obra a disposición del público a través de una red digital, ninguna persona, en un preciso momento, desee recibir la transmisión, pues el hecho de poner la obra en los canales de transmisión, constituye comunicación pública. (...)”⁴⁷, resaltando el hecho de que pese a que ninguna persona reciba la comunicación en algún momento o en alguna circunstancia, es el medio de transmisión el que otorga la correcta manifestación de este derecho, siendo los medios digitales, los más frecuentes a utilizar por el alcance que tienen frente a un público variado.

⁴⁷ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 130.

El derecho de distribución y comercialización de la obra está expresado en los artículos 34⁴⁸ y 35⁴⁹ del D.L. 822, este derecho se considera realizado cuando la obra se coloca dentro del mercado bajo cualquier modalidad de adquisición frente al público en general, queda a discreción del autor o de quién obtenga los derechos de distribución y comercialización fijar el precio de la obra y los medios por los cuales se colocará a la obra a disposición del público. La comercialización por parte de los consumidores de esta obra queda a libertad de ellos mismos, siendo posible transmitir su propiedad frente a otros consumidores o terceros en general. ANTEQUERA RICARDO analiza el D.L. 822 en lo referente al derecho de distribución y afirma que *“el derecho de distribución, que en la nueva ley peruana se reconoce como independiente del derecho de reproducción, se ha interpretado en muchos países como una consecuencia de éste, formando parte de su contenido, sin necesidad de mención legal expresa, considera que el autor tiene, en general, un “derecho de destino” sobre su obra”*⁵⁰, por lo que es correcto afirmar

⁴⁸ Artículo 34: *“La distribución a los efectos del presente Capítulo comprende la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación. Cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, el titular de los derechos patrimoniales no podrá oponerse a la reventa de los mismos en el país para el cual han sido autorizadas, pero conserva los derechos de traducción, adaptación, arreglo u otra transformación, comunicación pública y reproducción de la obra, así como el de autorizar o no el arrendamiento o el préstamo público de los ejemplares. El autor de una obra arquitectónica no puede oponerse a que el propietario alquile la construcción.”*

⁴⁹ Artículo 35: *“La importación comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional por cualquier medio, incluyendo la transmisión, analógica o digital, de copias de la obra que hayan sido reproducidas sin autorización del titular del derecho. Este derecho suspende la libre circulación de dichos ejemplares en las fronteras, pero no surte efecto de los ejemplares que formen parte del equipaje personal.”*

⁵⁰ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 137-138.

que si el autor tiene el derecho patrimonial de reproducir su obra, también tendrá el derecho de distribuirla, puesto que, no carecería de sentido desde el punto de vista económico reproducir una obra pero no distribuirla ni comercializarla. Asimismo, se señala que el facultar expresamente al autor sobre la distribución de la obra, significa otorgarle derechos para delimitar su distribución en base a un área geográfica específica, como por ejemplo un país, y argumentando a contrario, también lo faculta para determinar en que lugares no desea que se distribuya su obra. Para nuestra legislación existe una diferencia respecto del derecho de distribución frente al derecho de reproducción, por lo que si el autor autoriza su distribución ello no implica implícitamente el derecho de reproducir la obra. De lo expuestos podemos determinar que el derecho de distribución y comercialización permite al autor señalar los lineamientos por los cuales podrá permitir o restringir la circulación de su obra y el alcance frente al público.

El derecho de traducción, adaptación, arreglo y transformación de la obra viene recogido en el artículo 36⁵¹ del D.L. 822, este derecho faculta al autor disponer de su obra original y permitir o prohibir cambios en ella respecto del idioma, medios de interpretación y cualquier transformación que pueda surgir, por lo que se entenderán a tales traducciones, transformaciones y demás como obras derivadas de la originalmente creada. Sobre este derecho ANTEQUERA RICARDO añade que *“la realización autorizada*

⁵¹ Artículo 36: *“El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra, inclusive el doblaje y el subtítulo.”.*

*de tales transformaciones puede generar la creación de “obras derivadas”, protegidas como tales en cuanto tengan características de originalidad, y dar lugar a un régimen de doble titularidad”*⁵², por lo tanto, se requiere el elemento de la originalidad para determinar el nacimiento de una obra derivada, donde se pueden hablar de dos obras totalmente distintas pero una de ellas estuvo ligada a la creación de la obra original, es decir, las obras derivadas también serán protegidas en tanto puedan diferenciarse por sus propios medios de la obra original, cumpliendo a su vez con los requisitos regulares de una obra para ser protegidos, los cuales analizaremos más adelante. Respecto el plazo legal sobre el derecho de transformación, traducción, arreglo u otra alteración se establece que se extingue la posibilidad de oponerse a tales transformaciones una vez que la obra cayó en dominio público⁵³.

2.4.1.3. La Obra

Dentro del derecho de autor existen distintos tipos de obras pero antes de poder definir las es necesario definir en qué consiste una obra. Una de las posibles interpretaciones para el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA es “2. *Cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que*

⁵² ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p.140-141.

⁵³ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 141.

es de alguna importancia”⁵⁴, entendiéndose así a la obra como un medio por el cual se expresa la creación intelectual de un ser humano en diversas materias, el cual suele tener relevancia y originalidad.

Sobre este concepto el Decreto Legislativo 822 entiende a la obra en su artículo 2 numeral 17 como: *“Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”*⁵⁵, por lo que, se establecen los elementos para entender a una obra como tal, estos son: que provengan de una creación intelectual personal, sean originales y que puedan manifestarse a través de diversos medios, siendo estos por excelencia la divulgación o reproducción, ya sea por algún medio conocido o que pueda llegar a conocerse por el hombre, estableciendo así un carácter amplio respecto de las formas de comunicar las obras frente a un público. En adición a esto, BUSTA FERNANDO define a la obra como *“la expresión personal de la inteligencia, que desarrolla un pensamiento que se manifiesta mediante una forma perceptible, tiene originalidad o individualmente suficiente, y es apta para ser difundida o reproducida cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino”*⁵⁶, reafirmando así a la creación intelectual personal, la originalidad y la susceptibilidad de ser reproducida o difundida como elementos

⁵⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=QnrhaT6>, (Consultado el 04 de setiembre del 2017).

⁵⁵ Decreto Legislativo 822, Artículo 2, inciso 17.

⁵⁶ BUSTA FERNANDO, *El Derecho de Autor en el Perú*, (Perú: GRIJLEY, 1997), p. 74.

necesarios de una obra para que sea considerada como tal, por lo tanto, reconoce a estos requisitos de la misma manera que lo desarrolla el D.L. 822 dentro de sus conceptos. Asimismo, analizado el concepto de obra, es pertinente establecer la definición que se utilizará para efectos de la presente investigación, es por este motivo que para uniformizar nuestros alcances, aportes y conclusiones es que se utilizará el concepto de obra establecido por el D.L. 822.

Expresada la definición que utilizaremos al momento de referirnos a una obra es momento de analizar los elementos necesarios que conforman a una obra como tal. Primero, el elemento de creación intelectual personal, esto viene referido de la primera parte del numeral 17 del artículo 2⁵⁷ del mencionado Decreto Legislativo, donde se señala este aspecto, el cual requiere esencialmente que la obra provenga del intelecto de un ser humano y por lo tanto, no podrán ser autores ni gozar de protección por el derecho de autor los animales, máquinas ni personas jurídicas⁵⁸. Analizando el artículo antes mencionado, ANTEQUERA RICARDO menciona respecto de la persona humana como susceptible de autoría y refiere lo siguiente “*Es personal en el sentido de que solamente puede ser producto del ingenio humano*”⁵⁹, reafirmando al ser humano

⁵⁷ Artículo 2, inciso 17: “*Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.*”.

⁵⁸ INDECOPI, “*Derechos de autor*”, <https://www.indecopi.gob.pe/web/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes>, (Consultado el 17 de setiembre de 2017).

⁵⁹ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 68.

como el único ser capaz de ser autor de una obra para nuestro sistema jurídico, diferenciandonos por estas razones con el Derecho Anglosajón en el cual se permite a las personas jurídicas poseer derechos de autoría sobre cualquier obra. Al respecto, FERREYROS MARYSOL hace una oportuna diferencia entre el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón sobre la susceptibilidad de las personas naturales y personas jurídicas para obtener derechos sobre la autoría y refiere que *“Para nuestro derecho solamente la persona humana puede crear una obra, a diferencia del sistema anglosajón, que permite que las personas jurídicas – a través de una ficción legal – puedan ser consideradas autores en algunos casos, como es el de las obras creadas bajo contrato o en las producciones cinematográficas.”*⁶⁰, resaltando la posibilidad que guarda el Derecho Anglosajón para que las personas jurídicas puedan obtener derechos de autoría sobre las obras en los casos que determine y regule su sistema jurídico. A diferencia del Derecho Anglosajón, nuestro sistema jurídico solo permite al ser humano como autor de las obras que cree excluyendo así a los animales, máquinas, personas jurídicas de tal faculta. Asimismo, esta postura de nuestro sistema jurídico guarda coherencia con el derecho moral de paternidad, puesto que, solo el autor puede ostentar la autoría de su obra y crear una ficción legal podría generar conflicto con los derechos ya reconocidos dentro de nuestra legislación.

⁶⁰ FERREYROS MARYSOL, *Cuadernos Jurisprudenciales Número 11*, Gaceta Jurídica (mayo 2002), p.5.

Segundo, el requisito de originalidad de la obra para que sea susceptible de protección por el derecho de autor viene referido también dentro de la primera parte del artículo 2⁶¹ numeral 17 del D.L. 822, donde se exige respecto de la creación intelectual que esta sea original, señalado este aspecto es necesario analizar este concepto. Para el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA entiende como uno de sus posibles significados a la palabra original *“Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad”*⁶², lo cual resalta a la novedad como una característica de la originalidad, exigiendo que no haya existido previamente algo igual a lo creado para que posea originalidad. El DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO COLOR aporta otros elementos sobre el concepto que estamos analizando y señala *“(…) de la obra producida directamente por su autor sin ser copia, imitación o traducción otra.”*⁶³, este concepto introduce nuevos requerimientos para definir mejor el concepto de original y señala que además de ser producida por su autor no deberá estar sujeta a una obra anterior, debido a que esto significaría la pérdida de originalidad o ser una obra derivada de otra la cual analizaremos más adelante. Al respecto, ANTEQUERA RICARDO interiorizando este concepto de originalidad en relación a la obra resulta ser más preciso afirmando que *“Y debe ser original en el sentido de “individualidad”, y no de novedad*

⁶¹ Artículo 2, inciso 17: *“Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.”*

⁶² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=RDDwv3d> , (Consultado el 17 de setiembre de 2017).

⁶³ GRUPO EDITORIAL OCÉANO, *Diccionario Enciclopédico Color*, (España: Grupo Editorial Océano 1999), p. 682.

stricto sensu, pues se exige que el producto creativo, por su forma de expresión, tenga sus propias características para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género.”⁶⁴, destacando con este concepto la necesidad de que la obra posea características que la hagan única y que estas a su vez le permitan diferenciarse de cualquier obra preexistente, resaltando también, que este elemento se encuentra por encima de la característica de novedad que debe tener la obra para ser original. Asimismo, ANTEQUERA RICARDO realiza un análisis donde hace una distinción sobre las obras, las cuales no deben confundirse con el trabajo o expresión intelectual que no genera originalidad señalando que *“Como la “obra” constituye un acto creativo, debe diferenciarse del simple trabajo intelectual que no produce como resultado una forma de expresión original.*”⁶⁵, refiere de esta manera que toda obra debe poseer originalidad y por encima de ser un esfuerzo intelectual tiene la obligatoriedad de diferenciarse como una producción intelectual independiente de toda obra ya existente para poder ser considerada como susceptible de protección legal a través del Derecho de autor. En adición a lo anterior, FERREYROS MARYSOL respecto del artículo 2 del D.L. 822 señala que *“(…) y hay una exigencia de originalidad que no se refiere a a novedad pero que se trata de la impronta personal, de la individualidad del autor”*⁶⁶, afirmando

⁶⁴ ANTEQUERA RICARDO Y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 68.

⁶⁵ ANTEQUERA RICARDO, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, (España: Editorial Reus, 2007), p. 32.

⁶⁶ FERREYROS MARYSOL, *Cuadernos Jurisprudenciales Número 11*, Gaceta Jurídica (mayo 2002), p.4.

correctamente a las exigencias que la ley señala, en el cual el autor transfiere a su obra la originalidad por la característica de individualidad que posee el autor como ser humano único e irrepetible dentro del universo.

Tercero, el elemento de que las obras puedan ser susceptibles de divulgación o reproducción está recogido en la última parte del artículo 2⁶⁷, numeral 17 del D.L. 822, en el cual se señala de manera amplia las formas en las que una obra puede expresarse y/o comunicarse hacia los demás. Antes de analizar jurídicamente estos conceptos es necesario realizarlo en base a concepciones generales de estas palabras, es así que para el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA entiende al concepto de divulgar como “*Publicar, extender, poner al alcance del público algo*”⁶⁸, por lo que se entiende al acto de divulgación como el acto o conjunto de actos por los cuales se coloca una obra al alcance del público en general bajo cualquier forma de expresión. Por otro lado, el DRAE entiende el concepto de reproducir como “*Sacar copia de algo, como una imagen, un texto o una producción sonora*”⁶⁹, por lo que puede entenderse al acto de reproducción como el acto o conjunto de actos destinados a obtener duplicados de una obra bajo cualquier modalidad o forma de expresión, la cual deberá ser copia fiel del

⁶⁷ Artículo 2, inciso 17: “*Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.*”.

⁶⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=E1q9Jgy> , (Consultado el 18 de setiembre de 2017).

⁶⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=reproducir> , (Consultado el 18 de setiembre de 2017).

original. Desde un punto de vista jurídico, ANTEQUERA RICARDO analiza estos conceptos consignados en la parte final del artículo 2 numeral 17 y señala lo siguiente *“Así, la divulgación supone poner la obra en conocimiento del público (sin que necesariamente haya una fijación previa o la producción de ejemplares, como en el estreno de una obra musical no grabada), mientras que la reproducción implica la “materialización” de la obra, aunque sea en un solo soporte físico (v. gr.: la matriz de una grabación sonora”*⁷⁰, por lo que, se puede entender de lo anteriormente expresado que el objetivo del acto de divulgación es facilitar, poner al alcance, dar a conocer, o brindar el acceso al público respecto de la obra para que estos puedan realizar cualquier acto jurídico válido sobre la obra. Además, este autor entiende al acto de reproducción como la obtención de copias, de modo que se puedan materializar copias iguales a la original para ejercer cualquier acto de transmisión permitido por la ley. Asimismo, la parte final del artículo 2 numeral 17 señala expresamente que la obra sea susceptible de reproducción, no exigiendo así que para protegerse se haya divulgado o reproducido anteriormente, al respecto, FERREYROS MARYSOL refiere pertinentemente que *“en lo que se refiere al destino o finalidad, la obra estará protegida si permanece inédita o si es divulgada, o si es utilizada para expresar su contenido estético o para promocionar un producto comercial”*⁷¹, destacando que, toda obra podrá ser susceptible de ser protegida por el Derecho de autor pese a que sea publicada o no, asimismo, agrega que

⁷⁰ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 70-71.

⁷¹ FERREYROS MARYSOL, *Cuadernos Jurisprudenciales Número 11*, Gaceta Jurídica (mayo 2002), p. 4.

el autor puede decidir si ejerce o no los derechos patrimoniales respecto de la obra, por lo que lucrar con esta queda a criterio del autor el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales.

