

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Siete Derechos en busca de Autor (*) La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 («B.O.E.», 17 noviembre)

JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA

Profesor ayudante de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción. Antecedentes de la Reforma: Legislación española. Convenios internacionales. La doctrina y jurisprudencia españolas.*—2. *La Constitución de 1978 y el derecho de autor: Ubicación de su protección constitucional:* a) la propiedad privada. b) Libertad de expresión. c) Derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica. d) Derecho al trabajo y profesión. e) Garantía de acceso a la cultura.—3. *Contenido esencial del derecho a la creación [art. 20.1.b) C.E.]:* a) Contenido esencial de un derecho. b) Contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales (aproximación dogmática): 1. supuesto de hecho: creación y producción; 2. Derecho de inédito y divulgación personalísimo e intransmisible; 3. salvo excepciones legales tasadas, la obra ajena sólo puede utilizarse con el consentimiento de su autor. c) Contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales (aproximación teleológica): 1. intereses históricos para los que fue creado; 2. intereses actuales en juego: autores, productores, consumidores, sociedad. d) Conclusión: la nueva Ley desde el contenido esencial del derecho a la creación del artículo 20.1.b) C.E.—4. *Siete Derechos en busca de Autor. Los derechos morales reconocidos en el artículo 14, núcleo de la nueva Ley.*

(*) El núcleo del siguiente estudio constituye una ponencia defendida en el Seminario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, de Madrid, en el curso 1986-87. Aprovecho esta oportunidad para agradecer a los asistentes su paciencia y sus observaciones.

El título del estudio es propio de un periodista poco imaginativo, pero ha sido deliberadamente escogido para resumir la primera novedad de la nueva Ley, y sobre todo, para sugerir, desde el comienzo, la protegibilidad de una obra del ingenio. ¿Será plagario de la famosa obra de Pirandello?

1. INTRODUCCION. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

El Congreso de los Diputados ha aprobado a finales de octubre la Ley de Propiedad Intelectual, culminando el empeño reformador anunciado en 1979, con motivo del centenario de la anterior Ley española, e impulsado definitivamente por el gobierno socialista, que ya en el mes de febrero de 1986 había presentado un Proyecto (publicado en el «B.O.C.G.» de 1 de febrero, serie A, número 14), pero que no llegó a ser tramitado por la celebración de elecciones anticipadas en junio de 1986. En su etapa definitiva, el Gobierno presentó inmediatamente un Proyecto de Ley sustancialmente igual al de febrero, y éste ha tenido una trayectoria parlamentaria inferior al año (Proyecto de Ley «B.O.C.G.», de 24 de noviembre de 1986; aprobación por el Congreso, 27 de octubre de 1987; «B.O.C.G.», Congreso, 2 de noviembre de 1987). La nueva Ley de 1987 nos debe sugerir un buen número de preguntas y de consideraciones, algunas de las cuales serán formuladas y contestadas, cuando ello sea posible, en las páginas siguientes.

En primer lugar, ¿en qué conjunto o marco de política legislativa está encuadrada la nueva Ley? ¿Pertenece por coherencia al conjunto de reformas de Derecho privado que el Ordenamiento español ha experimentado en la última década? ¿Es consecuencia la reforma de la propiedad intelectual en España del nuevo orden encarnado por la Constitución de 1978? Parece que en todos los casos la respuesta debe ser negativa. Esto es, ni puede atribuírse a la nueva Ley un parentesco o concomitancia con las precedentes y recientes reformas del Derecho privado español (sólo guarda cierto paralelismo con la reforma del Derecho de patentes, pero no por su vecindad material, cuanto por el intento europeizador de ambas reformas) ni puede afirmarse que la Constitución de 1978 exigiera una reforma del derecho de autor español. Puede opinarse que la norma contenida en el artículo 10.2 de la Constitución española —declarando interpretativa tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Convenios suscritos por España— hacía clamorosa la diferencia de trato entre los autores españoles y los foráneos ante nuestros tribunales, básicamente por el reconocimiento a estos últimos de unos derechos morales (amparándose en el artículo 6 bis del Convenio de Berna), que no pudieron alegar con éxito los españoles, obteniendo solamente una protección difusa en el plano moral, la plasmada en la Ley de 1879, la del Libro de 1975 y la de la Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 1966.

La reforma española ha venido más bien alentada por una cuestión intensa de reformas en el Derecho comparado de autor y por la presencia de España en organismos y foros internacionales que discuten diariamente los problemas del moderno derecho de autor de

la era tecnológica y de las comunicaciones. Ahora bien, la presencia de España en la Unión de Berna desde su fundación no fue lo bastante influyente para modernizar paulatinamente el derecho español de autor al hilo de las reformas internacionales. Por el contrario, debe advertirse que, en lo que va de siglo, Francia completó la regulación histórica de 1793 con disposiciones parciales de carácter legal en 1902, 1910, 1920 y 1925 —por lo que tiene importancia extrema en Francia la creación jurisprudencial del derecho de autor— hasta llegar a la primera, compleja y sistemática Ley de 11 de marzo de 1957, a su vez completada y parcialmente reformada por la de 3 de julio de 1985, dedicada a la «modernización» regulando los programas de ordenador y homogeneizando el tratamiento de las obras audiovisuales, entre otros aspectos (ver Pérez de Castro, «A.D.C.» I-1987: La reforma de la Ley francesa de P.I.); Italia ha promulgado para suceder a la Ley de 1865-1885, y la de 18 de marzo de 1926 (Real Decreto de 11 de noviembre de 1927) y complementarias, que fueron derogadas por la de 22 de abril de 1941 vigente, que ha sido completada por la de 29 de julio de 1985 de medidas urgentes contra la duplicación abusiva de productos fonográficos, además de las numerosas disposiciones reglamentarias dictadas en el período 1941-1985; la República Federal Alemana reformó la Ley de 9 de septiembre de 1965 con disposiciones complementarias dictadas en 1960, 1970, 1972, 1973, 1974 y la Ley de 24 de junio de 1985; Portugal ha promulgado el 17 de septiembre de 1985 una nueva Ley que sustituye por completo a la «vieja» Ley de 1966; Gran Bretaña, asimismo, después de sustituir la Ley de 1911 por la de 5 de noviembre de 1956, ha completado ésta con las reformas contenidas en sucesivas leyes de 1973 y 13 de mayo de 1983; Estados Unidos, por último, promulgó el 19 de octubre de 1976 una nueva Ley federal de copyright, sustituyendo a la de 1909. Si tenemos en cuenta la promulgación de los Convenios de Ginebra, Universal sobre Derecho de Autor, de 1952, las revisiones sucesivas del Convenio de Berna de 1886, la última en 1971, además de los Convenios Internacionales de 1961 de Roma sobre derechos vecinos —único al que España no se adhirió— y el de Ginebra de 1971 de protección de los productores de fonogramas, queda ilustrada la extravagancia de la situación española, con una Ley intacta desde hace 107 años, aunque esto se deba, sin duda, también a las virtudes y a la modernidad de algunos aspectos de la Ley de 1879.

Intentos modernizadores y reformadores de la Ley española se produjeron durante los últimos cien años, siendo el más notable el de 1934, leído ante el Congreso de los Diputados el 27 de junio de dicho año, proyecto que ya contemplaba el derecho moral del autor, expresión extraña a nuestra legislación, si bien pecaba de incoherencia conceptual, al confundir derechos, facultades, propiedad y derecho de autor, confusión no exclusiva de los textos legales españoles y disculpable en cierta medida si tenemos en cuenta la desértica situación

de la doctrina española sobre la materia. A propósito del centenario de la Ley, en 1979 se inició un proceso paulatino de consolidación de la idea reformadora, a diferencia de los tímidos pasos intermedios (1908, 1928, 1956 y 1963) y las Comisiones designadas por el Ministerio de Cultura, integradas por juristas y representantes de sectores afectados, fueron bosquejando un Anteproyecto, que no fue elaborado hasta 1984 por una Comisión nombrada por el nuevo gobierno, impulsada por la labor del Senado, que dictaminó una serie de prioridades legislativas en materia de derecho de autor («B.O.C.G.», Senado, 14 mayo de 1985), culminando en el Anteproyecto de noviembre de 1985 y el Proyecto de Ley de 1 de febrero de 1986. Era apremiante la necesidad de dar respuestas a la evolución y masificación de los medios de reproducción y difusión de obras intelectuales y la adopción de una serie de medidas penales de represión de actividades ilegales, pero impunes conforme a la legislación vigente, antes que la adaptación o modernización conceptual del derecho español de autor.

Veámos en qué coordenadas jurídicas se mueve una reforma de la propiedad intelectual en España, si bien no debe perderse de vista que hoy más que nunca las obras intelectuales tienen la consideración económica de bienes de consumo, lo que en principio las somete —al menos en la conciencia social— a las leyes del mercado, que sólo pueden ser temperadas atendiendo a los valores de la personalidad de los autores, dignos de protección, y a los intereses colectivos de libre acceso a la cultura, valores no necesariamente opuestos y de obligada armonización, en todo caso, dadas las normas contenidas en los artículos 20 y 44 de la Constitución española de 1978. La consideración económica del derecho de autor no puede ser soslayada —como no debería serlo en ningún caso— para analizar el valor de los supuestos de hecho y las soluciones jurídicas contenidas en la legislación nueva.

Legislación Interna

El marco jurídico de la futura nueva Ley de Propiedad Intelectual vendría delimitado por una legislación encabezada por la Ley de 1879 y el hito constitucional de 1978. La primera Ley española sobre propiedad literaria data de 1847, recogiendo el Proyecto de 1851 una afirmación meramente declarativa sobre la propiedad de los autores sobre sus obras, comentado por García Goyena como reconocimiento obligado (1). La siguiente Ley española de propiedad intelectual, de 9 de enero de 1879 fue igualmente anterior al Código civil, entre cuyas normas sobre propiedad se encuadraban «algunas propiedades especia-

(1) Detallada relación de disposiciones históricas hasta 1847, recogidas por M. LLOPIS, Boletín «Anabad» (1), 1979, pp. 37-69.

les», en concreto las de aguas, minas y, finalmente, la propiedad intelectual. Los artículos 428 y 429 proclamaban el pleno derecho de explotación y disposición del autor sobre su obra —literaria, artística y científica— y su regulación por Ley especial, actuando el Código como supletorio, siendo aplicables las normas sobre propiedad.

La Ley de 1879, con su desarrollo reglamentario de 1880, destinado en gran parte a regular la representación de obras en los teatros, constituye el antecedente principal de la Ley de 1987, pero no es el único, siquiera con rango de Ley. La Ley 17/1966 (31 de mayo) sobre películas cinematográficas y la Ley 9/75 (12 de marzo) del libro, constituyen las cúspides de un bosque de normas internas sobre derecho de autor. Por ello, el proyecto presentado en las Cortes suponía, además de reforma parcial, una *refundición* de las normas generadas en el siglo largo de existencia de la Ley de 1879.

Esta norma, redactada en plena floración de las teorías sobre propiedades sobre bienes inmateriales y teorías patrimonialistas sobre el derecho de autor (pensemos en Kohler, que escribe Das Autorrecht, en 1880), dibujó alguna de las prerrogativas de índole moral o personal atribuidas a los autores en las legislaciones comparadas, pero no proclamó un derecho o derechos morales irrenunciables o intransmisibles. La intensísima vida teatral en Europa y en España (incluyendo opera y zarzuela) desplazó el centro de gravedad de las normas de 1879 y 1880 a la representación y ejecución de obras dramáticas y musicales (recuérdese que el primer decreto revolucionario francés de 1791, vigente hasta 1957, se refería precisamente al derecho de representación). Si bien la producción de libros era considerable ya a finales del XIX, las relaciones entre los autores y los editores españoles quedaron en un vacío legal (o más bien, regulados de forma genérica por el artículo 1.255 del Código civil), sólo integrable por analogía en los términos y al tenor de las normas contenidas en los artículos 6 y 9 de la Ley de 1879, pero difícilmente análogos a los supuestos previstos en el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, pensado más que nada como reglamentación de teatros.

Si contempló, aunque no solucionó, el supuesto de enajenación de la obra de arte plástica, dejando al pacto inter partes y, en su defecto, al artículo 9 de la Ley derogada, que establecía una presunción de no enajenación del derecho de reproducción y exposición. El advenimiento de la fonografía, la cinematografía, la radiodifusión y la televisión generaron, por lo menos, problemas de dos tipos: a) la existencia de obras fonográficas, cinematográficas, etc., que podrían o no considerarse protegibles según entrasen en el supuesto del artículo 1.º de Ley y Reglamento, y b) la posibilidad de adaptar, reproducir y difundir por el medio fonográfico, cinematográfico o radiofónico obras literarias, artísticas y científicas preexistentes, portadoras de derechos de autor. El primer problema pudo ser solucio-

nado acudiendo a la generosa analogía que la definición moderna y audaz del artículo 1.º permitía. No obstante, normas de carácter reglamentario debieron declarar la protegibilidad por la vía de la propiedad intelectual de discos fonográficos (Orden de 10 de julio de 1942) y de películas cinematográficas (Orden de 29 de marzo de 1935, sobre guiones cinematográficos), hasta la promulgación de la Ley de 1966 sobre propiedad intelectual sobre obras (no sólo guiones) cinematográficos (2).