Existen distintas clases de obras, las cuales están recogidas por nuestro D.L. 822 en el artículo 2⁷²: obras individuales, obras en colaboración, obras colectivas, obras originarias, obras derivadas, obras anónimas, obras seudónimas, obras inéditas, obras literarias, obras audiovisuales, obras de arte aplicado, obras plásticas. Las obras

⁷² Artículo 2: (...) 18. Obra anónima: Aquella en que no se menciona la identidad del autor por voluntad del mismo. No es obra anónima aquella en que el seudónimo utilizado por el autor no deja duda alguna acerca de su verdadera identidad. 19. Obra audiovisual: Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía. 20. Obra de arte aplicado: Una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial. 21. Obra en colaboración: La creada conjuntamente por dos o más personas físicas. 22. Obra colectiva: La creada por varios autores, por iniciativa y bajo la coordinación de una persona, natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección y nombre y en la que, o no es posible identificar a los autores, o sus diferentes contribuciones se funden de tal modo en el conjunto, con vistas al cual ha sido concebida, que no es posible atribuir a cada uno de ellos un derecho indiviso sobre el conjunto realizado. 23. Obra literaria: Toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado. 24. Obra originaria: La primigeniamente creada. 25. Obra derivada: La basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto. 26. Obra individual: La creada por una sola persona natural. 27. Obra inédita: La que no ha sido divulgada con el consentimiento del autor o sus derechohabientes. 28. Obra plástica: Aquella cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, los bocetos, dibujos, grabados y litografías. Las disposiciones específicas de esta ley para las obras plásticas, no se aplican a las fotografías, las obras arquitectónicas, y las audiovisuales. 29. Obra bajo seudónimo: Aquella en la que el autor utiliza un seudónimo que no lo identifica como persona física. No se considera obra seudónima aquella en que el nombre empleado no arroja dudas acerca de la identidad del autor. (...)”.

individuales son las que crea una persona natural, excluyendo de esta manera a los animales, máquinas, personas jurídicas de la creación de obras. Las obras en colaboración como su propio nombre lo dice involucra dos o más personas naturales para su creación, es así que, ANTEQUERA RICARDO critica la definición del numeral 21 del art. 2 del D.L. 822 al señalar que *“Esta definición, más o menos simplista, tiene una connotación especial en la palabra “conjuntamente”, de manera que no constituye obra en colaboración, por ejemplo, la simple yuxtaposición de trabajos y artículos para ser publicados en una revista (como ocurre en muchos libros-memoria y anuarios), porque cada uno de ellos ha sido creado en forma separada e independiente”*⁷³, por lo que, el término utilizado por el legislador no es muy claro al diferenciar los trabajos que pudieran surgir de esfuerzos separados. Creemos que la voluntad del legislador al referirse a la palabra “conjuntamente” se refería a que los esfuerzos sumados son los que fueron creados por dos o más personas naturales, hayan sido creados separadamente o no, constituyendo de esta manera, una obra en colaboración. El EGACAL añade sobre las obras en colaboración que para divulgar y modificar la obra se requiere del consentimiento de todos los coautores, una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma que se divulgó⁷⁴. Las obras colectivas son creadas por varios autores en coordinación de una persona natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su

⁷³ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 83.

⁷⁴ EGACAL-ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS, *El ABC del Derecho-Propiedad Intelectual*, (Perú: Editorial San Marcos, 2011), p. 25.

dirección y nombre y que por su forma de elaboración no es posible identificar a los autores o a sus contribuciones respecto de la obra. Las obras originarias son las que se crean sin estar ligadas a una obra anterior, es decir, no dependen de una obra anterior para su existencia. Las obras derivadas dependen forzosamente de una obra anterior, es decir, la obra derivada depende de la obra originaria para existir. Sobre la obra derivada, ANTEQUERA RICARDO señala que *“una obra derivada será original, aunque no originaria, cuando partiendo de una creación primigenia, el producto resultante constituya una creación personal con rasgos de individualidad”*⁷⁵, por lo que, se puede inferir que una obra derivada será original cuando esta posea características originales que la diferencien de la obra originaria. Las obras derivadas requieren del permiso del autor para crear, modificar, transformar, arreglar, añadir, quitar o realizar algún cambio sobre la obra originaria, de lo contrario, se infringirán los derechos de autor. Las obras anónimas son las obras que no contienen el nombre del autor por voluntad de este, exceptuando obviamente a las obras con seudónimo, en las cuales el autor omite su nombre pero permite que se le identifique. Las obras seudónimas son las obras donde el nombre real del autor no puede identificarse pero por voluntad de este se puede saber un apodo o sobrenombre con el que el autor ha preferido que se le conozca. Las obras inéditas son las que no han sido divulgadas por voluntad del autor o sobre los cuales recaiga este derecho. Las obras literarias son las creaciones intelectuales, sean estas literarias, científicas o técnicas expresadas a través de un lenguaje determinado. Las

⁷⁵ ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL, *El nuevo Derecho de autor en el Perú*, (Perú: PERU REPORTING, 1996), p. 82.

obras audiovisuales son las creaciones intelectuales expresadas a través de una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonido, susceptibles de ser reproducidas, proyectadas o exhibidas por cualquier aparato idóneo. Las obras plásticas son las que apelan al sentido estético de la persona que la contempla, como es el caso de las pinturas, bocetos, dibujos, grabados y litografías. Las obras de arte aplicado son creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas a un artículo útil, sin importar si son producidas por la mano del hombre o a escala industrial.

El Decreto Legislativo 822 señala a las obras protegidas por nuestra legislación están recogidas en el artículo 5⁷⁶ si bien enuncian un gran universo de obras en el inciso “n” señala de manera amplia la protección sobre el intelecto humano siempre y cuando cumpla con ser personal, original y susceptible de ser divulgado o reproducido por cualquier medio de expresión, sea conocido por el ser humano o se conozca a través

⁷⁶ Artículo 5: “Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes: a) Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos. b) Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas. c) Las composiciones musicales con letra o sin ella. d) Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general. e) Las obras audiovisuales. f) Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías. g) Las obras de arquitectura. h) Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía. i) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias. j) Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad. k) Los programas de ordenador. l) Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido. m) Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios. n) En general, toda producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad, y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.”.

del tiempo gracias a los nuevos medios de difusión masiva, asimismo, no excluye ningún tipo ni género de las obra que puedan ser protegidas.

2.4.2. Posturas doctrinales

La presente investigación utilizará las siguientes teorías doctrinales para determinar la factibilidad de nuestra hipótesis, escogiendo de manera estructurada, posturas con distintos planteamientos para consolidar la mencionada hipótesis como lo son la Teoría del Derecho de la Personalidad, el Copyright y la Teoría de la Propiedad Industrial y la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales.

2.4.2.1. Teoría del Derecho de la Personalidad

La Teoría del Derecho de la Personalidad tiene sus cimientos en la Revolución Francesa, nutrida de una visión iusnaturalista donde considera al Derecho como la expresión de la libertad, por lo tanto, entiende al sistema legal como la libertad realizada. Refiriéndose a esta teoría, LETTERE ANGELO señala que *“el Derecho de Autor y su importancia se derivan de la estrecha relación sui generis que tiene el creador con su obra, teniendo por objeto la protección de la personalidad del autor”*⁷⁷, estableciendo que, la obra es la materialización de la voluntad del autor, y por lo tanto,

⁷⁷ LETTERE ANGELO, *Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor*, (Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Ecuador 2010), p. 73.

susceptible de protección, es decir, se protege a una obra porque lo que se desea proteger es la personalidad del autor que la creó, siendo esta sólo una extensión de su personalidad. Desde la perspectiva de la Teoría del Derecho de la Personalidad la voluntad da existencia a si misma en el mundo cuando se dirige hacia las cosas externas y se proyecta sobre lo materialmente perceptible, es decir, la voluntad es una extensión de la creatividad que se materializa en propiedad una vez esta se ha expresado e interpretando. Asimismo, esta Teoría del Derecho al referirse sobre los derechos morales y patrimoniales surgidos a partir de la creación de una obra considera que los derechos morales priman sobre los derechos patrimoniales pero no desconoce la existencia de tales derechos patrimoniales por lo que no los entiende de forma separada, por lo tanto, deberá entenderse a la obra como una extensión de la personalidad que se relaciona con los derechos patrimoniales como los efectos que son generados al crear una obra. En adición a estos argumentos, HOLGUÍN OSCAR señala precisamente que *“Para esta teoría, el derecho de autor, asume carácter patrimonial cuando hay cesión de derechos, pero en este caso, solo es un elemento accesorio de aquel derecho de autor, que es lo principal, pues, tal cesión no supone la transferencia total de su derecho, sino solo de las facultades de reproducción de la obra, porque el autor siempre conserva ilimitadamente los derechos sobre su obra con el objeto de proteger su personalidad que es inalienable e imprescriptible”*⁷⁸, de tal manera que, es posible la transmisión de la parte patrimonial de una obra, toda vez que se entienda a estos

⁷⁸ HOLGUÍN OSCAR, *Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos*, (Perú: Jurista Editores, 2016), p. 101.

derechos patrimoniales como una retribución justa y necesaria por el esfuerzo de crear una determinada obra, conservando así la autoría de su obra expresada a través de su personalidad de manera absoluta. LOREDO ADOLFO refiere a manera de resumen sobre los derechos patrimoniales de autor respecto a los autores que defienden esta Teoría del Derecho de la Personalidad y señala que *“para los seguidores de esta teoría, el aspecto patrimonial o económico no explica la naturaleza de los derechos intelectuales, porque sólo representa la recompensa que se le otorga al autor por su trabajo”*⁷⁹, entendiendo a los derechos patrimoniales que puedan surgir de la creación de la obra como una retribución o remuneración por el hecho de haber creado una obra que exprese la singularidad de la personalidad del autor. Respecto al momento de creación de la obra, CUEVAS ANDRÉS añade que *“No se puede mediante un acto jurídico cambiar el hecho de la creación”*⁸⁰, reconociendo así, que la voluntad manifestada del autor, realizando a través de su obra no puede ser sujeta a una legislación en particular, prevaleciendo así los Derechos morales del autor frente a cualquier norma que pudiera contravenirla. Expuesto lo anterior, se puede deducir que esta Teoría considera al Derecho moral como inherente, imprescriptible e inalienable, respecto al autor como persona humana que creó dicha obra.

⁷⁹ LOREDO ADOLFO, *Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor*, en BECERRA MANUEL, comp., *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, (México: Universidad Autónoma de México 1998) p. 23.

⁸⁰ CUEVAS ANDRÉS, *Creative Commons ¿Alternativa a la Propiedad Intelectual en Chile?*, AR: Revista de Derecho Informático N° 98, 2006, p. 6.

Dentro de los aspectos negativos sobre la Teoría de la Personalidad está el hecho de que es imposible transferir la voluntad de un autor sobre su obra previamente creada, sobre esto LETTER ANGELO especifica que *“La Teoría del Derecho de la Personalidad no es sin conflictos. Su eminente carácter inmaterial, que servía para no chocar con el término jurídico de “propiedad”⁸¹*, este concepto complicaba la explicación de los actos de transferencia, ya que implicaría enajenación de una parte de la personalidad del autor, lo cual por un lado no es posible en sí mismo, y por otro lado contradice el fundamento de esta teoría, refiriendo que es necesario separar los aspectos de la voluntad que recae sobre la obra de los actos de transferencia que son propios de los derechos reales. Argumentando en este sentido, BUSTA FERNANDO precisa que *“Esta teoría es también objetada por cuanto no puede dar una explicación jurídica de la transmisibilidad de este derecho, sea inter vivos, sea mortis causa.”⁸²*, por lo que, pone en relieve la problemática de transmitir la voluntad, la cual es difícil de defender en esta teoría durante la vida del autor, generando que sea prácticamente imposible defenderla después de la muerte del mismo. Respecto del ámbito patrimonial de esta Teoría, CARDENAS DONATO señala que *“Esta Teoría aplicable en la parte que corresponde a la creación intelectual, y los derechos de las personas como un derecho a la integridad corporal, a la libertad del autor de su honor y reputación pero nada expresa de la obra material en la que fijan las ideas y que le representan derechos*

⁸¹ LETTERE ANGELO, *Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor*, (Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Ecuador 2010), p. 74.

⁸² BUSTA FERNANDO, *El Derecho de Autor en el Perú*, (Perú: GRIJLEY, 1997), p. 58.

patrimoniales”⁸³, señalando así que esta Teoría no profundiza en los beneficios patrimoniales que representan para el autor, por lo que, esta Teoría se centra más en los derechos morales de autor, lo cual salvaguarda los derechos morales perpetuos que el autor posee por haber creado su obra.

Finalmente, la Teoría del Derecho de la Propiedad Intelectual considera a la personalidad como una manifestación de la voluntad del autor, por lo tanto, toda obra que un autor pueda crear será considerada como susceptible de protección en tanto el autor plasme en ella su personalidad, es decir, la obra es susceptible de protección por ser una extensión de la manifestación de la voluntad del autor, donde el autor recibe una remuneración o retribución por haber creado dicha obra. Para esta teoría doctrinal del Derecho, la cual considera que los derechos morales priman frente a los patrimoniales, reconociendo a los derechos morales como absolutos y a los derechos patrimoniales sólo como los beneficios económicos que el autor puede percibir respecto de su obra. Si bien se le critica a esta teoría que no es posible la transmisión de la personalidad realizada a través de sus obras creemos en la presente investigación conforme se sostiene que es viable enajenar la parte patrimonial de la obra sin que el autor pierda o se vulneren los derechos absolutos que posee sobre ella, entiendo a estos derechos patrimoniales como una forma en la que el autor obtiene una justa remuneración por la obra creada. Por lo tanto, esta Teoría al contemplar los

⁸³ CARDENAS DONATO, *Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual “Una propuesta Conceptual”*, (Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, México 2003), p. 89.

derechos morales como inherentes, inalienables e imprescriptibles, esto no limita la transmisibilidad de la parte patrimonial de la obra sin que implique un menoscabo a los derechos absolutos que posee el autor respecto de su obra creada, siendo que estos sean protegibles de manera eficaz y efectiva por el Derecho de autor.

2.4.2.2. El Copyright y Teoría de la Propiedad Intelectual

La Teoría de la Propiedad Intelectual se ha vinculado siempre al Copyright, formando una necesidad de ambos términos para ayudar a fundamentarse. Esta Teoría de la Propiedad Intelectual tiene sus cimientos a partir de la necesidad de las imprentas en justificar su monopolio o su derecho al monopolio, es por ello que dentro de esta teoría siempre ha requerido de la relación legal-autor como elementos necesarios para su existencia.

En lo que refiere al Copyright se plantearon en un inicio dos variantes del mismo, un Copyright perpetuo y un Copyright limitado, siendo el limitado el que finalmente prosperaría, optando a su vez por la visión moderna que se tiene del Copyright. LETTERE ANGELO, refiriéndose a la evolución del concepto de Copyright señala que *“De un derecho patrimonial en una cosa material transferible y transmisible como conjunto a otro, había evolucionado a un derecho patrimonial sobre una cosa inmaterial, inseparable del autor como creador, pero viendo las inconveniencias de índole más sociales que económicos, trasluce la necesidad de limitar este derecho en*

el tiempo”⁸⁴, evidenciando así la necesidad de enmarcar al Copyright y restringiendo su uso por un plazo determinado, lo cual evita la formación de monopolios permanentes, y cede a su vez, la facultad de obtener el monopolio sobre la creación por un plazo justo para el autor, donde este podrá disponer según le convenga.

La Teoría de la Propiedad intelectual reconoce el aspecto intelectual del autor desde un enfoque paterno-filial, en el que se obtienen derechos de autor derivados de una situación natural como lo es el acto de crear una obra intelectual, la cual a su vez generará una recompensa por el esfuerzo creativo, es decir, los actos creativos generan derechos por sí mismos y esto a su vez genera exclusión frente a terceros. Al referirse sobre la Teoría de la Propiedad, CÁRDENAS DONATO señala que “*Si se considera que el derecho moral es un derecho personal y el derecho patrimonial es un derecho real, entonces la propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal*”⁸⁵, entendiendo de esta manera al producto de la mente humana susceptible de producción por la naturaleza de su creación y reconociendo la doble dimensión de este derecho. En palabras de SALAZAR LEONEL la inclusión de los derechos intelectuales no afecta la

⁸⁴ LETTERE ANGELO, *Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor*, (Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Ecuador 2010), p. 52.

⁸⁵ CARDENAS DONATO, *Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual “Una propuesta Conceptual”*, (Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, México 2003), p. 95.

clasificación de derechos personales, reales y de las obligaciones⁸⁶, por lo que, el reconocer a los derechos intelectuales como resultado de la creación de una persona no vulnera a los demás derechos, por el contrario, permite un desarrollo eficiente de los demás derechos siendo compatible con estos derechos.

Desde la perspectiva de la Teoría de la Propiedad Intelectual existe una relación de originalidad respecto del autor frente a su obra por la huella que dejó en dicha obra, al referirse a esta relación, LETTERE ANGELO señala que “*La cuestión de propiedad no solo tenía una dimensión patrimonial en el sentido pecuniario sino mismo por la íntima relación personal de autor y obra una fuerte noción de moralidad*”⁸⁷, reconociendo que la obra adicionalmente de tener un valor económico se relaciona con el autor por el acto de haber sido creada por el intelecto de un ser humano, el cual le brinda originalidad a la obra por el esfuerzo intelectual requerido para crearla.

Dentro de los factores negativos sobre la teoría de la Propiedad Intelectual se considera excesivamente materialista y adicionalmente a esto, el concepto de Copyright necesita del Derecho positivo para justificarse, es decir, necesita de un cuerpo normativo que soporte sus fundamentos para un desenvolvimiento sólido de su postura. Esta Teoría

⁸⁶ SALAZAR LEONEL, *Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica de los Bienes Intelectuales y del Derecho de Propiedad Intelectual*, Revista Propiedad Intelectual número 13, (enero-diciembre 2010), p. 59.

⁸⁷ LETTERE ANGELO, *Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor*, (Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Ecuador 2010), p. 61.

del Derecho falló en su época por no coincidir con la legislación que consistía sólo en normas positivas, no pudiendo recoger estos conceptos dentro de las normas y por ende generando la inviabilidad de la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual. Adicionalmente, esta fue incompatible con el monismo, puesto que la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual contempla una doble dimensión de los derechos de autor.

Finalmente, la teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual plantea que toda obra al ser creativa y provenir del intelecto humano genera derechos, los cuales sirven como fundamento para excluir a terceros respecto de la obra creada, por lo tanto, el autor de dicha obra podrá disponer de los derechos resultantes de su creación para obtener beneficios económicos según considere conveniente. Además, los derechos derivados de la creación del autor no pueden ser perpetuos, por lo que, se dispone del uso, utilización y disfrute de estos derechos solo por un tiempo limitado, de esta manera, al no crearse un monopolio perpetuo no existe un perjuicio real frente a terceros por los derechos derivados de la obra. Por otro lado, si bien la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual puede ser criticada por dos elementos, primero que puede ser considerada meramente materialista, por lo tanto, es correcto afirmar que este mismo motivo fomenta la creación de nuevas obras que puedan ser susceptibles de protección por el Derecho de autor. Segundo, que el plazo de duración del monopolio de derechos reconocidos al autor por la creación de una obra intelectual requiere de una regulación que controle posibles excesos, lo cual es razonable pero no cuenta con fundamento

suficiente para impedir que a un autor se le atribuya la autoría de una obra intelectual, la cual merece ser protegida, siendo que, la ley solo debe brindar lineamientos o mecanismo para proteger tanto a la obra como al autor, más no puede impedir que se genere el reconocimiento de su autoría, y debe regular por lo tanto la forma de protección.

2.4.2.3. Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales

La Teoría del Derecho sobre los bienes inmateriales resulta de combinar los aspectos positivos de la de la Teoría del Derecho de la Personalidad y la Teoría de la Propiedad Intelectual fusionando sus posturas y nutriéndose de ellas para establecer una dualidad de derechos, por un lado los derechos de bienes inmateriales y por el otro, los derechos personales. Esta Teoría al separar los derechos de bienes inmateriales y a los derechos personales establece la posibilidad de transferir el patrimonio, en este caso un bien inmaterial. Sobre su naturaleza, SALAZAR LEONEL afirma que *“esta teoría de la inmaterialidad o de los derechos inmateriales sobre las creaciones intelectuales, a juicio, del autor, es la que mayor difusión goza para determinar la naturaleza jurídica de los bienes intelectuales y del Derecho de Propiedad Intelectual. Así el bien inmaterial es el corpus mysticum de la creación intelectual, mientras que el bien material o corporal donde yace la creación intelectual es el corpus mechanicum”*⁸⁸,

⁸⁸ SALAZAR LEONEL, *Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica de los Bienes Intelectuales y del Derecho de Propiedad Intelectual*, Revista Propiedad Intelectual número 13, (enero-diciembre 2010), p. 58.

de esta manera separa como dos elementos distintos al bien inmaterial y al bien material, donde dichos conceptos se relacionan entre sí, en el cual considera al primero como la idea exteriorizada y al segundo como el lugar donde reside o se ejecuta la idea. Además, reafirma la factibilidad de transferir la propiedad de la creación dentro de esta teoría, eliminando así el carácter personal que tenía la Teoría del Derecho de la Personalidad.

Esta Teoría del Derecho señala que la obra luego de haber sido creada es independiente del autor y que se vincula a este por el acto de haber sido creada por él y a su vez por el Derecho individual, asimismo, se señala dentro de esta postura jurídica que los derechos sobre bienes inmateriales tienen vigencia limitada a través del tiempo tal como lo propone la Teoría de la Propiedad Intelectual, es decir, tiene un plazo de duración definida en el cual el autor podrá disponer de estos derechos según prefiera, característica que a su vez hace viable la aceptación de esta postura. Por lo tanto, La Teoría del Derecho sobre lo bienes inmateriales al tratar a los derechos inmateriales y derechos personales separadamente hace viable disponer de la obra creada en cualquier de las formas permitidas por el Derecho. Al respecto, LETTERE ANGELO refiriéndose a KOHLER expresó que la definición que KOHLER tenía sobre el derecho de autor era la misma que la definición de propiedad intelectual según la Teoría de la Propiedad

Intelectual, la cual ha sido analizada en el punto 2.4.2.2. pero no caía en las falencias que presentaba la Teoría del Derecho de la Personalidad⁸⁹.

Dentro de los aspectos negativos de la Teoría del Derecho sobre los Bienes Inmateriales CARDENAS DONATO afirma que *“La idea de los bienes inmateriales que tiene su origen en la creación del intelecto es incompleta para aplicarse a la de la propiedad intelectual, porque solamente se refiere a la protección de la idea y confunde el derecho con el objeto corporal al cual se aplica el derecho, tal y como se hace con el derecho de propiedad en la tradición romana”*⁹⁰, cuestionando así si una idea merece o es susceptible de obtener la misma protección que los bienes corpóreos o materiales. Otro aspecto negativo de esta Teoría del Derecho es que siempre necesita de una tipificación legal para poder desenvolverse correctamente en el ordenamiento jurídico como también lo necesitaba la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual, puesto que, de no existir tal tipificación no existiría una diferencia entre la separaciones de derechos morales y patrimoniales, los cuales son parte de la postura de esta doctrina. A esta postura doctrinaria se le ha criticado la separación de los derechos inmateriales y derechos personales, puesto que, estos derechos muchas veces han servido de

⁸⁹ LETTERE ANGELO, *Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor*, (Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Ecuador 2010), p. 77.

⁹⁰ CARDENAS DONATO, *Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual “Una propuesta Conceptual”*, (Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, México 2003), p. 90.

complemento el uno respecto del otro, estableciendo así una codependencia jurídica a la hora de aplicarse.

Finalmente, la Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales recopila los aspectos positivos de la Teoría del Derecho de la Personalidad y la Teoría de la Propiedad Intelectual, siendo así que separa los conceptos de obra y autor, por lo que la creación intelectual de este puede ser susceptible de transmisión, además, se le cuestiona el aspecto si una idea producto del intelecto puede ser susceptible de protección al mismo nivel que un bien material pero para ello requerirá de que esta idea sea expresada mediante una obra, la cual cumpla con los requerimiento para ser considerada como tal y no se quede solamente en la mente del autor, siendo este el caso, para una idea producto del intelecto que ha sido exteriorizada, no existe posibilidad de negarsele una idónea protección legal, tal como lo son en la actualidad las marcas, signos distintos, los derechos de autor, entre otros mecanismos que establece la Propiedad Intelectual. Asimismo, esta Teoría doctrinal del Derecho tiene la necesidad de requerir un soporte legal para un obtenga soporte al momento de aplicarse, para lo cual se necesitaría un consenso entre las doctrinas de los distintos países para aplicarse correctamente pero consideramos que esto no es razón suficiente para impedir que una idea proveniente del intelecto de un autor pueda defenderse, siendo que este fundamento no impide defender la idea producto del intelecto humano, donde solo existirían discrepancias sobre el método o mecanismo que se escogerá para defenderla pero no el derecho a

proteger al bien inmaterial plasmado sobre un bien material, por lo que es viable la protección de una obra a través de esta teoría.

2.4.2.4. Fair Use

El Fair Use o también llamado “*uso justo*” o “*uso honrado*” es un término originado dentro del Derecho Anglosajón, por el cual una persona puede utilizar la obra de un autor que esté protegida y utilizarla bajo requisitos específicos. La base de este concepto dentro de nuestro sistema jurídico radica en el Convenio de Berna, en su artículo 2bis⁹¹ y el artículo 9.2⁹² donde se estableció en un primer momento una protección razonable a posibles usos donde la utilización los derechos de autor supongan un hecho justo y no se retribuya ni indemnice al autor económicamente por dicho uso. El TODA dentro de sus limitaciones y excepciones también recogió esta protección en su artículo 10⁹³ señalando que queda al criterio de cada país perteneciente a este Tratado delimitar las circunstancias por las cuales vulnerar la obra de un autor

⁹¹ Artículo 2bis: “1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales. (...)”.

⁹² Artículo 9.2: “(...) 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (...)”.

⁹³ Artículo 10: “1) Las partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (...)”.

no constituya un agravio en perjuicio del autor ni sobre sus intereses, si bien esta facultad otorgada no es una exigencia, constituye un reconocimiento tácito a los usos justos o usos honrados dentro de nuestro sistema jurídico. Los artículos previamente citados sirvieron de base para gestar este concepto de manera concreta dentro de la Comunidad Andina de Naciones, el cual define a los usos honrados como *“Los que no ni interfieren con la explotación normal de la obra causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”*⁹⁴, reconociendo de esta manera un uso legítimo de la obra que no vulnera a los derechos que posee el autor por su condición de tal, además, le dedica un capítulo completo para definir y enumerar las situaciones donde la obra explotada sin el consentimiento del autor no supondrá una afectación para este. Asimismo, en concordancia con la Decisión 351 se creó nuestro Decreto Legislativo 822, el cual recoge a los usos honrados dentro de su artículo 2 inciso 47 y señala que *“Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho”*⁹⁵, por lo que, podemos inferir que es posible utilizar la obra un autor siempre y cuando se tenga alguna justificación que exima de responsabilidad al que usó la obra, cabe destacar que esto solo será posible bajo ciertas circunstancias. Dentro de nuestro D.L. 822 los usos honrados se desarrollan dentro del Capítulo de los límites al derecho de reproducción donde se establecen los casos en los cuales se pueden aplicar los usos

⁹⁴ Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

⁹⁵ Artículo 2, inciso 47 del Decreto Legislativo 822.

honrados y que estos son de naturaleza restrictiva, concluye en su artículo 50 sobre los usos honrados y señala que *“Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados.”*⁹⁶, fijando de manera clara y expresa que los límites a los derechos de autor se encuentran establecidos por los usos honrados que se puedan generar en relación a una obra, los cuales tienen determinados supuestos para una correcta ejecución o desarrollo de los mismos pero dicho concepto sigue siendo amplio, por lo que daría lugar a diversas interpretaciones.

Expuestos los artículos relacionados al Fair Use o usos honrados es pertinente analizar este concepto a través de la doctrina y jurisprudencia existente, PELÁEZ MARÍA entiende afirma sobre este concepto que *“el Fair Use es una de las excepciones del Derecho de autor, que permite el uso de materiales protegidos bajo el sistema del copyright sin obtener el permiso del titular, siempre y cuando el uso se pueda considerar justo.”*⁹⁷, dicho concepto permite la libre utilización de la obra de un autor bajo determinadas circunstancias, las cuales deberán estar delimitadas dentro de la ley para una correcta utilización del Fair Use o uso honrado, por lo que, el uso honrado es una situación excepcional que requiere una justificación de parte de quien utiliza la obra, estableciendo la carga de la prueba para quien la utilice. En relación a este concepto,

⁹⁶ Artículo 50 del Decreto Legislativo 822.

⁹⁷ PELÁEZ MARÍA, *La protección efectiva de las imágenes en el internet desde la aplicación de la normatividad relativa al Derecho de Autor*, (Tesis de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Perú 2013), p. 28.

ANTEQUERA RICARDO señala lo siguiente *“En definitiva, el principio de los “usos honrados”, bajo la óptica latina, impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o “razonable” la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor (...)”*⁹⁸, por lo tanto, podemos concluir que los usos honrados permiten la utilización de una obra intelectual protegida sin vulnerar los derechos que posea el legítimo autor, asimismo, se manifiesta que los derechos patrimoniales no son absolutos y su limitación o excepción frente a estos son los usos honrados. En adición a lo previamente señalado, El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante una interpretación prejudicial dentro de su segundo pronunciamiento establece lo siguiente *“Los usos honrados son aquellos que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos de autor”*⁹⁹, definición que es prácticamente la misma que recoge la Decisión 351 dentro de su artículo 3, por tal motivo, los usos honrados no suponen una afectación real a la obra ni tampoco suponen una trasgresión a los derechos que le corresponden al autor de dicha obra, siempre que estos usos sean justificados.

Los usos honrados requieren de directrices para un uso correcto y no caer en utilizaciones arbitrarias, interpretaciones incorrectas, por tal motivo se creó la regla de

⁹⁸ ANTEQUERA RICARDO, *“Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los usos honrados, el “fair use”, y el “ius usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra).”*, Biblioteca Iida, (junio 2006) p.5.

⁹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 146-IP-2005, p.17.

tres pasos a partir del artículo 9.2¹⁰⁰ del Convenio de Berna. Esta regla alberga tres requisitos: determinar si el caso es especial, no atentar contra la explotación regular de la obra y no causar perjuicio a los intereses del autor de la obra. Estos requisitos son generales y amplios, los cuales permiten la utilización de los usos honrados pero podemos desprender otros criterios o requisitos para un mejor entendimiento de los usos honrados, es así que, TRIVEÑO GLADYS añade directrices complementarias para un mejor desempeño de los usos honrados y refiere pertinentemente que *“El argumento para establecer el cumplimiento de determinados requisitos para ejercer algunas limitaciones al Derecho de Autor es que la utilización de este debe realizarse sin que ocasione daños al autor. Para ello, y al margen de que pueda discutirse administrativa o judicialmente si el uso libre fue o no leal, hay dos requisitos que deben respetarse: a) que la obra haya sido publicada previamente con autorización del autor. Esto significa que no podría haber uso libre sobre una obra “pirateada” o ilícitamente divulgada; y b) que siempre que se haga uso libre de una obra se mencione el nombre del autor y la fuente.”*¹⁰¹, estos requisitos adicionales que pueden desprenderse de una correcta interpretación de la definición de los usos honrados señalan que bajo ninguna circunstancia ninguna obra que se divulgue, reproduzca o se ponga en conocimiento al

¹⁰⁰ Artículo 9.2: *“(…) 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (…)”*.

¹⁰¹ TRIVEÑO GLADYS, *“De los Límites al Derecho de Autor y las posibilidades de su ejercicio”*, Themis 36, 1997, p.192., <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11735/12301> (Consultado el 09 de Diciembre de 2017).

público de forma que vulnere los derechos morales o patrimoniales de autor justificará el uso justo o uso honrado de dicha obra intelectual, por lo que, este requisito es expreso en señalar que la primera divulgación o reproducción de la obra deberá contar con el consentimiento del autor bajo cualquier forma de expresión. Además, el otro requisito señala que toda vez que la obra sea utilizada bajo los usos justos o usos honrados deberá indicarse de manera fehaciente al autor de la obra y la fuente de estos.

Dentro de los aspectos negativos del Fair Use o uso honrado se encuentra el factor de que se le pueda considerar muy amplia si no se delimita sus alcances dentro de la normativa de cada país. Si bien el uso honrado de las obras persigue un fin justo también es pertinente señalar que este uso podría implicar que el valor de mercado de la obra baje, puesto que cualquier podría justificarse en el uso honrado y utilizar la obra para otros fines, siendo que la carga de la prueba recae siempre en el que utiliza la obra bajo este concepto. Al respecto, CETINA RODRIGO expone la factibilidad del Fair Use o uso honrado en relación al Derecho español y señala que *“Se podría decir que el fair use puede ser una alternativa válida cuando se combina con una lista exhaustiva de límites al derecho de autor, pero si este problema de la incertidumbre se traslada al ámbito de nuestro Derecho, lo único que se generará será una lista exhaustiva que permite usos bastante restrictivos y por otro lado, un estándar abierto, lleno de incertidumbre y al que pueden acceder solo unos pocos que puedan asumir los riesgos*

y los costes de un juicio”¹⁰², por consiguiente, el Fair Use o uso honrado requiere de una normativa que delimite los supuestos donde deberá ser aplicado, y de quedar de manera amplia o abierta podría generar problemas tanto para los autores de las obras como para aquellos que se justifiquen dentro de los límites de este concepto.

Finalmente, el Fair Use o uso honrado es la excepción con la cuenta una persona natural para utilizar la obra de un autor sin su autorización y sin que se exija una justa retribución o indemnización por dicho uso. Los usos honrados suponen los límites a los derechos patrimoniales de autor y no interfieren con la explotación regular de la obra. Si bien, existen puntos en contra como la necesidad de que este término se delimite a través de supuestos específicos de uso dentro del ordenamiento jurídico, este concepto permite eliminar costos de transacción en supuestos donde el autor cedería el uso de su obra bajo determinadas circunstancias sin medicar compensación alguna otra que reconocerlo como autor legítimo. Por lo tanto, no existe una real afectación de la obra dentro del mercado ni a los intereses del autor o titular de la obra.