El segundo tipo de problemas exigió un esfuerzo analógico, ampliando el concepto de obra derivada o compuesta y alcanzando a las adaptaciones de un género artístico a otro completamente diferente. Pero quedaba pendiente dar respuesta a lo que durante el siglo XX se ha venido consolidando en Europa como derechos vecinos o conexos al derecho de autor. No son ya los autores de la obra registrada en un fonograma, o en una película o emitida por la radiodifusión, sino los productores, los financiadores de la misma, quienes reclaman la protección de la inversión realizada para que éstas vean la luz, frente a la libre y abusiva utilización por terceros a veces frecuentemente cobijados por el «solapamiento» de medios (por ejemplo, la ejecución de una obra musical en concierto es grabada en disco y difundido el disco por una emisora; a su vez, la emisión de tal disco procedente de una ejecución pública, disco autorizado o no, ha sido grabado por particulares. Es posible a su vez la grabación no autorizada de la retransmisión de un concierto y la explotación de dicha grabación en el mercado). Por ello, también los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras dramáticas o dramatizadas y musicales al margen de sus contratos con los empresarios de los teatros donde actuaban, empezaron a exigir freno o participación en la grabación, reproducción y difusión de sus interpretaciones. Este problema del que se ocuparon las normas del derecho comparado (los países germanos, en especial Austria, en su Ley de 1936), exigía una respuesta de la legislación española. Las Ordenes de la Dirección General de Archivos de 14 de febrero de 1942 y del Ministerio de Educación de 1 de diciembre de 1942 supusieron un intento fragmentario de protección de los productores de los fonogramas. La no ratificación por España hasta el momento presente de la Convención de Roma de 1961 para protección de los artistas ejecutantes, los productores de fonogramas y entidades de radiodifusión y televisión dejaba hasta la nueva Ley prácticamente huérfana de regulación de rango legal a toda la serie de problemas derivados por la utilización de emisiones, grabaciones o interpretaciones de terceras personas para lucro propio, con independencia de que determinadas normas reglamentarias sobre

(2) El Convenio de Berna introduce, en su revisión de 1908 (Berlín), el derecho de grabación fonográfica y protege la obra de cine original (arts. 13 y 14); en la revisión de Roma (1928) introduce el derecho de radiodifusión (art. 11 bis).

exhibición de material audiovisual asimilara a la propiedad intelectual la situación de aquéllos (intérpretes o productores, o sea, recreadores o financiadores de la obra y, por lo tanto, mercedores de cierta protección, si no pareja, al menos vecina o cercana a la de los autores).

La legislación española se compuso de un sin fin de normas, muchas de ellas interpretativas, comprendiendo dentro o fuera de los supuestos de la Ley de 1879 los nuevos medios de difusión y reproducción que venían a ser regulados. El solo hecho de la *refundición* puede considerarse un avance respecto a la situación anterior (las disposiciones derogatorias de la Ley nueva son claras a este respecto).

Sin perjuicio de que en páginas sucesivas recordemos alguna de las características de los contenidos de la legislación anterior podemos por el momento enunciar unas ideas o líneas básicas sobre el conjunto del derecho español de autor vigente hasta hoy:

a) La definición de *obra*, tanto de la Ley de 1879 del Reglamento de 1880, en la línea de los tratados firmados por España en la misma época era omnicomprendiva y, como se ha dicho hasta la saciedad, muy moderna, tal vez no necesitada de reforma. Junto a la idea abierta de obra del artículo 1 se enumeraban casos que podrían ser dudosos (art. 7), si bien la legislación posterior vino a despejar dudas sobre el alcance de dicha Ley a las obras fonográficas, radiofónicas o cinematográficas.

b) Si bien el autor se define como *propietario intelectual* de la obra, existe cierto confusionismo entre autor y propietario cuando han sido enajenados, siquiera temporalmente, los derechos de explotación de la obra. Se considera autor al propietario al titular actual de los derechos económicos (arts. 44, 67, 70 y 75 del Reglamento). Tal confusión aparece como imaginaria si consideramos que lo que concibe la legislación encabezada por el texto de 1879 es un carácter marcadamente patrimonial del derecho de autor y propietario es, sin duda, el titular de la explotación económica de la obra. La regulación supletoria por el derecho común, ordenado por el artículo 5 de la Ley de 1879 dejaba clara la concepción no moral ni espiritual del derecho.

c) En efecto, esta idea patrimonialista aparece reforzada por la *desdibujada existencia* de una serie de *derechos morales* (arts. 8, 24 y 44 de la Ley) o facultades de índole personal en nuestra legislación, con la conciencia de normas —si bien reglamentarias— que consagraran el derecho de retirada o el de arrepentimiento (Reglas 91 y 93), prerrogativa personalísima del autor todavía hoy objeto de polémica. La falta de solidez legal del derecho moral de autor en España se mantuvo a pesar de la integración desde su fundación en la Unión de Berna cuyo Convenio adoptaría desde la Conferencia de Roma de 1928 el artículo 6 bis (retocado en Bruselas en 1948) que instituía

el derecho moral, norma invocable, sin embargo, por los extranjeros nacionales de la Unión ante los Tribunales españoles.

d) La concepción de la propiedad intelectual *como un todo* monolítico no desgajable en distintos derechos, venía corroborada por la *transmisión* de la propiedad contemplada en la Ley española. La inadecuación de dicha concepción hacía especialmente difícil aplicar las normas sobre enajenación de derechos específicos, típica de un contrato de representación (regulado por el Reglamento de 1880) o de un contrato de edición, que sólo en 1975 vino a contradecir el despropósito consagrado legalmente; existe una cesión del derecho o facultad de reproducción y de explotación, limitado a cierto número de ejemplares, con unos plazos claudicantes, pero no se transfieren la propiedad global sobre la obra, sino un derecho de alcance limitado sobre la misma. La «destrucción» de esa propiedad única e indivisible era contemplada en la Ley de 1966 sobre obras cinematográficas. La atribución, desde el inicio, de la coautoría a los creadores principales de la película y de la titularidad de la explotación de la obra al productor dejaba evidente la necesidad de consagrar un concepto legal de propiedad intelectual más flexible y de acuerdo a los distintos supuestos de producción intelectual.

e) La *exigencia de Registro* para recabar la protección de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 36 LPI de 1879), si bien amparaba el derecho de inédito porque efectivamente «no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual» (art. 8 de la Ley 1879), dejaba en evidencia la concepción como propiedad del derecho de autor y plasmaba más bien un derecho de exclusiva o un derecho de explotación preferente de ciertas obras, matizado con ciertas prerrogativas de índole personal que determinaban la validez y eficacia de los contratos firmados por los autores si lo consideramos globalmente o como una serie de derechos, patrimoniales y personales, cuyo ejercicio está sometido a un trámite administrativo, si queremos dar una idea más analítica del poder que ostentan los autores de obras científicas, literarias y artísticas. Cierto es que pocas legislaciones optan por la libertad de registro y depósito, pues si tenemos en cuenta la naturaleza casi siempre inmaterial del objeto-obra intelectual del derecho de autor, la opción por la publicidad formal es casi la única que queda para defender de forma preventiva el derecho de propiedad, dada la insusceptibilidad de posesión material ya puesta de relieve, sólo subsanable por un ejercicio público del derecho sobre la obra, divulgándola y explotándola, pero dejando en ese caso sin sentido el derecho de inédito (3).

He tratado de dibujar las líneas básicas en cuanto el *contenido* del derecho sustantivo de autor español anterior a la reforma. Se-

(3) Como bien dice FORNS (R.D.P. 1.944, p. 641) la Ley de 1879 «se acordó en el momento cumbre de entusiasmos por el Registro».

ría un error escindir los derechos de las acciones aparejadas para su protección por los tribunales, llamando a éste derecho adjetivo o puramente procesal. La gestión negocial de los derechos y las acciones civiles y penales han sido objeto de reforma y serán tratados en su lugar correspondiente y de su eficacia depende realmente la eficacia y virtualidad del derecho de autor ideado y estructurado por el legislador. Sin restarle importancia, vamos a detenernos más en los aspectos resumidos en los párrafos precedentes.

Los Convenios Internacionales

Debe recordarse una vez más el compromiso y la aplicación en España en beneficio de autores extranjeros de los Convenios de Berna 1886 y de Ginebra 1952, ambos en su revisión de París de 1971, así como el Tratado de 29 de octubre de 1971 de protección de productores de fonogramas, todos multilaterales y cuyas líneas maestras deben entenderse que, si no directamente aplicables a españoles en España, sí constituyen un precedente y un elemento integrable del orden público español en materia de derecho de autor, que debe dar ciertas pautas interpretativas e incluso normativas sobre la orientación que la reforma pueda tener, a salvo la soberanía del poder legislativo de regular según su particular concepción del orden interno, limitada en todo caso y sólo por la Constitución española de 1978.

a) El Convenio de Berna de 1886, del que España fue miembro fundador, ha tenido el valor en materia de propiedad literaria, en un principio de alcance básicamente europeo, pero paulatinamente mundial, estando hoy la Unión de Berna integrada por 75 países, siendo las ausencias más notables la Unión Soviética y los Estados Unidos de América.

Las siete revisiones que el texto de Berna ha experimentado en los cien años de existencia han ido perfeccionando la idea embrionaria de la Unión: la existencia de una serie de derechos mínimos «iure conventionis» que han ido aumentando o matizándose en las sucesivas revisiones; el principio de asimilación al nacional de los ancionales de estados de la Unión y el de reciprocidad, vigentes ambos con el propósito de estimular a los países unionistas a mantener un standard considerable de protección, de forma que sus autores no busquen publicar originalmente en otros países de la Unión que otorguen mayor protección (amparándose en la asimilación a los nacionales), ni que el trato ofrecido a los extranjeros haga esperar (en aplicación de la reciprocidad) una desprotección jurídica y económica de sus nacionales fuera de sus fronteras.

Dada la evidente disparidad de criterios y concreciones legales (de esa disparidad) existente entre las legislaciones de todos los países de

la Unión, si bien existe la posibilidad de reserva, no cabe que afecte a los aspectos sustantivos del Convenio que obligan «iure conventionis». Así existen compromisos inderogables por reserva:

— El país de origen de la obra determina si esa obra es protegible por el Convenio de Berna: si dicho país pertenece a la Unión, el autor o los titulares de derechos sobre la obra tienen derecho a protección automática (art. 5) en los términos del Convenio (4).

— La duración, como regla general, se extiende a cincuenta años «post mortem auctoris» (diferente en obras cinematográficas, fotografías, anónimas y seudónimos), sea cual sea la duración de los derechos en las legislaciones internas de países de la Unión.

— Los derechos de reproducción (art. 9), moral (art. 6 bis), de traducción (art. 8), de representación o ejecución pública (art. 11), de radiodifusión (art. 11 bis), recitación pública (art. 11 ter), adaptación (art. 12) de grabación (art. 13), cinematográfico (art. 14) y de suite (art. 14 ter) son de obligada protección en los países miembros de la Unión según los términos del Convenio, aunque en ocasiones queda a expensas de protección a los nacionales propios la tutela de autores extranjeros.

— Son límites o excepciones «iure conventionis» al derecho de autor la inclusión de fragmentos de obras en las noticias diarias o de actualidad (art. 2.8) o a modo de cita (art. 10.1) quedando a la soberanía de las legislaciones internas ampliar a otras excepciones los límites al derecho de autor (textos oficiales, discursos políticos o forenses, artículos periodísticos, uso educativo, etc.) (arts. 2.4, 2 bis, 10.2 y 10 bis del Convenio de Berna, París 1971).

Estamos ante un sistema imperfecto, pero todo un conjunto de normas sustantivas y principios que al margen de su valor inmediato vinculante a los Estados en beneficio de los nacionales de la Unión, ha tenido un papel informador de las legislaciones nacionales, salvo, tal vez, de la legislación española en los últimos cien años. El proyecto de Ley presentado ante las Cortes pretende actualizar la influencia que el Convenio de Berna debió tener en su día sobre la ley española.

b) La Convención Universal de Ginebra sobre derecho de autor fue acordada en 1952 para tratar de salvar el abismo que se había creado entre la Unión de Berna y los países sudamericanos, anglosajones y del tercer mundo. Auspiciada por la Unesco, la Convención de Ginebra suponía un compromiso menos fuerte e intenso que el mínimo standard exigible «iure conventionis» dentro del Convenio de Berna, limitándose a: 1) *demandar* una protección efectiva y adecuada a los países signatarios (art. 1). La vaguedad de la norma no tuvo

(4) El país de origen de la obra es el de la publicación de la obra o para las obras inéditas, el de la nacionalidad o residencia habitual del autor (art. 5).

más finalidad que alcanzar un acuerdo fácilmente aceptable por aquellos países reticentes a la cooperación internacional o partícipes de un concepto de copyright radicalmente diferente del sostenido en el texto de Berna. Los países que, como España, siendo de la Unión de Berna, ratificaron el Congreso de Ginebra debieron, sin embargo, aceptar en propio interés la llamada cláusula de salvaguarda de Berna, destinada a evitar la «fuga» de países del primer convenio amparándose en la segunda convención (5). 2) Contrariamente al espíritu de Berna, el texto de Ginebra exigía el cumplimiento de *formalidades* en el país de origen para recabar la protección de las obras. La transacción entre los países unionistas y la exigencia básicamente norteamericana quedó en la suficiencia de los símbolos (c) hoy universalmente difundidos (como equivalentes de haber cumplido las formalidades) (art. 3). 3) La duración mínima de protección fue establecida en 25 años pma, lo que se estableció como límite a la regla del plazo más corto entre el país de origen de la obra y el país en que se reclama la protección. 4) El principio de protección exigible en los países del Convenio de Ginebra era la resultante de la asimilación a la protección otorgada a los nacionales (falta así la reciprocidad del Convenio de Berna). Esto hizo posible la ratificación por Estados Unidos y muchos países descolonizados de un texto que dio un paso histórico en 1967 (Conferencias Estocolmo) al establecer disposiciones especiales para los países en desarrollo y que en 1973 tuvo la adhesión de la Unión Soviética.