2.5. Marco ajedrecístico: ¿En qué consiste una partida de ajedrez?

Para hablar sobre una partida de ajedrez es necesario conocer en qué consiste, cuáles son sus partes, cómo se llaman sus piezas, cuánto valen las piezas, quiénes intervienen

¹⁰² CETINA RODRIGO, “Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación”, (Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información, España 2015), p.648.

dentro de esta, cuánto dura, cómo se obtiene la victoria, el valor de la teoría ajedrecística dentro de una partida, cuantas etapas tiene una partida, los elementos adicionales que influyen en el ajedrez y el reglamento por el cual se rige dicha partida de ajedrez.

El ajedrez es un deporte el cual se desarrolla dentro de un espacio de sesenta y cuatro casillas, existen dieciséis fichas por cada bando haciendo un total de treinta y dos fichas. Los nombres de las fichas son: Rey, Dama, Torre, Alfil, Caballo y peón y cada ficha tiene un valor determinado, empezando de menor a mayor, el peón vale un punto, el Caballo y Alfil valen tres puntos, la Torre vale cinco puntos, la Dama vale nueve puntos y el Rey tiene un valor indeterminado teniendo en cuenta los puntos pero el Rey es la pieza más importante dentro del juego. Dentro de cada partida normal de ajedrez existen dos jugadores definidos y un árbitro, el cual se encargará de otorgar validez o legalidad e imparcialidad a la partida. Para efectos de la presente investigación se considerará solo a las partidas normales o regulares, por lo que no se abordará variaciones del ajedrez que suele practicarse como método de práctica o entrenamiento como lo es juego multifichas o ganapierde en los que se utilizan las mismas fichas del ajedrez normal.

La finalidad del deporte es dar jaque mate al rival utilizando una estrategia superior en el cual se ponga al rey enemigo bajo ataque y este no pueda capturar la ficha que lo ataca, ni bloquear el ataque ni huir del ataque, por lo que su finalidad de inmovilizar al

Rey no ha variado desde el juego conocido como Chatrang. Debido a que la finalidad del ajedrez es dar el jaque mate al rival por parte de los jugadores estos deberán realizar un esfuerzo intelectual, creativo, eficaz y con criterio estratégico para obtener la victoria en cada partida. Cabe precisar que para lograr esto se deberá tener en cuenta de que existen ciertos movimientos preestablecidos por la doctrina ajedrecística, los cuales son frecuentemente llamados aperturas de ajedrez, dentro de las cuales destacan la apertura Italiana, la apertura Española o Ruy López, apertura Catalana, Defensa siciliana, Defensa Catalana, ataque Trompowsky, entre otros, los cuales analizaremos más adelante y la relevancia que tienen para el Derecho de autor, debido a las situaciones sociales, históricas, personales en las que se desarrollaron.

El ajedrez también tiene etapas o fases dentro de una partida, las cuales son: la apertura, el medio juego y el final. En la apertura se desarrollan las jugadas iniciales, las cuales son variadas a pesar de ser pocas. En el medio juego se suelen tener casi todas las fichas desarrolladas por cada bando, empezando siempre por las fichas menores y posteriormente las fichas mayores. Y la última parte de la partida es el final, en el cual está caracterizado por tener muy pocas piezas, generalmente una o dos fichas menores o una ficha mayor. El “jaque mate” no siempre se realiza en la parte final del juego, es poco común que suceda durante el medio juego por algún descuido o por superar al rival mediante alguna estrategia superior.

El ajedrez tiene complementos adicionales como lo son la planilla y el reloj, cada uno tiene funciones complementarias a la partida, por ejemplo, las planillas sirven para anotar en un lenguaje alfanumérico a las partidas de ajedrez para un posterior análisis o reproducción con fines didácticos o lucrativos. Todas las planillas poseen los siguientes datos: Título del Torneo, fecha, número del tablero donde se juega la partida, el número de la ronda que se está jugando, los nombres de ambos jugadores y un espacio destinado a anotar los movimientos de manera ordenada. Para anotar las movimientos de ajedrez de manera universal desde ambos bandos se utiliza el siguiente orden: primero se escribe la letra mayúscula de la ficha que se mueve, luego la letra del abecedario donde finaliza la jugada realizada, finalmente se coloca el número de la casilla donde finaliza la jugada realizada. Excepcionalmente si existen dos fichas en la misma columna o fila se debe señalar en la letra donde se empezó la jugada y la letra de destino donde terminó la jugada, con lo cual se puede obtener de manera precisa, y cierta para los fines que se requieran cada una de las partidas que logren anotarse en una planilla. Por otro lado, el aporte que brinda el reloj dentro del ajedrez es limitar en durabilidad a una partida de ajedrez, debido a que, sin algún control específico un jugador podría tomarse horas o días en una sola jugada, mientras que el rival podría tomarse sólo segundos o viceversa. El reloj aparte de brindar un tiempo limitado a una partida de ajedrez, también sirve para determinar el resultado en una partida de ajedrez en determinadas ocasiones, puesto que, si ambos jugadores pueden producir jugadas o movimientos del mismo nivel de producción intelectual sólo uno podrá producir dichos movimientos en menos tiempo, y por este motivo podríamos llamar al reloj como un

mecanismo de desempate entre dos jugadores, un ejemplo de esto es que si a algún jugador se le llegara a acabar el tiempo éste perdería inmediatamente. ROWSON JONATHAN, al referirse al tiempo empleado dentro de la partida señala que *“Está claro que el tiempo es algo más que horas, minutos y segundos, y en ajedrez es importante saber apreciar los momentos clave y la intensidad del juego, cuándo es momento de acelerar y cuando de ralentizar”*¹⁰³, por lo tanto, el tiempo tiene una finalidad decisiva dentro de una partida y cada jugador deberá emplear su tiempo adecuadamente, aunque esto no significa que cada jugador deberá realizar su jugada en el menor tiempo posible, existen jugadas críticas en las cuales es necesario emplear una mayor cantidad de tiempo, quedando a criterio de cada jugador la decisión sobre cuánto tiempo deberá emplear en cada jugada.

Expuesta la finalidad, las fases, los complementos y demás componentes de una partida es conveniente analizar la teoría dentro del ajedrez, la cual es frecuentemente utilizada a la hora de practicar este deporte, a continuación hemos seleccionado algunos de los esquemas teóricos que puedan ilustrar de manera didáctica la relación de los autores con los movimientos de ajedrez que se crearon en su momento, de los cuales muchos ya hubieran caído en dominio público, destacando: la apertura Española o Ruy López, la defensa Francesa y la apertura Catalana o sistema Catalán. Primero, abordaremos la apertura Española, la cual surge tras realizar los movimientos: *“1.e4 e5 2. Cf3 Cc6*

¹⁰³ ROWSON JONATHAN, *Ajedrez para cebras*, (España: La casa del Ajedrez, 2005), p. 118.

3. *Ab5 a6*¹⁰⁴, donde el jugador de fichas blancas plantea dominar el centro a través de la eliminación del Caballo de “c6”, el cual defiende el peón de “e5”, por lo que, el jugador de fichas negras responde en la apertura española con “a6” para obligar al blanco a tomar una decisión, si capturar el Caballo o mantener su presión retirándose hacia un borde del tablero, dentro de este esquema existen posibilidades variadas para ambos jugadores donde el peón de “e5” no puede ser capturado sin que el jugador de fichas blancas sufra un contraataque dentro de los primeros movimientos, este detalle determinará el planteamiento de ambos bandos hasta el final de la partida. La denominación de la apertura Española se le atribuye al clérigo RUY LÓPEZ DE SEGURA que vivió desde 1540 a 1580, el cual popularizó estos movimientos de ajedrez conocidos como apertura española. Al respecto, FRANCO ZENÓN aporta sobre el vínculo de RUY LÓPEZ DE SEGURA con la apertura Española señalando que “*Ruy López era considerado el mejor jugador europeo de su época y ha dado nombre a una de las aperturas más importantes llamada Apertura Española o Apertura Ruy López*”¹⁰⁵, de lo expresado por FRANCO podemos inferir que si bien esta secuencia de movimientos pudo haberse jugado antes, la autoría y popularidad de esta apertura se vinculan a RUY LÓPEZ de manera clara y precisa, por lo que, fue él quien profundizó en la creación,

¹⁰⁴ Secuencia de movimientos característicos realizados en la apertura Española o Ruy López.

¹⁰⁵ FRANCO ZENÓN, *64 posiciones de entrenamiento*, primera edición, (México: Selector 2013), p. 53, https://books.google.com.pe/books?id=-M8bAgAAQBAJ&pg=PA53&lpg=PA53&dq=apertura%20ruy%20lopez%20historia&source=bl&ots=OyBpTjeJs9&sig=K_0pjG7I8hJjHmR77tZyuDPqv4M&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi1lef694_XAhXLkJAKHfpjBwc4FBDoAQhcMAk#v=onepage&q=apertura%20ruy%20lopez%20historia&f=false, (Consultado el 28 de octubre de 2017).

análisis e implementación de nuevas variantes derivadas de esta apertura, resultando que se divulgue, masifique y practique desde que RUY LÓPEZ DE SEGURA la realizó en la mayoría de partidas que disputó durante su vida ajedrecística. En adición a lo anterior, SISTAC HORACIO también reconoce la autoría de apertura española a RUY LÓPEZ DE SEGURA al referir que *“Debe su bautismo, precisamente, a un clérigo español de nombre Ruy López de Safra, oriundo de Extremadura, España, motivo por el cual también se la conoce como Apertura Española”*¹⁰⁶, por lo tanto, existe un consenso histórico y cierto al momento de reconocer o atribuir la autoría de esta secuencia de movimientos conocidos como apertura Española o también llamada apertura Ruy López, apertura que suele ser enseñada o conocida desde los niveles más básicos de los jugadores y es empleada hasta la actualidad por los grandes maestro que posee el ajedrez. Segundo, abordaremos la defensa Francesa, la cual surge tras realizar los movimientos: *“1.e4 e6 2.d4 d5”*¹⁰⁷, es en esta apertura el planteamiento del jugador de fichas negras es atacar el centro desde las primeras dos jugadas con su peón de “d5”, el cual es defendido por el peón de “e6”, por otro lado, el jugador de fichas blancas deberá decidir si captura el peón de “d5” y abre la posición o si realiza la jugada “e5”, avanzando su peón y cerrando el centro del tablero, puesto que los peones centrales de ambos bandos no podrán moverse si llegase a jugarse esa variante. La autoría de la defensa Francesa se les atribuye a los miembros del Club de Ajedrez de Paris que

¹⁰⁶ SISTAC HORACIO, *“Aperturas”*, Cuadernos de ajedrez N°1, enero 2008, p. 1. , http://www.tabladeblandes.com/cuadernos_ajedrez/CdA1-08.pdf , (Consultado el 28 de octubre de 2017).

¹⁰⁷ Secuencia de movimientos característicos realizados en la defensa Francesa.

disputaron un match por correspondencia contra el Club Westminster de Ajedrez de Londres, sobre este encuentro, OSTOS JOSÉ señala que *“La Defensa Francesa forma parte de la familia de las aperturas semiabiertas. Esta defensa recibe su nombre luego de una partida por correspondencia entre Londres y París, jugada entre 1834 y 1836, ganada por los ajedrecistas franceses.”*¹⁰⁸, cabe destacar, que todos los jugadores del Club de París adoptaron esta defensa uniformemente, la cual utilizaron por decisión colectiva de sus miembros, profundizando las distintas variantes y por ende, creando movimientos originales, estratégicos, estructurados y con una secuencia de jugadas profunda en cada una de las partidas que se disputaron en aquel encuentro contra el club londinense. Este hecho histórico sobre la autoría de estos movimientos es abordado por otro comentarista PÉREZ JOSÉ, quien en el conocido blog de *“ajedrez365”*¹⁰⁹, narra estos hechos de manera más precisa aportando los siguientes elementos *“(…) adoptando los parisinos dicha defensa con la que finalmente consiguieron anotarse el triunfo. Pierre C.F. de Saint Amant (1800-1872), uno de los más fuertes jugadores de ajedrez de la época y famoso por sus encuentros con el inglés Stauton en 1843, asesoraba a los parisinos, mientras que, George Walker (1803-1879), notable ajedrecista y autor de numerosos libros de ajedrez, hacía lo propio con los*

¹⁰⁸ OSTOS JOSÉ, *“Ajedrez Integral”*, El Universal, 1 de marzo de 2015, sección Deportes, http://www.eluniversal.com/noticias/deportes/defensa-francesa-1e4_53843#eu-listComments , (Consultado el 28 de octubre de 2017).

¹⁰⁹ Blog de ajedrez, <http://www.ajedrez365.com/> , (Consultado el 27 de octubre de 2017).

londinenses”¹¹⁰, por lo que, podemos inferir que la creación de estos movimientos de ajedrez y el nombre que recibieron estos movimientos provino del esfuerzo intelectual desempeñado en cada una de sus partidas por los miembros del Club de Ajedrez de Paris. Actualmente, la vigencia de esta defensa sigue en pie, y es frecuentemente utilizada tanto en la élite como en el resto de jugadores. Tercero, abordaremos la apertura Catalana o sistema Catalán que surge de realizar los movimientos “d4”, “c4” y “g3” por parte del jugador de las fichas blancas, donde el Alfil de casillas blancas se desarrollará por la casilla “g2” y se propondrá el ataque sobre el centro utilizando tanto los peones como las fichas ligeras, cabe destacar que dentro de la apertura Catalana se suele repetir las primeras cinco o seis jugadas sin importar lo que juegue el rival pero a medida de que avance la partida se deberán desarrollar planes diferentes y estratégicos según como responda el jugador de fichas negras. Sobre esta apertura, SISTAC HORACIO narra algunos elementos históricos sobre el origen de esta apertura y sobre su autor SAVIELLY TARTAKOWER y señala que *“en oportunidad de disputarse el Torneo de Barcelona del año 1929, los organizadores solicitaron a Savielly Tartakower la creación de una nueva variante que sirviera de homenaje a la tradición ajedrecística de la región de Catalunya, derivando por ello en este esquema que se ha dado en bautizar Apertura Catalana.”*¹¹¹, sobre este Torneo, se sabe que S.

¹¹⁰ PÉREZ JOSÉ, *Aperturas de ajedrez – Origen del nombre de Defensa Francesa*, ajedrez365, marzo 2007, <http://www.ajedrez365.com/2007/03/aperturas-de-ajedrez-origen-del-nombre.html>, (Consultado el 28 de octubre de 2017).

¹¹¹ SISTAC HORACIO, *“Aperturas”*, Cuadernos de ajedrez N° 39, marzo 2011, http://www.tabladeblandes.com/cuadernos_ajedrez/CdA39-11.pdf, (Consultado el 27 de octubre de 2017).

TARTAKOWER utilizó la apertura Catalana durante todo el torneo realizando los movimientos “d4”, “c4” y “g3”, movimientos que son realizados hasta la fecha con algunas mejoras pero manteniendo el mismo esquema de la estructura de peones. Al respecto, todas las referencias históricas sobre el origen de esta apertura existe un consenso en atribuirle la autoría a SAVIELLY TARTAKOWER, el cual vivió desde 1887 hasta 1956, otra de las referencias que han pasado a la historia es el hecho de que a la apertura Catalana se le conoce como “*la apertura de los 150 pesetas*”¹¹², puesto que, ese fue el premio por crear unos movimientos creativos y con carácter estratégico capaces de obtener la victoria sobre el rival, es así que, TRAVESSET JOAQUIM en el blog de “*ajedrez365*”¹¹³ que narra los acontecimientos históricos en los cuales se desarrolló el Torneo de Barcelona en 1929 refiriendo que “*Francesc Armengol concedió un premio de 150 pesetas a quién utilizara en la final este tipo de apertura-dio una gran trascendencia al torneo y pasó a ser, y es, una de las líneas más utilizadas en la actualidad*”¹¹⁴, de esta manera J. TRAVESSET añade a otra persona estrechamente involucrada en la creación de los movimientos originales de la apertura Catalana que fueron innovadores para su época. Por lo tanto, podemos concluir que el autor de la apertura Catalana es SAVIELLY TARTAKOWER, al cual se le atribuye la creación de esta

¹¹² A la apertura Catalana se le conoce como la apertura de las 150 pesetas por ser el premio que otorgó FRANCESC ARMENGOL por crear estos movimientos con motivo de un Torneo realizado en Barcelona.

¹¹³ Blog de ajedrez, <http://www.ajedrez365.com/>, (Consultado el 27 de octubre de 2017).

¹¹⁴ TRAVESSET JOAQUIM, *Torneo Internacional de Ajedrez, Exposición de Barcelona 1929, gran triunfo de Capablanca*, ajedrez365, mayo 2013. <http://www.ajedrez365.com/2013/05/torneo-internacional-de-ajedrez-exposicion-de-barcelona-1929.html>, (Consultado el 27 de octubre de 2017).

apertura recibiendo un total de 150 pesetas por la creación y divulgación de estos movimientos originales y estratégicos de jugar el peón de Dama “d4”, en adición con “c4” y “g3”, movimientos que en la fecha que se crearon fueron novedad dentro de la teoría del ajedrez. Actualmente, la Catalana persiste en el repertorio de muchos jugadores entre los distintos niveles de jugadores, ya sean aficionados, jugadores de clubes o jugadores profesionales.

Expuesto lo anterior, es preciso señalar que las aperturas, defensas y demás esquemas o estructuras escogidas por los ajedrecistas obedecen a patrones limitados, por lo que, es conveniente analizar la factibilidad de partidas únicas e irrepetibles dentro del ajedrez, es así que, CLAUDE SHANNON, en un artículo cuya finalidad tenía desarrollar los conceptos por los cuales se podría programar a una computadora para jugar ajedrez determinó que *“However, even at this figure there will be 10^{120} variations to be calculated from the initial position.”*¹¹⁵, cuya expresión en español refiere a la existencia de 10^{120} partidas únicas e irrepetibles del ajedrez, dentro de las cuales se calcula que alrededor de entre 500 y 1000 ya pudieron haber caído en dominio público por la cantidad de años que llevan practicándose posterior a la muerte de los autores o beneficiarios de muchas de las aperturas o defensas dentro del ajedrez. Asimismo, si bien la apertura o defensa escogida por un jugador de ajedrez, sea alguna conocida o

¹¹⁵ CLAUDE SHANNON, “XXII. Programing a Computer for Playing Chess”, Philosophical Magazine Ser.7, Vol. 41, N° 314, march 1950, p. 4, http://archive.computerhistory.org/projects/chess/related_materials/text/2-0%20and%202-1.Programming_a_computer_for_playing_chess.shannon/2-0%20and%202-1.Programming_a_computer_for_playing_chess.shannon.062303002.pdf, (Consultado el 26 de octubre de 2017).

por conocerse, no determina el resultado de una partida de ajedrez pero si es determinante el total de movimientos sumados a un esfuerzo estratégico y original, demostrando así la originalidad y producción intelectual que conlleva cada partida de ajedrez jugada. Por lo tanto, existen casi infinitas maneras de empezar las primeras jugadas, así como también existen infinitas posibilidades de responder a tales jugadas, las cuales determinarán que cada partida de ajedrez jugada sea única e irrepetible.

Una partida de ajedrez tiene otros elementos, como lo son el esfuerzo mental, el esfuerzo físico, entrenamiento previo y el factor psicológico como aspectos que juegan un rol determinante antes, durante y después de cada partida de ajedrez.

Primero hablaremos del esfuerzo mental, este elemento es que le otorga mayor relevancia a la actividad ajedrecística, puesto que de esto depende la originalidad y calidad de los movimientos que se realicen, así como la producción intelectual que desarrolle el jugador durante la partida. Durante la partida la planificación de movimientos va directamente proporcional al esfuerzo que realicemos, sobre este aspecto, GRIVAS EFSTRATIOS refiere lo siguiente “(...) es importante identificar los elementos estratégicos y tácticos más importantes de cada posición concreta. Según las necesidades de tal posición, trazaremos nuestro plan y nos atenderemos al mismo”¹¹⁶, por tal motivo, la producción intelectual así como la originalidad deberán

¹¹⁶ GRIVAS EFSTRATIOS, *Planificación en el ajedrez moderno*, (España: La Casa del Ajedrez, 2007), p.7.

desarrollarse primero en la mente del autor y luego exteriorizarse secuencialmente sobre el tablero, dado que, son los jugadores lo que deciden voluntariamente ejecutar sus planes, donde gana aquel que logra desarrollar el mejor plan estratégico para vencer al rival, eliminando de esta manera el azar a la hora de crear movimientos originales. Asimismo, jugar una partida de ajedrez desgasta la mente, ya sea en alguna partida de poca o larga duración, o alguna partida amistosa, competitiva o profesional. Las partidas amistosas que suelen realizarse en cualquier parte, sea un ambiente cerrado o abierto, público o privado, suelen durar poco tiempo, mientras que una partida competitiva del más alto nivel dura alrededor de tres a cuatro horas. Evidentemente, la partida competitiva o profesional desgasta la mente en mayor medida que una partida que no lo es por valor intelectual que suele crearse durante el desarrollo de esta. Adicionalmente a esto, existen torneos que se realizan a lo largo de un solo día, en el que se suele jugar cinco o siete partidas, las cuales dejan la mente exhausta por la cantidad de tiempo empleado a lo largo de todo el torneo, Por lo expuesto, se puede concluir que el valor de originalidad y producción intelectual de los movimientos de ajedrez va en proporción directa con el esfuerzo mental a realizarse durante la partida.

Segundo, el esfuerzo físico que se realiza dentro de toda actividad ajedrecística es bajo en comparación a otros deportes por el sedentarismo que requiere pero es necesario entrenar el cuerpo para que sea capaz de estar sentado por minutos u horas sin que esto afecte el desempeño del jugador durante la partida. Usualmente, los jugadores que tienen problemas físicos para mantener una misma posición o no están correctamente ejercitados físicamente muestran menor concentración y rendimiento

frente a quienes si están correctamente ejercitados físicamente, si bien esto no juega un papel decisivo en todas las partidas, si juega un papel decisivo en relación a las partidas de larga duración o a largas jornadas de partidas como lo son los torneos o competiciones extensas como el campeonato por el título mundial, la copa del mundo, torneos interuniversidades, entre otros.

Tercero, el entrenamiento previo, es sin duda, la manera correcta de prepararse frente al esfuerzo mental al cual se someterá un jugador de ajedrez. Sobre esto, GRAU ROBERTO señala que *“Por su índole, el ajedrez es enteramente un juego de habilidad, que es el órgano del juego, se desarrolla con la práctica y con el estudio, no habiendo casos en que la maestría haya sido alcanzada con la mera práctica ni con sólo el estudio”*¹¹⁷, debido a esto, se deberá destinar tiempo exclusivo para entrenar y practicar, para ello, se puede utilizar un entrenador o instructor, un libro, un programa de computadora capaz de entrenar la mente o el desempeño del jugador, un compañero con mayor nivel que sirva de sparring o tutor. Por lo expuesto en este elemento, el entrenamiento previo impactará decisivamente una partida, si algún jugador entrena más tiempo en su casa, estará en mejores condiciones de crear movimientos más originales y estratégicos a la hora de desarrollar su partida.

¹¹⁷ GRAU ROBERTO, *Cartilla de ajedrez*, sexta edición, (Argentina: Editorial Sopena Argentina, 1956), Buenos Aires, p. 7.

Finalmente, el cuarto elemento es el factor psicológico, el cual juega un papel fundamental durante una partida de ajedrez, este factor impacta a la hora de crear obras intelectuales, puesto que, influye en las decisiones de cada jugador. El factor psicológico puede presentarse durante la partida, al momento en el que un jugador cree que tácticamente está perdido jugará en función a ese pensamiento, limitando la capacidad de producción intelectual y originalidad, por el contrario, si algún jugador estuviera tácticamente perdido y cree que tiene posibilidades de ganar, jugará con una mentalidad positiva, luchando por crear movimientos originales o estratégicos en lo que quede de partida. No debemos olvidar que una partida es jugada usualmente por dos jugadores que son personas humanas y como tales cometen imprecisiones o errores, los cuales deberán ser aprovechados cualquier bando para crear movimientos originales con una finalidad estratégica para lograr dar jaque mate al rival. El factor psicológico afecta a todos los elementos del ajedrez, ROWSON JONATHAN refiere lo siguiente *“la psicología lo impregna todo en ajedrez, desde la forma en que aprendemos las jugadas, hasta la forma en que percibimos el tablero, pasando por la forma en que pensamos acerca de la partida, en relación con el resto de nuestras vidas”*¹¹⁸, entendiendo a la psicología como un elemento que influye dentro y fuera de una partida de ajedrez, aunque este elemento se encuentra presente en el deporte del ajedrez es preciso recordar que no afecta a todos los jugadores por igual, puesto que, un jugador podría escoger un planteamiento totalmente novedoso sobre el cual no se han realizado muchos avances

¹¹⁸ ROWSON JONATHAN, *Ajedrez para cebras*, (España: La casa del Ajedrez, 2005), p. 144.

teóricos o crear los movimientos durante el desarrollo de la partida y por ende impactar psicológicamente en su adversario. Para ROWSON JONATHAN *“Los jugadores de ajedrez, al ser humanos, son “creadores de significado” y esto explica por qué su enfoque del ajedrez se describe de forma más precisa como psico-lógico que como lógico”*¹¹⁹, lo que este autor intenta explicar es que muchas de las decisiones tomadas y surgidas durante una partida tienen cierta carga psicológica mezclada con la lógica en función sobre lo que ocurra dentro del tablero pero esta carga psicológica se reduce mientras más avance la partida, puesto que, al existir menos piezas sobre el tablero el juego se vuelve más objetivo que subjetivo, donde el jugador podrá crear planteamientos más precisos al existir menor cantidad de piezas.

Luego de haber analizado los elementos que juegan un rol dentro del deporte del ajedrez hay que recordar que este deporte está regulado por la FIDE, la cual se ha encargado de recopilar, normar y establecer los criterios por los cuales se debe realizar una partida, un torneo o un match de ajedrez. Estas normas regulan el comportamiento de los jugadores, las sanciones, las situaciones en las que debe intervenir el árbitro y las directrices por las cuales se decidirá en caso de surgir algún problema o suceso que comprometa a la partida o a los jugadores. Por lo tanto, la regulación de la FIDE puede albergar ciertos vacíos que deberán resolverse caso por caso.

¹¹⁹ ROWSON JONATHAN, *Ajedrez para cebras*, (España: La casa del Ajedrez, 2005), p. 45.

2.5.1. Algunas de las partidas más importantes del siglo XX.

2.5.1.1. Bobby Fischer vs Boris Spassky

La presente partida de ajedrez fue realizada en Belgrado, en 1992 entre el famoso Bobby Fischer y su eterno rival Boris Spassky. Esta partida fue un encuentro amistoso entre estos antiguos titanes que demostrarían que pese a encontrarse décadas después de sus primeros enfrentamientos donde se disputó el título mundial en la década del 70', se encontraban en perfecta forma para desarrollar un espectáculo tremendo de estrategia y creatividad sobre el tablero.

Partida:

1. e4 e5 2.Cf3 Cc6 3.Ab5 a6 4.Axc6 dxc6 5.0-0 f6



Diagrama 1, Fischer vs Spassky, obtenido de www.chess24.com

Esta partida se juega en los lineamientos de la apertura española o también llamada Ruy López, variante del cambio, sub variante Gligoric¹²⁰, este planteamiento de la

¹²⁰ Apertura española, <https://chesstempo.com/gamedb/opening/2420> , (Consultado el 09 de Octubre de 2017).

apertura gira en torno del dominio del centro del tablero para posteriormente generar ataques hacia donde se encuentre el Rey de ambos bandos.

6. d4 exd4 7.Cxd4 c5 8.Cb3 Dxd1

El planteamiento de Spassky es claro, expulsar el Caballo de d4 para ganar espacio en el centro, luego cambiar Damas y guardando las posibilidades de enrocarse largo debido a que cuenta con mayoría de peones en el flanco de Dama, los cuales podrán brindarle una mayor capacidad defensiva en ese sector del tablero. En la actualidad, existen mejores variantes y continuaciones, producto de la creación y elaboración de mejores movimientos descubiertos, los cuales son practicados por muchos ajedrecistas que gustan de la Ruy López pero para la década de los 90's este era un planteamiento sólido capaz de jugarse en la élite del ajedrez.

9. Txd1 Ag4 10.f3 Ae6

La intención de Ag4 es obvia pero tiene el propósito de generar debilidades en el enroque de Fischer, los cuales serán explotados si Fischer no logra generar debilidades a su rival.

11. Cc3 Ad6 12.Ae3 b6

Tras Ae3 se ha generado la siguiente situación: cada jugador ha desarrollado sus piezas, lo cual colabora con uno de los principios universales del ajedrez, el principio de desarrollo, pero lo que realmente se destaca es capacidad intelectual de Fischer de generar presión sobre el peón de "c5" y que su rival decida si elige defender el peón y

durante su ataque, lo cual sumado al plan estratégico, estructurado y creativo de Fischer serán determinantes para el desenlace de la partida.

19. Cbxc5 Ac8

Luego de Cbxc5, objetivamente Spassky está perdido porque si intentase capturar con el peón seguiría 19. ... bxc5 20. Txa6+ Rc7 21. Txe6 ganando las negras. Por lo tanto, lo único que le queda a Spassky es intentar defenderse con 19. ... Ac8 descartando toda posibilidad de contraataque durante los próximos movimientos.

20. Cxa6 fxe5 21.Cb4+ y Spassky se rindió. Resultado 1-0



Diagrama 3, Fischer vs Spassky, obtenido de www.chess24.com

Tras Cb4+ Spassky se rindió porque las tres posibles casillas para el Rey son perdedoras, analicemos el trabajo intelectual de Fischer para calcular estas tres variantes y prever su futura victoria:

Opción a) 21. ... Rb7 22. Cd6+ Rb8 23. Cf7 ganando en la siguiente jugada la Torre de "h8" inevitablemente.

Opción b) 21. ... Rc7 22. Ta7+ Ab7 23. Txb7+ Rxb7 24. Cd6+ Rc7 25. Cf7 ganando nuevamente en la siguiente jugada la Torre de “h8”.

Opción c) 21. ... Rd7 22. Td1+ Rc7 23. Td6 Cf6 24. Axb6+ Rb8 25. Cc6+ Ra8 26. Txd8 Cxe4 27. fxe4 , Obteniendo de esta manera ventaja decisiva para el jugador de fichas blancas.

Todas las demás variantes al ser inferiores y carecer de relevancia estratégica perderían igualmente.

Cabe resaltar la capacidad intelectual de Bobby Fischer para generar debilidades en el juego de su oponente Boris Spassky y explotarlas hasta lograr algún beneficio o ventaja que lo conduzca a la victoria. Fischer demuestra no solo el poder creativo y estratégico que tiene, además, demuestra la capacidad de un juego único e irrepetible, capaz de doblegar a otros jugadores de la élite como Spassky. Finalmente, el conocimiento que puede aportar este conjunto de movimientos creados por Fischer es innegable y ampliamente verificable a través de la planilla que ha inmortalizado a estos dos jugadores, tanto deportiva como históricamente.

2.5.1.2. Donald Byrne vs Bobby Fischer

La presente partida de ajedrez fue realizada en Nueva York, EE.UU. en 1956 entre Donald Byrne y uno de los mejores exponentes del deporte ciencia del ajedrez Bobby

Fischer, el cual era aún un adolescente en aquel momento. En esta partida se puede apreciar el control del centro a través de otras piezas de largo alcance como los Alfiles, también se puede apreciar el esfuerzo intelectual al crear un ataque preciso, estructurado y fulminante siguiendo los principios orientadores del ajedrez sumados a la originalidad en la forma de ejecución de su plan.

Partida:

1. Cf3 Cf6 2. c4 g6 3. Cc3 Ag7 4. d4 0-0



Diagrama 4, Byrne vs Fischer, obtenido de www.chess24.com

La partida empieza en los lineamientos del peón de Dama, que en esta partida fue jugado por Donald Byrne, asimismo, se desarrollan las fichas menores conforme los principios universales del ajedrez por parte de ambos jugadores, apuntando hacia el centro con estas fichas ya desarrolladas, trasponiéndose luego de cuatro jugadas hacia un esquema similar a una Defensa India de Rey¹²¹, en estos tipos de defensas es usual

¹²¹ Defensa India de Rey, <https://chesstempo.com/gamedb/opening/1193>, (Consultado el 25 de octubre de 2017).

que el jugador de fichas blancas se desarrolle por el flanco de Dama y el jugador de fichas negras se desarrolle por el flanco de Rey, por lo que este esquema siempre representa un juego táctico muy preciso por ambos jugadores para evitar llegar a una posición incómoda con pocas opciones a atacar y/o a ganar.

5. Af4 d5 6. Db3 dxc4

Byrne desarrolla su alfil de casillas negras, a lo que Fischer responde con d5 luchando por el centro, luego de esto, Byrne realiza una jugada no muy precisa, pues mueve su Dama muy tempranamente, lo cual podría tener consecuencias si Fischer consigue realizar un ataque creativo y táctico sobre la Dama enemiga utilizando sus fichas menores, aprovechando así la iniciativa para generar complicaciones para su rival.

7. Dcx4 c6 8. e4 Cbd7 9. Td1 Cb6

Y Fischer ha conseguido atraer la Dama enemiga hacia el centro a través de cambiar un peón central por uno lateral, luego de realizar un esfuerzo mental significativo empieza el ataque sobre la Dama de Byrne, obligándolo a retirar su Dama del centro y justificando los dos movimientos de su Caballo, por lo tanto, el objetivo de Fischer debe ser crear movimientos destinados a atacar, dominar el centro y obligar a Byrne a solo jugar su Dama.