El texto de Ginebra puso en España en relaciones diplomáticas, de asimilación pero no de reciprocidad, con las dos potencias, así como con muchos países que todavía no habían ratificado el Convenio de Berna.

La doctrina y la jurisprudencia española

Hemos visto hasta este punto los antecedentes legales de la reforma española del derecho de autor: una normativa interna fragmentada y dispersa en torno a la Ley de 1879 y los Convenios multilaterales de Berna y Ginebra, ambos en su revisión de París de 1971. No se ha mencionado el Convenio de Roma de 1961, protector de derechos vecinos al de autor (intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión), porque hasta la fecha no ha sido ratificado por España, no era derecho interno español. Sí debía mencionarse el Convenio de 1971, firmado en Ginebra el 29 de octubre,

(5) El artículo XVII y Declaración anexa relativa, Convenio de Ginebra, en su revisión de 1971: en síntesis establecen que las obras que tengan origen en un país retirado de la Unión de Berna después del 1 de enero de 1951 no serán protegidas en los países de la Unión; la Convención de Ginebra no será aplicable en las relaciones entre países de la Unión de Berna respecto a obras cuyo origen esté dentro de la Unión.

para la protección de los productores de fonogramas contra su reproducción no autorizada, intento de salvar las abstenciones del Convenio de Roma de 1961 (más ambicioso), al menos, protegiendo a productores fonográficos.

Pero no queda dibujado el panorama antecedente a la Reforma de 1985-1987 en el Derecho de autor si, antes de entrar en la Constitución de 1978, no hacemos mención somera del estado de la doctrina y jurisprudencia españolas del último siglo sobre la propiedad intelectual.

Sin ser exhaustivo, porque no es el objetivo de mi estudio, no puede decirse en puridad que haya una doctrina legal y una doctrina científica española asentadas sobre la propiedad intelectual cuando las obras científicas y las sentencias de la Primera Sala del Supremo no exceden de la veintena en un siglo. No es un análisis grosero acudir al número para describir la desértica o inexistente condición de la doctrina. Lo que importa ciertamente es que no puede decirse que la doctrina o la jurisprudencia española haya debatido el derecho de autor. No ha habido tal debate, pero no significa que sea un síntoma de conceptos pacíficos: al calor de la nueva Ley seguramente se pondrá de relieve la necesaria polémica y discrepancia de la doctrina sobre puntos aislados, nucleares y marginales del derecho de autor.

Sería injusto olvidar que ha habido obras aisladas, notables o muy notables, desde los Comentarios de Danvila de 1882 a la Ley y Reglamento que él mismo contribuyó a redactar, hasta el intento sistematizador de Baylos (1976) dentro de todo un trato de Derecho Industrial y los Comentarios asimismo sistemáticos de Peña (1985) a los artículos 428 y 429 del Código Civil. Pero, aparte la calidad innegable de las obras mencionadas, así como de las contadas aportaciones del tiempo intermedio, el hecho indiscutible es que la doctrina española no ha *discutido* los numerosos problemas suscitados por la propiedad intelectual, desde su naturaleza y objeto hasta los últimos problemas provocados por los ordenadores. Una razón podría ser la calidad de las obras mencionadas («no hay nada más que decir»), pero la escasez de enfoques distintos, la escasez de debate ha empobrecido lo que podía haber sido una doctrina lúcida de una Ley moderna. Esriche, en su edición de 1874, dedica un buen número de páginas a la voz «autores». Kohler, pionero alemán, cita en su Tratado de 1907 las obras de Danvila (1883), Cuevas García (1893) y López de Andersona (1894). José Forns tuvo acogida en la Revista «Il Diritto di Autore». Los expertos españoles tuvieron en los foros internacionales, pero es imposible hablar de un estado de la doctrina española. Solamente, en los últimos años, desde los sectores implicados en la reforma (editores, sociedad de autores, productores cinematográficos) y desde los cimientos sólidos de la doctrina española del Derecho industrial y de la competencia se ha acometido, por unos, un intento

de concienciación social y de esfuerzo doctrinal ágrafo con la celebración de seminarios y jornadas sobre el derecho de autor o sobre aspectos puntuales (reprografía, sociedades de gestión, etc.) y, por otros, el «desembarco» en una tierra de nadie, que Otero Lastres, desde las actas de Derecho Industrial (1982) reclama para el Derecho Mercantil. El hecho es que la falta de debate, propiciado seguramente por la condición de «res derelicta» que ha tenido la propiedad intelectual en España, impide explicar la reforma desde la doctrina.

Algo parecido podría decirse de la Jurisprudencia española. Las cuatro primeras salas del Supremo han tenido ocasión de dilucidar asuntos de derecho de autor: la Primera, pleitos fundamentalmente entre herederos de algún autor —o entre éstos y un cesionario— y por infracción de contratos de edición, aparte del célebre pleito del escultor Pablo Serrano, que ha dado lugar a dos sentencias, en 1965 y 1985. La Segunda Sala ha discutido en la escasa veintena de sentencias el aspecto doloso imprescindible para apreciar infracción del derecho de autor punible penalmente, si bien existen dos sentencias que han ido más allá, en un intento teórico por explicar la propiedad intelectual antes de dilucidar la existencia del delito, que ha llevado a elogiabiles y sorprendentes construcciones, acudiendo incluso a la Declaración Universal de Derechos Humanos [notablemente la STS (2.ª) de 23 de mayo de 1985]. La apreciación de infracción intencionada o no intencionada ha sido el centro de gravedad de la doctrina penal del Supremo sobre propiedad intelectual. Las Salas de lo Contencioso, por su parte, han dilucidado los recursos por problemas registrales o por decisiones de la autoridad que afectaban al dominio público por falta de publicación, a la denegación de una marca o nombre industrial por coincidencia con una obra extranjera registrada, o a las emisiones de radio y televisión.

A pesar de todo ello, aunque la Jurisprudencia española ha parecido desproteger el derecho moral del escultor a la integridad de su escultura, por inaplicabilidad del Convenio de Berna (art. 6 bis) a un nacional, siquiera como principio general del derecho (1965) o por irretroactividad de la Constitución, inadecuación del procedimiento e inaplicabilidad del artículo 20 de la Constitución española al caso (1985), resulta injusto afirmar que el Supremo ha ignorado el derecho moral o que exclusivamente ha reconocido aquel derecho moral que estaba expresamente regulado en las leyes de 1879, de 1975 o de 1966. Si analizamos la jurisprudencia española del último siglo veremos que la Ley de 1879 ha sido sobradamente completada por el Alto Tribunal, tanto reconociendo que la propiedad intelectual es un caso de propiedad que no puede asemejarse sin más al dominio ordinario como analizando los derechos integrantes de la misma y distinguiendo el plano moral o personal del puramente patrimonial. Los esporádicos de las sentencias sobre propiedad intelectual impide que exista una

conciencia de doctrina legal constante sobre la materia, pero el caso Serrano, resuelto por razones procesales [contradichas por el Constitucional, que, sin embargo, sí apreció extemporaneidad de la pretensión (STC 18-3-87)] no debe conducirnos a afirmar que no hubiera una concepción dualista del derecho de autor en la Jurisprudencia española o que ésta había seguido literalmente los dictados de la Ley de 1879, cerrando los ojos a las leyes vecinas o a los Convenios ratificados por España para construir su concepción analítica de la propiedad intelectual.

Cierto precedente de la nueva Ley podría encontrarse en la dispersa jurisprudencia española, pero el grado de complejidad de la nueva Ley responde a la presencia de España en los foros internacionales y al papel activo de los grupos de presión en la redacción de los anteproyectos y en las discusiones parlamentarias, antes que a exigencias judiciales. Ha llegado el momento de detenernos en la Constitución de 1978.

2. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL DERECHO DE AUTOR

El valor constitucional del derecho de autor a la luz de la norma española de 1978 debe ser analizado al menos en dos aspectos, a saber, qué naturaleza o reconocimiento constitucional tienen los derechos de autor y, supuesto que tengan rango constitucional, cuál es el contenido esencial del derecho de autor español en 1978 o el contenido constitucional que informe la legislación en dicha materia.

La incardinación constitucional del derecho de autor ha sido de disparidad *doctrinal*, ofreciéndose básicamente las dos siguientes opciones: a) como tal propiedad especial, se encuentra englobada en el dominio y por tanto reconocida en el artículo 33 (6); b) los derechos de autor son la resultante del reconocimiento y protección del derecho a la libre creación y producción artística, científica, literaria y técnica proclamados por el artículo 20.1.b) de la Constitución española (7). Tal discrepancia no ha sido evitada en la única sentencia

(6) Eso parece opinar CHICO ORTIZ («R.C.D.I.», noviembre-diciembre 1984, pp. 1.331-1.333) y STORCH DE GRACIA («La Ley», 1986, 2, 1177) y GÁLVEZ (Coms. a Constitución, dirigidos por Garrido Falla, p. 260).

(7) En esta línea se encuentran PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (comentarios al Código Civil, Albaladejo, t. V, vol. 2.º, p. 732, Madrid 1985). BERCOVITZ, aunque de manera genérica (la protección de los productores de fonogramas, en Homenaje a Beltrán de Heredia, p. 46, Salamanca 1984). FERNÁNDEZ Y CAMPOAMOR (comentarios a las leyes políticas, Alzaga, Madeir, 1984, pp. 545). Así como OTERO LASTRES («La Ley», 1986.2, p. 370) y SERRANO ALONSO («Actualidad Civil, 1986, núm. 2), aunque este último critica duramente la inclusión del derecho de autor como fundamental, a diferencia del rango constitucional del derecho de propiedad, donde debería englobarse. CHICO, en un primer momento («R.G.L.J.», 1981, p. 418) parecía opinar que los derechos de autor veían reconocidos en el artículo 20 de la Constitución española.

del *Tribunal Supremo*, posterior a 1978, que trata el tema, si bien marginalmente porque formalmente no se entra en el fondo de la cuestión: la STS (Sala 1.^a) de 9 de diciembre de 1985, sobre el pleito sostenido por el escultor Pablo Serrano con una entidad hotelera, refleja la discrepancia en el Alto Tribunal sobre la ubicación del derecho de autor en la Constitución española de 1978. Ponencia y voto particular, aparte de discrepar sobre el núcleo de la sentencia relativo a la inadecuación de procedimiento elegido por el recurrente para solicitar la protección, divergen igualmente en el sentido del artículo 20.1.b) de la Constitución española. Mientras para el ponente, el artículo 20.1.b) reconoce un genérico derecho a crear, pero no un derecho de autor, derecho cuyo objeto es un bien material, pero en absoluto un bien de la personalidad, para el magistrado discrepante la norma contenida en el artículo 20.1.b), en conexión con el artículo 27.2 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lo que hace es constitucionalizar el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de los intereses materiales y morales. [Sin embargo, el ponente venía a admitir en el 8.º Cdo. que en el 20.1.b) de la Constitución española se reconocía de forma genérica el instituto del derecho de autor, de forma no improvisada, quedando todo el sistema de protección a expensas de su posterior concreción legislativa (3.º Cdo.)].

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1987 («B.O.E.» de 14 de abril de 1987) no llega a pronunciarse sobre la incardinación del derecho de autor en el artículo 20 de la Constitución española, aunque puede dar a entenderlo. La irretroactividad de la Constitución española y la extemporaneidad de la pretensión fueron las «rationes decidendi». G. de Enterría, recurrente, considera que el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho moral de autor como derecho fundamental (ABC de Madrid, 12 de abril de 1987, pág. 32) en un artículo posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional, denegatoria del amparo solicitado por la viuda del escultor Serrano.

A mi juicio, no han sido expuestas ni por autores ni por magistrados todas las posibilidades que ofrece el texto constitucional de 1978 para localizar un reconocimiento no remoto a los derechos de autor: alusiones o fundamentos del derecho de autor en la Constitución española de 1978 se encuentran en:

- a) El artículo 33.1 como especie de propiedad privada.
- b) El artículo 20.1.a) como mecanismo de protección eficaz de la libertad de expresión, en caso de que ésta se materialice en obra, cualquiera que sea su género (en especial, los derechos morales).
- c) El artículo 20.1.b) como sistema de protección («se reconocen y protegen...») de la libertad de creación y producción literaria artística, científica y técnica.

d) El artículo 35.1 como forma de trabajo (la autoría) cuya elección es libre y cuya explotación por cuenta ajena da derecho a remuneración.

e) El artículo 44 tanto como forma de garantizar el acceso a la cultura cuanto como estímulo a la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica.

a) En tanto no sea revisado el concepto y naturaleza del derecho de autor como propiedad especial, el hecho es que el ordenamiento positivo español lo conceptúa como tal y prescribe la aplicación supletoria de las normas sobre propiedad a lo no regulado en la legislación especial (vid. arts. 429 del Código civil y 5 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879). Todo esto es producto de la contemporaneidad de la vieja Ley hoy derogada y del Código civil español con el auge en Europa —y su adopción mimética en España— de las teorías patrimonialistas del derecho de autor y de las propiedades sobre bienes inmateriales.