10. Dc5 Ag4 11. Ag5? Ca4!

será posible 12. Cxa4 seguido de 12. ... Cxe4 13. Axe7 Te8 14. Axd8 Cxc5+ 15. Ae2 Cx4 16. Ag5 Axf3 17. gxf3 Cxb2 18. Tb1 Axd4 19. Ae3 Axe3 20. fxe3 Ca4 21. Txb7 Txe3 22. Rf2 Tc3 quedando Fischer con dos peones de ventaja, siendo uno de estos un peón pasado, y por ende, en una posición muy ventajosa que lo llevaría hacia la victoria gracias a un juego estratégico superior.

12. Da3 Cxc3 13. bxc3 Cxe4! 14. Axe7 Db6 15. Ac4 Cxc3!

Fischer realiza otra excelente jugada original en esta posición, captura el peón de “c3”, dejando débil al peón de “d4” y generando que el Caballo de c3 sea imposible de capturar, puesto que, si Byrne juega 16. Dxc3 sigue Tae8 clavando el Alfil de e7 y recapturándolo en las próximas jugadas sumado a un ataque fulminante al Rey blanco que aún se encuentra en el centro de la estructura de las fichas blancas.

16. Ac5 Tfe8+ 17. Rf1 Ae6!! 18. Axb6 Axc4+



Diagrama 6, Byrne vs Fischer, obtenido de www.chess24.com

Fischer vuelve a sorprender a su rival con 17. ... Ae6, otra jugada original en esta posición, sacrificando su Dama para lograr una ventaja decisiva sobre su rival, evitando toda opción a responder el ataque que se realizará, motivo por lo cual es admirable la capacidad de cálculo de movimientos de jugadas y el análisis a cada una de las variantes que demostraba Fischer en su momento, una capacidad precisa de crear movimientos únicos, originales, creativos y estratégicos que sólo Fischer poseía en su época, lo cual le permitía superar a rivales de élite contemporáneos.

19. Rg1 Ce2+ 20. Rf1 Cxd4+ 21. Rg1 Ce2+ 22. Rf1 Cc3+ 23. Rg1 axb6 24. Db4 Ta4

Fischer hace gala de su capacidad de cálculo y obliga a su rival a realizar movimientos únicos o forzados, mientras que él domina la posición colocando cada vez más piezas en capacidad de atacar o rematar al Rey rival si este lo permite.

25. Dxb6 Cxd1 26. h3 Txa2 27. Rh2 Cxf2 28. Te1 Txe1 29. Dd8+ Af8 30. Cxe1 Ad5 31. Cf3 Ce4 32. Db8 b5



Diagrama 7, Byrne vs Fischer, obtenido de www.chess24.com

En este momento, Fischer ha cambiado su Dama por dos Alfiles y una Torre y ha logrado, de momento, cubrir sus debilidades cerrando la última fila con Af8, además, ha elaborado una coordinación entre todas sus demás piezas haciendo que estas se defiendan entre sí y que ocasionen en el rival futuras debilidades si este intentase ganar, lo cual sería aún más riesgoso pero provechoso para Fischer. Byrne gracias a un juego poco estratégico se ha visto en la necesidad de encerrar a su Rey entre dos peones y un Caballo para lograr mitigar el ataque que sufría pero el plan de Fischer es claro en esta posición, realizar movimientos con los peones de “b5” y “c6” y promocionarlos a Dama o la ficha que necesite para ganar esta partida.

33. h4 h5 34. Ce5 Rg7 35. Rg1 Ac5+

Luego de la jugada 35, Byrne se ha colocado en una secuencia de jugadas que lo llevarán en recibir jaque mate por parte de Fischer inevitablemente, los motores de análisis más exactos refieren menos de diez jugadas hacia el jaque mate inevitable.

36. Rf1 Cg3+ 37. Re1 Ab4+ 38. Rd1 Ab3+ 39. Rc1 Ce2+ 40. Rb1 Cc3+ 41.
Rc1 Tc2++ 0-1

Luego de Cg3+ los movimientos son únicos para Byrne, este se resigna y entra en la red de mate elaborada por los movimientos originales con carácter estratégico de Fischer. Lo más destacable en esta partida es la capacidad de Fischer de elaborar planes estratégicos originales, atrayendo al rival hacia donde él quiere que vaya y si su rival

no es cauto será susceptible de un ataque fulminante como lo desarrollado en esta partida. Finalmente, Fischer nos demuestra que crear movimientos únicos y originales es factible si utilizamos nuestro ingenio como seres humanos únicos e irrepetibles para elaborar planes con la finalidad de dar jaque mate al rival.

2.5.1.3. Emanuel Lasker vs José Raúl Capablanca

La presente partida de ajedrez se fue realizada en la Habana, Cuba en 1921, entre uno de los mayores defensores de reconocer los derechos de autor sobre las partidas de ajedrez Emanuel Lasker contra uno de los mejores exponentes del ajedrez el gran José Raúl Capablanca, el cual tenía una manera brillante a la hora de realizar sus jugadas, siendo uno de los primeros en establecer los principios sobre los cuales recae el ajedrez. Esta partida fue disputada en medio del match por el título mundial, en el que E. Lasker perdería el título de campeón mundial frente a un joven brillante J. R. Capablanca, el cual impactaría en la teoría del ajedrez desde aquella época hasta la actualidad.

Partida:

1. e4 e5
2. Cf3 Cc6
3. Ab5 Cf6
4. O-O d6
5. d4 Ad7
6. Cc3 Ae7
7. Axc6 Axc6



Diagrama 8, Lasker vs Capablanca, obtenido de www.chess24.com

Esta partida se desarrolla en los lineamientos de la apertura Española, defensa Berlinesa antigua, sub variante Showalter¹²², en el cual Lasker lucha por el control del centro con sus peones protegidos por sus piezas menores, mientras que Capablanca intenta luchar por el centro utilizando sus fichas menores y un solo peón en el centro del tablero. Luego de una apertura teórica para la época Lasker cede voluntariamente la pareja de alfiles para intentar dominar el centro luego del cambio de piezas eliminando al Caballo que se encontraba en la casilla “c6”.

8. Dd3 exd4 9. Cxd4 Ad7 10. Ag5 O-O 11. Tae1 h6 12. Ah4 Ch7 13. Axe7
Dxe7

Lasker desarrolla su Dama tempranamente con el objetivo de no perder el dominio de las casillas blancas que acaba de perder temporalmente debido al cambio de Alfil por

¹²² Apertura Española, Defensa Berlinesa: <https://chesstempo.com/gamedb/opening/2350> , (Consultado el 08 de octubre de 2017).

Caballo, además, Lasker aprovecha la ubicación del Alfil de casillas blancas de Capablanca para centralizar su Caballo en “d4”, obligando así a su rival a retirarse del centro por el momento. Luego del transcurso de los movimientos de ambos jugadores hasta la jugada 13 se puede apreciar que es Lasker quién ha obtenido el dominio del centro del tablero, posicionándose hasta el momento de mejor manera que Capablanca.

14. Cd5 Dd8 15. c4 Te8

Lasker a través de un planteamiento estratégico logra colocar su otro Caballo en “d5” centralizándolo y obligando a su oponente a retroceder, además empieza a ganar espacio con la jugada “c4” con el objetivo de dejar a su rival sin espacio para poder desarrollar sus planes.

16. f4 c6 17. Cc3 Db6 18. b3 Tad8



Diagrama 9, Lasker vs Capablanca, obtenido de www.chess24.com

En esta posición, Capablanca ha logrado hacer retroceder a su rival debido a la creatividad de debilitar su estructura de peones como medida de compensación, un factor que sin duda será clave para ambos jugadores, por un lado le otorga nuevos objetivos para que Lasker pueda atacar, y por otro lado, le concede la capacidad de contrataque a Capablanca. Terminada la jugada 18 ambos se encuentran en un punto en el que el jugador que ejecute su planteamiento estratégico antes que su rival podrá obtener la iniciativa en el ataque y con mayores opciones de lograr la victoria, aunque para esto será necesario ejecutar movimientos estructurados, estratégicos y originales que superen los realizados por el rival.

19. Rh1 Cf6 20. h3 Ac8 21. Td1 Te7 22. Tfe1 Tde8 23. Te2 Da5 24. Tf1 Dh5

Luego de realizar varias maniobras, Capablanca consigue ejercer presión sobre el centro del tablero, de manera tal que desvía la atención de su rival y realiza un plan creativo trasladando su Dama hasta el otro borde del tablero donde empieza a preparar sus piezas para atacar al Rey enemigo. Por otro lado, Lasker tiene la ventaja de espacio pero no ha podido concretar un ataque efectivo sobre su rival y a pesar de que la partida está igualada, ha perdido la iniciativa en el ataque por los movimientos estratégicos de su rival.

25. Rg1 a6 26. Tff2 Dg6 27. Tf3 Dh5 28. f5 Dh4 29. Rh2? Cg4+



Diagrama 10, Lasker vs Capablanca, obtenido de www.chess24.com

Lasker y Capablanca han conseguido llegar a una posición igualada hasta la jugada 28, ambos han intentado mejorar el posicionamiento de sus piezas a tal punto que una sobreextensión o error en el cálculo podría implicar una derrota, es así que Lasker en la jugada 29 comete una imprecisión colocando a su Rey en una casilla vulnerable al ataque por parte de las piezas negras. Cabe resaltar que, cometer una imprecisión no otorga la victoria automáticamente al rival, por lo tanto, se deberá ver la combinación o movimientos estructurados que en su conjunto logren derrotar al jugador contrario, es en esta posición que Capablanca juega 29. ... Cg4+ preparando un futuro y estratégico ataque doble sobre su rival y obteniendo una ventaja de calidad que deberá explotarla si desea ganar la partida.

30. Rh1 Ce5 31. Dd2 Cxf3 32. Cxf3 Df6

Capablanca ha logrado su primer objetivo de la partida al obtener una ventaja de calidad gracias a un conjunto de movimientos originales aprovechando la posición de Lasker, ahora tras 32. Cxf3 Capablanca se ve obligado a retirarse momentáneamente para

reagrupar sus piezas y elaborar otro ataque sobre su rival. Mientras que Lasker se ve obligado a jugar en una posición desventajosa por no escoger el mejor plan en una posición crítica.

33. a4 g6 34. fxg6 fxg6 35. Te3 Af5

En este momento Capablanca tiene un solo objetivo en mente, cambiar todas las fichas para que la posición de su rival empiece a mostrar cada vez más debilidades, sin duda una idea brillante y original. La jugada “Af5” es una trampa creada por Capablanca porque si 36. exf5 Txe3, Capablanca obtendría una ventaja decisiva para determinar el resultado la partida.

36. Dd3 g5 37. Cd2 Ag6

La posición de Lasker empeora jugada tras jugada, puesto que no puede defender todas las debilidades que le ha creado Capablanca realizando movimientos estructurados liderados por un planteamiento a largo plazo, adicionalmente, Lasker comete una imprecisión, puesto que era un poco mejor 37. Cd4 Ag6 38. Tf3 Dg7 39. Tf1 Axe4 40. Cxe4 Txe4 41. Cf5 Df6 42. Dxd6 Dxd6 43. Cxd6 aunque seguramente Lasker no escogió esta idea por quedar inferior en el final de la partida.

38. b4 De6 39. b5 axb5 40. axb5 Ta8



Diagrama 11, Lasker vs Capablanca, obtenido de www.chess24.com

Tras Ta8 Capablanca vuelve a cambiar de plan aprovechando que la columna “a” se ha abierto y esto ha creado a su vez, nuevos problemas para Lasker, puesto que su rival ha encontrado la combinación de jugadas que le permitirán atacar al Rey de manera decisiva. Lasker no solo tiene la obligación de defender a los peones de “b5”, “c4” y “e4” ahora tiene que elegir los movimientos correctos para defender a su Rey sin dejar de defender a las piezas ya mencionadas, una tarea titánica aún para el intelecto de Lasker en esta posición.

41. Db1 De5 42. De1 Rh7 43. bxc6 bxc6

Lasker ha encontrado una solución a sus problemas, cambiar peones y destinar a su Dama a la protección de la fila “1”, sin duda ha quedado con un juego pasivo y sin opciones a luchar por la victoria. Capablanca ha realizado movimientos creativos y originales destinados a obtener un mejor posicionamiento, y a su vez, doblegar a las piezas de su rival.

44. Dg3 Dxc3 45. Txg3 Ta3 46. Rh2 Tb7 47. c5 dxc5

Lasker escoge cambiar Damas para aliviar la presión que tiene sobre el tablero, mientras que Capablanca utiliza los movimientos de su oponente a su favor, creando nuevos objetivos para presionar y atacar. Lasker entrega un peón con la estrategia e intención de bloquear la posición del rival para no permitir que genere un peón pasado, el cual sería mortal en la situación que se encuentra.

48. Cc4 Ta1 49. Ce5 Tc1 50. h4 Te7



Diagrama 12, Lasker vs Capablanca, obtenido de www.chess24.com

Lasker intenta crear una última amenaza con moviendo su peón a “h4” pero Capablanca crea la combinación de movimientos ganadora en esta posición.

51. Cxc6 Te6 52. Cd8 gxh4

Capablanca hace gala de su capacidad de realizar movimientos estratégicos hasta el final de su partida, puesto que no sirve 53. Cxe6 hxg3+ 54. Rxc3 Txc3 55. Rf4 c4 ganando casi en el acto.

su carrera ajedrecista, debido a esto, los únicos ajedrecistas que pueden vivir de su carrera ajedrecista a nivel mundial resultan ser los diez o veinte primeros ajedrecistas a nivel mundial, lo cual establece desincentivos para los ajedrecistas en todo el mundo a la hora de dedicarse a este deporte seriamente y prefieren optar por alguna carrera tradicional privando así a muchos talentos que podrían descubrirse, puesto que, no existe ningún reconocimiento pecuniario ni legal por los avances en teoría de ajedrez. Al respecto, WATSON JOHN afirma que *“Aunque la teoría ajedrecística moderna ha avanzado tremendamente desde el tiempo de los tempranos maestros, no lo ha hecho de una forma simplista, basada en reglas”*¹²³, refiriéndose que los avances producidos en materia ajedrecística han logrado una evolución que no se ha visto promocionado ni por normas ni por incentivos pecuniarios, por lo que, todo avance se ha hecho en mérito de una mayor comprensión de este deporte y un mejor desempeño dentro de él.

En adición a lo anterior, ubicarse dentro del top 10 dentro de los países de Latinoamérica no crea incentivos suficientes para que dichos ajedrecistas se dediquen a este deporte como carrera o como forma de vida, esta misma situación se repite para todos los países que no son potencias ajedrecísticas, lo cual se convierte en un desincentivo a nivel global. Por lo tanto, el único incentivo real con el que cuentan muchos ajedrecistas es la satisfacción personal y el apoyo limitado de las Federaciones

¹²³ WATSON JOHN, *Los secretos de la estrategia moderna en ajedrez*, (España: La casa del ajedrez, 2002), p. 11.

que no logra cubrir los gastos y sacrificios que hace un ajedrecista a lo largo de su carrera.

Expuesta la realidad, es pertinente enumerar las razones por las cuales los movimientos de ajedrez merecen ser protegidos por el Derecho de autor. Primero, es justo que una persona perciba los beneficios económicos, morales y legales por la creación de una obra. Segundo, fomenta la difusión y masificación de este deporte atrayendo a nuevos talentos. Tercero, implementaría normas que puedan regular la relación existente entre la propiedad intelectual y el ajedrez, de manera tal que ningún tercero pueda obtener algún provecho en su beneficio por la creación de otro. Cuarto, permite que se generen nuevos trabajos de investigación con base a la postura planteada en esta tesis.

CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de señalar, explicar y desarrollar los conceptos legales, deportivos, las posturas doctrinales y demás conceptos pertinentes es preciso realizar un análisis de los movimientos de ajedrez y posteriormente de nuestra hipótesis de investigación que quedó fijada en los siguientes términos: deben reconocerse derechos de autor sobre los movimientos de ajedrez debido a que cumplen con los requisitos para ser considerados obras: son una creación intelectual personal y tienen un grado muy alto de originalidad, la cual analizaremos en función a las posturas doctrinales escogidas, las cuales son la Teoría del Derecho de la Personalidad, el Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual y la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales. Asimismo, demostraremos nuestra hipótesis en función a dos criterios, primero, analizaremos los requisitos de una obra expuestos en el punto 2.4.1.3., los cuales se desarrollarán en función a cada Teoría escogida. Segundo, analizaremos la hipótesis planteada, sometiendo la mencionada hipótesis a los lineamientos de las Teorías escogidas para determinar la factibilidad de su protección a través de cada una de estas.