A pesar de las dificultades dogmáticas que plantea la concepción dominical del autor, no es incorrecto afirmar que el derecho a explotar económicamente la obra cuyos derechos no han sido cedidos, así como la facultad perpétua de configurar el objeto de sus derechos (de dotar de contenido o de modificarlo a sus obras, así como autorizar o negar a otros que lo hagan) son actos de propietario, de «dominus», mas si tenemos en cuenta el carácter exclusivo («propius») y excluyente, si bien deben atenderse a las particularidades de los objetos sobre los que recaen.

De ahí, esto siguiendo dicha concepción dominical, las limitaciones impuestas al derecho de autor (tradicionalmente, el derecho de cita, la utilización informativa, etc., ampliados ahora por la nueva Ley, arts. 31-40), serían manifestaciones de la función social de la propiedad, proclamada por el párrafo 2.º del artículo 33 de la Constitución española. Para Alvarez Romero (8) la propiedad intelectual nació en España con una significación social acusadísima, superados los privilegios de siglos anteriores. El artículo 40 de la vieja Ley de 1879 supone para este autor una afirmación vigorosa de la función social de la propiedad intelectual, más acentuada que en ningún otro tipo de propiedad y anticipándose a normas de mayor rango que persiguieran la propiedad inactiva.

Sin embargo, si como propone Montés (9), la función social de la propiedad se manifiesta técnicamente en restricción de facultades, imposición de deberes o en el condicionamiento para su ejercicio de

(8) *La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual*, Boletín «Anabad», año XXIX, núm. 1 (1979), pág. 86.

(9) *Comentarios al Código civil (Albaladejo)*, tomo V, vol. 1, p. 126, Madrid 1980.

ciertas facultades, no parece que sean estos llamados límites al derecho de autor la consecuencia de la función social ni que respondan a ese esquema dogmático descrito.

Que los derechos de autor tengan su fundamento constitucional en el reconocimiento de la propiedad privada es algo que hoy puede suscitar más dudas, pero no sólo conceptuales, sino simple y llanamente de derecho positivo y de su realización práctica ante los Tribunales. Este fundamento dominical del derecho de autor es muy caro, como es lógico, a la doctrina francesa y, en parte, a la doctrina alemana de derechos de autor.

Los primeros, partiendo de una Ley (de 1957) que se denomina de propiedad literaria y artística, cuyos artículos 1.º y 29.º proclaman literalmente que el autor goza de una propiedad incorpórea sobre su obra, no tienen otra opción que, aun reconociendo el derecho moral que su propio artículo 6 proclama, construir el derecho de autor como propiedad especial, propiedad literaria. A partir de la Ley de 1957 surgieron varias interrogantes sobre la naturaleza dominical del derecho de autos francés, encontrando en general una respuesta afirmativa (10).

Los alemanes, por su parte, tienen una Ley (de 1965) que se llama de derecho de autor y cuyos preceptos para nada aluden a derechos de propietarios, propiedad. La doctrina considera que la Ley alemana de 1965-85 practica una concepción monista del derecho de autor, y se inclinan por hablar de *geistiges Eigentum*, así como a la hora de juzgar la constitucionalidad de ciertas normas de la Ley de 1965 recurridas ante el Tribunal Constitucional alemán. Los recursos resueltos por dicha corte, en julio de 1971, tuvieron repercusión incluso en autores que no se dedican a esta disciplina (Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, edición española, Barna, 1985) hasta el extremo de afirmar que el Legislador puede modificar mediante una disposición legal determinadas facultades del propietario (se refiere al autor, pág. 93, edición española) (10 bis).

(10) Vid. sobre este punto concreto los artículos de TOURNIER, *Peut-on acquérir la propriété d'une oeuvre de l'esprit?* RIDA XX (1958), HEPP: *Le droit d'auteur «propriété incorporelle»?* RIDA XIX (1958) y DE CHIOCCI: *Il diritto di autore, diritto di proprietà nella nuova legge francese, Dir di autore 1957*, pp. 410-438. El belga PIERRE RECHT es bien tajante tanto en su obra *Le Droit d'auteur, une nouvelle foem de propriété. Histoire et Theorie*, París, 1969, como en la versión abreviada de la misma, en alemán, en el Ufita 57 (1970), pp. 1-30, descartando todo tipo de tesis espiritualistas para explicar la propiedad intelectual, incluido el derecho moral, explicándose todo desde el instituto de la propiedad ordinaria (Ufita: *Archiv für Urheber, Film, Funk und Theaterrecht*, editado en Berlín desde 1928).

(10 bis) Mientras los franceses tienen la dicción literal de su propia Ley [propiedad incorpórea (art. 29) y derecho de propiedad incorpóreo, exclusivo y oponible a todos (art. 1)] pie forzado a la incardinación de su naturaleza jurídica, los alemanes no se han visto obligados a centrar en el derecho de la propiedad el fundamento constitucional del derecho de autor; pero esa es la tendencia casi unánime, de la que es buen

Sin embargo, la inadecuación del concepto de propiedad a la llamada propiedad intelectual y la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dejan por lo menos sin solución los problemas siguientes: 1. La no susceptibilidad de posesión del objeto intelectual (salvo las obras plásticas) y el consiguiente disfrute simultáneo por varias personas, mermando el sentido de las acciones reivindicatorias, posesorias y la intervención —y eventual garantía— expropiatoria (11). 2. La acumulación de varias propiedades sobre un mismo objeto —obra de arte o intelectual (obras plásticas o manuscritos originales) no ha encontrado solución satisfactoria a los problemas que plantea la coincidencia de un dominio material sobre el objeto y la reserva de los

representante el profesor MAUNZ (Das geistiges Eigentum im verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR, märz 1973, p. 107); no obstante, existen propuestas, como la del iuspublicista G. Hermann, que aboga por una dispersión del fundamento constitucional del derecho de autor, en contra de los que piensan en un fundamento constitucional de la propiedad intelectual; para él, en los artículos 2, 1, 5, 12 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn residen los diversos fundamentos del derecho de autor, no existiendo una jerarquía que «resuelva» el concurso de normas aplicables e invocables ante los Tribunales. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de ciencia y del arte, de expresión, la libre elección de profesión, así como la propiedad fundamental desde la Constitución la protección a los autores [HERMANN: *Verfassungsrechtliche und rundfunkrechtliche Aspekte des Urhebervertragsrechts*, «Ufita», Bd 73, p. 85 (1975)].