3.1. Análisis de los movimientos de ajedrez

Expuesta la realidad en el punto 2.5.2. de la presente investigación, es pertinente analizar si una persona sea ajedrecista o no puede ser reconocido como autor de movimientos de ajedrez y por otro lado, es necesario determinar si los movimientos de

ajedrez en sí califican como obra en relación a los requisitos establecidos por el Decreto Legislativo 822. El mencionado Decreto reconoce como autor a la “*Persona natural que realiza la creación intelectual*”¹²⁴, en este sentido, el único requisito que se exige para obtener la condición de autor es ser una persona natural capaz de poder crear una obra intelectual, requisito que a su vez, excluye a animales, cosas, máquinas o personas jurídicas de obtener la autoría de una obra. Este requisito no es riguroso al exigir que dicho autor se dedique a la actividad ajedrecística, por consiguiente, deja de manera amplia y clara la posibilidad de que cualquier persona puede ser autor de movimientos de ajedrez. Luego de haber desarrollado el concepto de autor es necesario abordar el concepto de obra en relación a nuestro D.L. 822, el cual establece en su artículo 2, inciso 17¹²⁵ tres requisitos principales: primero, la creación intelectual personal, segundo, la originalidad y tercero, la susceptibilidad de reproducción o divulgación por cualquier medio conocido o por conocerse. Primero, los movimientos de ajedrez cumplen con el requisito de creación intelectual personal siempre que son creados por una persona natural, sea ajedrecista o no. Segundo, los movimientos de ajedrez cumplen con el requisito de originalidad cuando en su conjunto constituyen una obra nueva en relación a otra previamente creada, la cual por sus características propias pueda diferenciarse de las demás obras, es decir, los movimientos de ajedrez deberán ser un conjunto de jugadas que tengan un carácter estratégico y novedoso en relación

¹²⁴ Artículo 2, numeral 1, Decreto Legislativo 822.

¹²⁵ Artículo 2, inciso 17: “*Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.*”.

a la teoría de ajedrez ya existente. Tercero, los movimientos de ajedrez son susceptibles de ser divulgados a través de los Torneos de ajedrez, boletines, revistas, transmisiones en vivo, donde se ponen de conocimiento ante el público y por otro lado, pueden ser reproducidos a través de la planilla de ajedrez, la cual tiene como finalidad tener anotados los movimientos realizados de manera exacta, cierta y verificable para cualquier de los usos que se considere el autor, ya sea tanto para el análisis o la mera reproducción fiel de la partida. Por lo expuesto, los movimientos de ajedrez deben considerados como obra, puesto que constituyen una creación intelectual personal y original susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse. Cabe destacar que, los movimientos de ajedrez al ser susceptibles de protección por el Derecho de autor no requieren de registro conforme las distintas normas internacionales, por lo que deberán protegerse todos los movimientos de ajedrez que cumplan con los requisitos de obra sin mediar procedimientos que signifiquen barreras reales a reconocer los derechos que posee el autor de tales movimientos. Cabe precisar que, los movimientos de ajedrez son capaces de ser reproducido mediante una planilla, y será labor del autor delimitar el número de jugadas que desea proteger una vez realizada la partida.

3.2. La Teoría del Derecho de la Personalidad

En el punto 2.4.2.1. de nuestra investigación desarrollamos la Teoría del Derecho de la Personalidad, la cual señala que la obra es la voluntad exteriorizada del autor, por lo

que es susceptible de protección, dado de que la voluntad al exteriorizarse brinda existencia a toda su proyección. Dicho esto, es momento de analizar primero, si dentro de la Teoría del Derecho de la Personalidad es posible aplicar los requisitos de la obra señalados por el D.L. 822, y segundo, si es posible aplicar esta Teoría a nuestra hipótesis.

La presente Teoría cumple con el requisito de creación intelectual personal, puesto que considera a toda obra como una exteriorización de la voluntad del autor, la cual proviene de un ser humano, por consiguiente, excluye evidentemente a las máquinas, animales, cosas y personas jurídicas de obtener autoría sobre una obra. Asimismo, esta teoría cumple con el requisito de originalidad, debido a que, toda obra al ser una exteriorización de la voluntad, deviene en original, siempre y cuando dicha a exteriorización de la voluntad contenga elementos que la hagan única y permita a la obra creada pueda diferenciarse de otra obra ya existente. Para finalizar este análisis es pertinente abordar el requisito de susceptibilidad de una obra de ser reproducida o divulgada por cualquier medio conocido o por conocerse en función a esta Teoría, por lo tanto podemos afirmar que, para esta Teoría que considera a la obra como la exteriorización de la voluntad del autor podrá ser susceptible de divulgación o reproducción por cualquier medio conocido o por conocerse, siempre y cuando se enajene la parte patrimonial de la obra. Por lo expuesto, el concepto de obra que desarrolla el D.L. 822 es aplicable dentro de la Teoría del Derecho de la Personalidad dentro de los lineamientos establecidos por la presente investigación.

Luego de analizar los requisitos por los cuales una obra calza dentro de los lineamientos de la presente Teoría jurídica, es momento de aplicar esta Teoría a nuestra hipótesis desarrollada en el punto 1.5 para determinar su viabilidad. Dicho lo anterior, podemos afirmar que los movimientos de ajedrez son una creación intelectual personal y original, susceptible de reproducción o divulgación por cualquier medio conocido o por conocerse, puesto que son producto de la mente humana y original, la cual es a su vez, una exteriorización de la voluntad del ajedrecista.

Ahora analicemos los aspectos negativos conforme esta Teoría del Derecho respecto de nuestra hipótesis, los movimientos de ajedrez al ser una exteriorización de la voluntad no podrían ser transferidos, puesto que, dentro de esta Teoría no es posible enajenar la voluntad del autor, en este caso, el ajedrecista pero si es posible enajenar la parte patrimonial de la obra conforme se ha expuesto en el capítulo 2.4.2.3., entendiendo a la obra en este caso como la exteriorización de la voluntad del ajedrecista realizada a través de los movimientos realizados en el tablero.

Finalmente, las jugadas de ajedrez deberán ser consideradas como obras protegidas por la Teoría del Derecho de la Personalidad siempre los movimientos son exteriorizados por la voluntad del autor sean a su vez, producto de su intelecto y cuenten con un alto grado de creatividad, originalidad y puedan ser susceptible de divulgación o reproducción a través de algún medio conocido o por conocerse. Dichos movimientos

solo podrán enajenarse en la medida que el aspecto patrimonial signifique un beneficio como resultado de la la creación intelectual de tales movimientos y no un propósito del mismo, es decir, se podrá transar con los movimientos creados siempre que se quiera obtener beneficios económicos como el resultado de la creación de dichos movimientos, como por ejemplo dictar una clase de ajedrez en la que se enseñen estos movimientos.

3.3. El Copyright y la Teoría de la Propiedad Intelectual

Abordamos a la Teoría de la Propiedad Intelectual y el Copyright en el punto 2.4.2.2. referente a la Teoría de la Propiedad y el Copyright se puede establecer a esta como la obtención de derechos de autor derivados del acto de crear una obra intelectual, los cuales generarán exclusión frente a terceros, y en el cual el autor le transfiere la originalidad a la obra por el hecho de provenir de un ser humano único e irrepetible en el universo. Expresado dicho concepto, es pertinente analizar primero, si los elementos de la obra establecidos por el D.L. 822 se cumplen dentro de esta Teoría y segundo, si es factible aplicar esta Teoría del Derecho a nuestra hipótesis. La presente Teoría cumple con el elemento de creación intelectual personal, puesto que, establece que sólo el autor puede plasmar su característica humana en una obra para generar derechos, los cuales son excluyentes frente a terceros, de esta manera se excluye a animales, máquinas y personas jurídicas obtener autoría sobre una creación intelectual dentro de esta Teoría. Esta teoría doctrinal del Derecho también cumple con el requisito de

originalidad, debido a que considera que el autor al momento de crear su obra transmite hacia ella su condición humana, única e irrepetible dentro del universo, generando que la obra sea, por consiguiente, una creación intelectual personal distinta de cualquier otra obra creada. La teoría de la Propiedad Intelectual y del Copyright cumple a su vez con el requisito de susceptibilidad de divulgación o reproducción por cualquier medio conocido o por conocerse, dado que, el autor al momento de transferir su característica humana hacia su obra necesita de un soporte sobre el cual ejecutar su obra, el cual le permita poner en conocimiento a las demás personas sobre su creación, y esto a su vez le permita excluir a terceros del uso de su obra por los derechos resultantes de su creación.

Ahora que hemos desarrollado los elementos de la obra en relación a las exigencias de esta Teoría es pertinente seguir con el análisis de nuestra hipótesis, la cual se ha establecido de la siguiente manera al referir que deben reconocerse derechos de autor sobre los movimientos de ajedrez debido a que cumplen con los requisitos para ser consideradas obras: son producto del intelecto humano y tienen un grado muy alto de creatividad. Expuesto lo anterior, podemos afirmar que los movimientos de ajedrez realizados por el autor son originales y creativos por ser producto del esfuerzo mental y creativo del autor, por lo que, es posible obtener derechos de autor de ellos para excluir a terceros de su uso. Si bien esta postura genera la creación de monopolios a través del Copyright, estos sólo serán temporales, los cuales permitan a su autor obtener una justa retribución por su creación intelectual. Esta postura no es absoluta porque

siempre y cuando exista consentimiento expreso del autor por cualquier forma de expresión se podrán utilizar los movimientos sobre los cuales recae la protección de derechos de autor.

Dentro de los factores negativos que posee esta Teoría del Derecho de la Propiedad Intelectual frente a nuestra hipótesis se encuentra el aspecto materialista de esta postura, puesto que, reserva para el creador un monopolio temporal a través del Copyright, donde el ajedrecista es el único que puede decidir sobre la enajenación de dichos movimientos, generando incentivos más económicos que culturales o de otra índole. Adicionalmente a esto, esta Teoría requiere de una tipificación de la ley, la cual soporte o fundamente el derecho al monopolio, lo cual podría implicar que se fundamente de maneras distintas la protección de las creaciones intelectuales y por ende, una incompatibilidad a la hora de defender estos derechos a nivel internacional.

Finalmente, podemos concluir sobre la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual, que los movimientos de ajedrez son una creación intelectual personal, original y susceptible de divulgación o reproducción por cualquier medio conocido o por conocerse donde el autor plasma la originalidad en su obra al transferirle su condición humana, única e irrepetible, de manera tal que crea derechos por su invención y esta a su vez, genera derechos de exclusión frente a terceros utilizando el Copyright. Dichos monopolios podrán ser perpetuos pero son una justa retribución al autor por el aporte intelectual que realiza hacia el mundo, por lo tanto, podrá obtener los beneficios

patrimoniales por su creación y limitar su uso bajo determinados términos en tanto se mantenga estos derechos temporales. Cabe resaltar que, si bien se requiere de una tipificación legal para que esta teoría obtenga mayor soporte o fundamento, creemos que dicha necesidad solo afecta la forma de protección más no el derecho a la protección que merecen los movimientos de ajedrez. Pese a lo que pueda argumentarse en contra de teoría hay que hacer un balance entre los aspectos positivos y negativos, de tal manera que creemos que no existe argumentos suficientes que interpreten a esta Teoría como una barrera de acceso a la cultura y creemos por el contrario, que esta Teoría promueve incentivos para la creación de nuevos movimientos de ajedrez.

3.4. La Teoría del Derecho sobre los bienes inmateriales

La teoría del Derecho sobre los bienes inmateriales fue desarrollada en el punto 2.4.2.3., esta Teoría entiende que la obra luego de haber sido creada es independiente del autor que la creó, por lo que solo se vincula a él por el acto mismo de creación, lo cual permite su transferibilidad frente a terceros, combinando de esta manera a la Teoría del Derecho de la Personalidad y a la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual. Establecido esto, es pertinente analizar primero, si dentro de la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales es factible aplicar los requisitos de obra señalados por el D.L. 822, y segundo, si es posible aplicar esta Teoría a nuestra hipótesis. La presente Teoría cumple con el requisito de creación intelectual personal, dado que, la obra resultante es una creación intelectual que mantiene un vínculo con su autor, lo

cual excluye dentro de esta Teoría a los animales, máquinas, cosas y personas jurídicas de obtener autoría sobre una obra. Asimismo, esta Teoría también cumple con el requisito de originalidad, puesto que, considera a una idea como un bien inmaterial, el cual se plasma sobre un bien material donde el autor transfiere esta cualidad a su obra cuando puede diferenciar a esta idea exteriorizada de otra preexistente. Sobre el requisito de una obra de ser susceptible de divulgación o reproducción por cualquier medio conocido o por conocerse, se cumple toda vez se ejecuta el bien inmaterial sobre un soporte material, el cual permita dar a conocer la obra frente al público. Por lo expuesto, el concepto de obra que desarrolla el D.L. 822 es aplicable dentro de la Teoría del Derecho sobre los bienes inmateriales dentro de los criterios desarrollados por esta investigación.

Analizados los requisitos de una obra para determinar si son compatibles con la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales, es pertinente analizar la viabilidad de nuestra hipótesis dentro esta Teoría. Ahora, recordando a nuestra hipótesis sobre la factibilidad de reconocerse derechos de autor sobre las movimientos de ajedrez debido a que cumplen con los requisitos para ser consideradas obras: son producto del intelecto humano y tienen un grado muy alto de creatividad, es pertinente analizarla según la Teoría del Derecho materia de este punto. Establecido lo anterior, se pueden definir a los movimientos de ajedrez como independientes del ajedrecista, por lo que el uso de las jugadas de ajedrez no excluye a nadie de volverlas a utilizar, dado que el ajedrecista posee los derechos absolutos por haber creado estos movimientos a partir de una idea

inmaterial original sobre la cual podrá disponer de ella como considere conveniente. Se ha establecido que esta Teoría confunde a los conceptos de los derechos reales y se los otorga a bienes inmateriales, por consiguiente, se cuestiona el aspecto de si los movimientos de ajedrez como producto de una idea inmaterial podrán ser susceptibles de protección.

Dentro de los aspectos negativos de esta Teoría se señala que al igual que la Teoría del Copyright y la Propiedad Intelectual se requiere de tipificación para que la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales obtenga mayor soporte a la hora de aplicar sus fundamentos dentro de un ordenamiento jurídico. Asimismo, se ha criticado la separación de los derechos inmateriales con los derechos personales, dado que implica una dualidad de derechos donde se otorgan a los bienes inmateriales características propias de los derechos reales.

Finalmente, la protección de los movimientos de ajedrez a través de la Teoría del Derecho sobre bienes inmateriales es viable, donde el bien inmaterial es la idea exteriorizada y el bien material es el movimiento ejecutado por el ajedrecista, asimismo, estos movimientos creados por el autor se vinculan a él sólo por el acto de creación, generando que la transmisibilidad de dichos movimientos sea factible. Si bien se critica a esta Teoría si la idea expresada a través de los movimientos de ajedrez pueden obtener la misma protección que un bien material, creemos que no existe fundamento suficiente para impedirlo, toda vez que dichos movimientos cumplan con

los requisitos antes mencionados. Respecto de la tipificación como necesidad para sostener la fundamentación de esta Teoría creemos al igual que lo fundamentado dentro Teoría de la Propiedad Intelectual y el Copyright que dicha necesidad de tipificación sólo implica el mecanismo o forma por la cuál se defenderá o aplicará este derecho, siendo este argumento insuficiente para impedir la protección de los movimientos de ajedrez a través de esta Teoría.

CONCLUSIONES

Los movimientos de ajedrez pueden ser susceptibles de protección toda vez que son una creación intelectual personal, dentro de los cuales existe un elemento de originalidad y estrategia muy alto, para ello deberán contar con un soporte o medio para poder ser reproducidos o divulgados, destacando la planilla como el medio más común para anotar dichos movimientos para una posterior reproducción y la utilización de torneos públicos, transmisiones en vivo por medios masivos de comunicación como la manera más efectiva de divulgarlos masivamente. Los movimientos de ajedrez deberán comunicarse o ponerse al alcance del público para determinar al autor, el plazo de duración de protección de los mismos y realizar cualquier acto jurídico válido que determine el autor.

El Decreto Legislativo 822 señala que una obra es toda creación intelectual capaz de ser divulgada o reproducida por algún medio conocido o por conocerse, definición que engloba una interpretación amplia, haciendo posible que los movimientos de ajedrez puedan ser considerados como obra, puesto que, para ser autor de estos movimientos no se exige dedicarse como ajedrecista, bastando sólo con que se cumplan los requisitos para ser autor según el D.L. 822. Asimismo, los movimientos de ajedrez cumplen con las exigencias del D.L. 822 para ser considerados obras, por lo que, merecen ser incluidos dentro de las definiciones del mencionado Decreto.

Los derechos morales y patrimoniales deben ser reconocidos sobre los movimientos de ajedrez de manera absoluta, siendo que, si algún ajedrecista amateur, aficionado o profesional realiza algún aporte intelectual significativo para el deporte del ajedrez es justo que dicha persona goce del pleno ejercicio de los derechos morales y patrimoniales, utilizándolos, cediéndolos, transfiriéndolos o restringiéndolos según sea su manifestación de su voluntad conforme los actos jurídicos que permita la ley. Estos derechos antes mencionados quedarán sujetos a las limitaciones, excepciones y prohibiciones que contemple la ley.

En base a la Teoría del Derecho de la Personalidad desarrollada en el punto 3.2. de nuestra investigación determinamos que las jugadas de ajedrez deberán ser consideradas como obras susceptibles de protección, siempre que los movimientos son exteriorizados por la voluntad del autor sean a su vez, producto de su intelecto y cuenten con un alto grado de creatividad, originalidad y puedan ser susceptibles de divulgación o reproducción a través de algún medio conocido o por conocerse.

En base a la Teoría del Copyright y de la Propiedad Intelectual la cual fue desarrollada en el punto 3.3. de la presente investigación se estableció que los movimientos de ajedrez creados por el ajedrecista deberán ser considerados como obra, siempre y cuando sean una creación intelectual personal, original y susceptible de divulgación o reproducción por cualquier medio conocido o por conocerse donde el autor plasma la originalidad en su obra al transferirle su condición humana, única e irrepetible, de

manera tal que crea derechos por su invención y esta a su vez, genera derechos de exclusión frente a terceros utilizando el Copyright de manera limitada en el tiempo.

En base a la Teoría sobre bienes inmateriales desarrollada en el punto 3.4. de la presente investigación establece que los movimientos de ajedrez deberán ser considerados como obra, debido a que el vínculo de dichos movimientos se vinculan al autor por un hecho histórico, donde el autor posee derechos absolutos sobre la creación de la obra inmaterial, siendo capaz de transmitir su propiedad o realizar los actos jurídicos que considere pertinente, puesto que, la obra es independiente del autor.

El Fair Use o uso honrado es la excepción con la cuenta una persona natural para utilizar la obra de un autor sin su autorización y sin que se exija una justa retribución o indemnización por dicho uso. Los usos honrados suponen los límites a los derechos patrimoniales de autor y no interfieren con la explotación regular de la obra. Por lo tanto, es posible utilizar los movimientos de ajedrez que obtengan protección a través del Derecho de autor, siempre y cuando se desarrolle dentro de los lineamientos de esta teoría.

RECOMENDACIONES

1. Reformas a la normativa actual sobre derecho de autor. Alternativas de Protección

1.1. Los movimientos de ajedrez y su tratamiento en el Decreto Legislativo 822

Dentro de nuestra investigación se desarrollaron los conceptos de autor, obra, tipos de obras y demás conceptos conexos que no son distantes de la definición que contempla el Decreto Legislativo 822, siendo uno de los propósitos de la presente investigación ampliar los conocimientos del derecho en relación al ámbito ajedrecístico y estableciendo que la definición de obra que contempla el presente D.L. necesita reconocer implícita o explícitamente un concepto de obra que comprenda a los movimientos de ajedrez como susceptibles de protección.

Los movimientos de ajedrez encajan perfectamente en la definición de obra recogida por el Decreto Legislativo 822, siendo este Decreto la norma especial que regula todo lo referente a los Derechos de Autor dentro de nuestro país, por lo que, se deberán entender a los movimientos de ajedrez dentro de la categoría de otros, o en su defecto, especificar dentro de los tipos de obra protegido por ley a los movimientos de ajedrez con un enunciado igual o similar al siguiente *“los movimientos de ajedrez en la medida que representen una creación intelectual, creativa y producto del intelecto humano”*.

En cuanto al concepto de autor recogido por el D.L. 822 este deberá permanecer sin cambios, debido a que, la relación entre autor y ajedrecista está en función género-especie, por lo que puede definirse al ajedrecista como toda persona natural que realice la actividad ajedrecística, sea novato, amateur, aficionado, o profesional.

En cuanto a los derechos morales y patrimoniales, limitaciones y excepciones que reconoce el Derecho de autor en el D.L.822 no se proponen cambio a alguno en su definición pero si se desea proponer que se tenga una interpretación más amplia de estos donde se reconozca al autor de los movimientos de ajedrez para que este pueda gozar de los beneficios que nuestro ordenamiento jurídico concede para tales.

En cuanto al plazo de duración de la protección del derecho de autor la presente investigación considera que deberá concederse por un plazo máximo de veinte años, siendo este plazo la vigencia útil de los avances en la teoría del ajedrez. Este plazo propuesto no implica una barrera hacia el acceso a la nueva teoría dentro del ajedrez, puesto que, como se ha desarrollado en el punto 2.4.2.4., el Fair Use o uso honrado significa el límite a los derechos patrimoniales de autor y por ende, permite utilizar a los movimientos de ajedrez que gocen de protección por el Derecho de Autor cuando exista una justificación desarrollada por los lineamientos del Fair Use o usos honrados.

1.2. Mecanismos de protección

Expuesto lo anterior, se ha planeado como una solución viable para la salvaguarda de los derechos de autor de los jugadores de ajedrez establecer como plazo de veinte años luego de creada la obra como plazo exclusivo dentro del cual los ajedrecistas podrán explotar de los derechos que le otorga la ley para realizar actos jurídicos válidos.

Adicionalmente, se sugiere a través de la presente investigación la crear de una entidad que registre las creaciones intelectuales obtenidas por los autores, sean jugadores de ajedrez o no. Se propone que dicha entidad registre estos movimientos, ya sea a través del dependencia interna pertinente que vele por los derechos de autor dentro de INDECOPI o a través de un nueva dependencia interna que mantenga un registro de los movimientos ya registrados y susceptibles de protección. Cabe resaltar que conforme se ha expuesto en el presente trabajo que la protección de los derechos de autor, no deben estar condicionados a un registro previo, siendo este registro una manera ordenada de tener públicas las obras creadas que ya están protegidas, por lo tanto, los movimientos de ajedrez protegidos por el Derecho de autor no deberán estar vinculados a un registro previo. Por otro lado, una opción viable es la creación de un organismo vinculado al ajedrez que coordine con INDECOPI el registro de los movimientos de ajedrez ya protegidos, siendo la FIDE por excelencia quién podría encargarse de esta función, puesto que, ya cuenta con una base de datos de la mayoría de ajedrecistas afiliados a cada Federación dentro de todos los países.

1.2.1. La FIDE como alternativa de protección

La FIDE es el organismo internacional encargado de recopilar todas las normas referente al ajedrez y establecer las directrices o principios orientadores por los cuales se resolverán los conflictos que surjan durante una partida, puesto que, ellos son los encargados de velar por el correcto funcionamiento del sistema de Torneos, así como también el sistema utilizado para el ranking de los jugadores a nivel planetario.

Actualmente, la FIDE no ha tomado las correctas medidas para regular lo referente al Derecho de autor dentro de las facultades que posee, además, ha designado a los Organizadores Internacionales como propietarios de las planillas de ajedrez, no regulando expresamente que a todo jugador se le deba entregar una copia de estas (pese a que es la costumbre entregarlas), ni ha regulado algún otro aspecto relacionado a la materia de la presente investigación. Asimismo, la obtención de los derechos de autor por parte de los ajedrecistas no debería representar una barrera para que los Organizadores Internaciones en colaboración con la FIDE y con los organismos pertinentes respeten los derechos de autor que los ajedrecistas hayan adquirido conforme nuestra postura expresada en el Capítulo 2 y 3 del presente trabajo de investigación.

Por lo tanto, la FIDE podría encargarse de gestionar los mecanismos adecuados para que promueva y respeten los derechos de autor por parte de los ajedrecistas, creando o

colaborando así con comisiones o entes reguladores encargados de la supervisión de estos derechos. Finalmente, esto podría crear incentivos adicionales a los ya existentes para surja nueva teoría ajedrecística y se puedan sembrar las bases para que nuevos talentos e investigaciones puedan desarrollarse viviendo del ajedrez sin necesidad de formar parte de la élite mundial la cual está conformada por los veinte o treinta mejores ajedrecistas del mundo.

2. Referente a la Propiedad Intelectual y el ajedrez

El presente trabajo de investigación explora de manera teórica la viabilidad de proteger a los movimientos de ajedrez por el Derecho de Autor, además, se plantea ampliar el entendimiento que se tiene sobre el Decreto Legislativo 822 en función a las obras, específicamente de la inclusión de los movimientos de ajedrez dentro de estas y fijando nuevos plazos de duración en relación a los movimientos de ajedrez como objeto de protección, expuesto esto, es conveniente mencionar que una finalidad complementaria a este trabajo de investigación es ampliar el conocimiento de la Propiedad Intelectual y el ajedrez, generado la posibilidad de que puedan realizarse futuros trabajos que tengan como base el presente trabajo. En cuanto al ámbito deportivo, la presente investigación implica una nueva visión de entender al marco legal existente en nuestro país sobre el ajedrez, así como generar nuevos mecanismos de difusión, masificación y fomento de nuevos talentos. Las fuentes de la presente investigación al ser confiables, científicamente comprobables, basadas en una realidad existente permiten

a futuros tesisistas, investigadores, alumnos, estudiosos del Derecho, ajedrecistas y demás personas afines a estos temas ampliar su conocimiento y realizar nuevas investigaciones que amplíen aún más la relación entre la Propiedad Intelectual y el ajedrez.

APORTES AL DERECHO

Como aporte al Derecho se presenta el siguiente proyecto de Ley:

Ley N° XXXXX

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la ley siguiente:

LEY N° XXXXX QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 5 DEL DECRETO LEGISLATIVO 822

Artículo Único: Modificación del artículo 5 del Decreto Legislativo 822

Modifíquese el Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 822, el cual tendrá la redacción siguiente:

“**Artículo 5:** Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

(...)

o) Los movimientos de ajedrez en la medida que representen una creación intelectual, creativa y producto del intelecto humano.”.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión de la Comisión Permanente realizada el día diez de junio de dos mil dieciocho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, uno de agosto del dos mil dieciocho.

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República

MAURICIO MULDER BEDOYA

Tercer Vicepresidente del Congreso de la República

BIBLIOGRAFIA

ANTEQUERA RICARDO. 2007. Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines. España: Editorial Reus.

ANTEQUERA RICARDO y FERREYROS MARYSOL. 1996. El nuevo Derecho de autor en el Perú. Perú: PERU REPORTING.

ANTEQUERA RICARDO. 2006. Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los usos honrados, el “fair use”, y el “ius usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra). Biblioteca Iida, junio.

BECERRA MANUEL, comp.. 1998. Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina. México: Universidad Autónoma de México.

BUSTA FERNANDO. 1997. El Derecho de Autor en el Perú. Perú: GRIJLEY.

CARDENAS DONATO. 2013. Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual “Una propuesta Conceptual” . Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología.

CETINA RODRIGO. 2015. Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación. Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información.

CLAUDE SHANNON. 1950. XXII. Programing a Computer for Playing Chess, Philosophical Magazine Ser.7, Vol. 41, N°314, March.
http://archive.computerhistory.org/projects/chess/related_materials/text/2-0%20and%202-1.Programming_a_computer_for_playing_chess.shannon/2-0%20and%202-1.Programming_a_computer_for_playing_chess.shannon.062303002.pdf

(Consultado el 26 de octubre de 2017).

CUEVAS ANDRÉS. 2006. Creative Commons ¿Alternativa a la Propiedad Intelectual en Chile?. AR: Revista de Derecho Informático N° 98.

EGACAL-ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS. 2011. El ABC del Derecho-Propiedad Intelectual, Perú: Editorial San Marcos.

FERREYROS MARYSOL. 2002. Cuadernos Jurisprudenciales Número 11, Gaceta Jurídica (mayo).

FRANCO ZENÓN. 2013. 64 posiciones de entrenamiento, primera edición. México: Selector. https://books.google.com.pe/books?id=-M8bAgAAQBAJ&pg=PA53&lpg=PA53&dq=apertura%20ruy%20lopez%20historia&source=bl&ots=OyBpTjeJs9&sig=K_0pjG7I8hJjHmR77tZyuDPqv4M&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi1lef694_XAhXLkJAKHfpjBwc4FBD0AQhcMAk#v=onepage&q=apertura%20ruy%20lopez%20historia&f=false . (Consultado el 28 de octubre de 2017).

GÓMEZ GABRIEL. 1996. Historia del ajedrez, Argentina: Planeta.

GRAU ROBERTO. 1956. Cartilla de ajedrez, sexta edición. Argentina: Editorial Sopena Argentina.

GRIVAS EFSTRATIOS. 2007. Planificación en el ajedrez moderno. España: La Casa del Ajedrez.

GRUPO EDITORIAL OCÉANO. 1999. Diccionario Enciclopédico Color. España: Grupo Editorial Océano.

GUFELD EDUARD Y LAZAREV EFIM. 2003. El campeonato mundial de ajedrez. España: Editorial Paidotribo. <https://books.google.com.pe/books?id=5VmRQgOMKPkC&printsec=frontcover&so>

[urce=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=derechos%20de%20autor&f=false](#) .

(Consultado el 06 de setiembre de 2017).

GUICHOT EMILIO, coord.. 2016. Derecho de la Comunicación, cuarta edición. España: Iustel.

HOLGUÍN OSCAR. 2016. Tratado de Derecho de Autor y derechos conexos. Perú: Jurista Editores.

LETTERE ANGELO. 2010. Análisis crítico de las teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor, Tesis de Maestría, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas.

MANUEL BERMÚDEZ, coord. 2015. Propiedad Intelectual, Derecho Farmacéutico y Derechos de Autor, Perú: ECB Ediciones.

MOYANO RICARDO. 1994. Las partidas y su propiedad intelectual. Revista Jaque N° 375, abril.

OSTOS JOSÉ. 2015. Ajedrez Integral. El Universal, 1 de marzo de 2, sección Deportes.

http://www.eluniversal.com/noticias/deportes/defensa-francesa-1e4_53843#eu-listComments . (Consultado el 28 de octubre de 2017).

PELÁEZ MARÍA. 2013. La protección efectiva de las imágenes en el internet desde la aplicación de la normatividad relativa al Derecho de Autor. Tesis de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

PÉREZ JOSÉ. 2007. Aperturas de ajedrez – Origen del nombre de Defensa Francesa, ajedrez365. <http://www.ajedrez365.com/2007/03/aperturas-de-ajedrez-origen-del-nombre.html> . (Consultado el 28 de octubre de 2017).

ROWSON JONATHAN. 2005. Ajedrez para cebras. España: La casa del Ajedrez.

SALAZAR LEONEL. 2010. Aproximación Teórica a la Naturaleza Jurídica de los Bienes Intelectuales y del Derecho de Propiedad Intelectual. Revista Propiedad Intelectual número 13 (enero-diciembre).

SISTAC HORACIO. 2008. Aperturas. Cuadernos de ajedrez N°1, enero. http://www.tabldeflandes.com/cuadernos_ajedrez/CdA39-11.pdf . (Consultado el 27 de octubre de 2017).

SISTAC HORACIO. 2011. Aperturas. Cuadernos de ajedrez N°39, marzo. http://www.tabldeflandes.com/cuadernos_ajedrez/CdA39-11.pdf . (Consultado el 27 de octubre de 2017).

TRAVESSET JOAQUIM. 2013. Torneo Internacional de Ajedrez, Exposición de Barcelona 1929, gran triunfo de Capablanca, ajedrez365. <http://www.ajedrez365.com/2013/05/torneo-internacional-de-ajedrez-exposicion-de-barcelona-1929.html> . (Consultado el 27 de octubre de 2017).

TRIVEÑO GLADYS. 1997. De los Límites al Derecho de Autor y las posibilidades de su ejercicio. Themis 36. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11735/12301> . (Consultado el 09 de Diciembre de 2017).

WATSON JOHN. 2002. Los secretos de la estrategia moderna en ajedrez. España: La casa del ajedrez.

RESOLUCIÓN 0887-2017/TPI-INDECOPI, Expediente N°2131-2015/DDA.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Proceso 146-IP-2005.

INDECOPI. *Derechos de autor*. <https://www.indecopi.gob.pe/web/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes> , (Consultado el 17 de setiembre de 2017).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://dle.rae.es/?id=QnrhaT6> .
(Consultado el 04 de setiembre del 2017).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://dle.rae.es/?id=RDDwv3d> .
(Consultado el 17 de setiembre de 2017).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=E1q9Jgy> . (Consultado el 18 de setiembre de 2017).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.
<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=reproducir> . (Consultado el 18 de setiembre de 2017).