(11) PEÑA (comentarios, cit. p. 718) considera que no es aplicable la posesión; sobre este punto recuérdese el artículo de Díaz García en la R.G.L.J. de 1948, 528-546, que comenta el Decreto de 13 de octubre de 1938, referente al depósito de obras en la Biblioteca Nacional, una de cuyas disposiciones otorgaba los beneficios y las consecuencias de la posesión civil sobre la obra al depositario, disposición duramente criticada por dicho autor. La Ley italiana de 1941 habla en su artículo 167 de la posesión legítima de los derechos de autor. Messineo ha deducido de ello la posesión en general del bien inmaterial. Barassi lo ciñe exclusivamente al supuesto. Como excepción al embargo, el Estatuto español de Propiedad Industrial, en su artículo 373.2 habla de que el querellado posea, explote y utilice lo que constituye el objeto de la patente.

Respecto a la acción reivindicatoria o la protección posesoria, lo que realmente protege a los autores del disfrute de su obra y de su derecho es una acción de cesación, al margen de la eventual reclamación de paternidad que pudiera entablar, acción comparable a la declarativa de dominio, pero imprescriptible. En los demás casos fundametales de lesión —que el autor no ha autorizado explotar o usar su obra a un tercero o que el autor no admite el modo de explotarla, aun mediando autorización, porque afecta a la integridad de la obra o a su reputación— lo que ampara eficazmente el autor lesionado es una acción de cesación del hecho fraudulento civil o penal —podría atribuirsele un valor equivalente a las acciones negatorias, respecto al actor, y a los interdictos, respecto al demandado, pero la comparación no deja de ser incorrecta—. Valga esto para nuestro Derecho (la vieja Ley, en sus artículos 46 y 49 prevenían la suspensión gubernativa de actos fraudulentos; la nueva Ley, en sus artículos 123 y siguientes, gira en torno a las ideas de cese de la actividad e indemnización), pero también para el Derecho comparado: cesación y secuestro de ejemplares o de recaudación prevén las leyes francesa (art. 66), alemana (arts. 97-99), italiana (art. 161) y portuguesa (art. 201) de derecho de autor. No es casual, por otra parte, que en los sistemas anglosajones se opte por la «injunction», especie de «equitable remedy», esto es, mandamiento discrecional del tribunal cuando estima que los «daños» (resarcimiento de los daños) no son adecuados para la protección solicitada, no cabiendo, en modo alguno, la alternativa de indemnizar a dicha obligación de no hacer (a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 925): el artículo 502 de la Ley norteamericana y el artículo 17 de la Ley inglesa de Copyright establecen la injunction —en el primer caso, temporal o perpetua—.

derechos de exposición y reproducción, salvo pacto en contra, en manos del autor vendedor del objeto. 3) Las accesiones sobre la obra en ningún caso dan lugar a la absorción dominical por parte del propietario de la parte principal, sino antes al contrario, derechos al autor de la obra derivada, eso sí, con respeto de los derechos de la obra original. 4) Las relaciones entre el propietario intelectual de la obra y los titulares de derechos económicos sobre la misma han quedado sometidos a la fuerza de los pactos sin obstar para ello la naturaleza supuestamente irrenunciable de los derechos morales. 5) El Registro forzoso para recabar la protección, como ya se ha señalado más arriba, debilitaba el carácter dominical de la propiedad intelectual, convirtiéndola más bien en un derecho de exclusiva o preferente. 6) El pase, en todas las legislaciones, más pronto o más tarde al dominio público nos presentaba una propiedad claudicante ante la que pocas similitudes o analogías podían aplicársele configurándola de propiedad, por muy especial que se quisiera. 7) La aplicación igualmente de las normas del usufructo (bien de obra intelectual, bien del deudor de autor) (12) hacen irreconocible tal explotación de la obra o derecho ajeno, debido fundamentalmente a las prerrogativas del autor, muy superiores a las del propietario en esta materia —no queda vinculado por el principio «salva rerum substantia», no puede enajenar ciertos derechos limitando seriamente el título constitutivo—, por lo que era necesario recurrir a otras figuras típicas o atípicas de cesión de derechos o facultades (de reproducción, traducción, adaptación, representación, etc.) que llevaban el problema al derecho de obligaciones y desplazaban del campo de los derechos reales y de la propiedad la difusión ordinaria de obras intelectuales. Si a esto añadimos la confusión terminológica que la legislación española y extranjera han tenido, así como la ubicación no uniforme de la propiedad intelectual en los códigos civiles europeos veremos que no es adecuado encuadrar dogmáticamente en la propiedad la institución de los derechos de autor, aunque éste tenga algunos caracteres comunes con el propietario ordinario.

La Ley española, junto con la francesa, es la única que se llama de propiedad intelectual. Las demás leyes de nuestros países vecinos se llaman de derecho de autor. La Convención de Berna de 1886 es de protección de las obras artísticas y literarias. La Convención de Ginebra es la Universal del Derecho de Autor.

(12) VENEZIAN en su monografía sobre el Usufructo (1928), PUGLIESE (*Usufructo, uso y habitación*, Turín, 1972), los comentaristas del BGB (Staudinger, por ejemplo) y en España DALMASES (*El usufructo de créditos*, 1932) estudian el usufructo de propiedad intelectual y de la obra del ingenio. Es, sin embargo, la Ley portuguesa sobre derechos de autor de 1985 la que expresamente reconoce que «el derecho de autor puede ser objeto de usufructo, tanto legal como voluntario» (art. 45).

Conviene recordar la definición —audaz si se quiere— que las leyes belga y holandesa hacen del derecho de autor como «bien mueble, cedible y traspasable, en todo o en parte...». La ley americana de 1976 habla de la transmisión «mortis causa» del derecho de autor como personal «property» (esto es, bien mueble) (art. 201.d.1)].

El Código civil español habla ciertamente de propiedades especiales, entre ellas, la intelectual. El Código francés y el B.G.B. para nada contemplan ni por vía de remisión la llamada propiedad literaria o el Urheberrecht alemán. El Código italiano tiene normas sobre derecho de autor en su Libro IV sobre «Il lavoro». El Código civil portugués excluye expresamente que las cosas incorpóreas puedan ser objeto de propiedad (art. 1.302 a contrario).

El Código penal español habla de infracciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual. Como se puede ver, la incierta categorización del derecho de autor como propiedad es incluso palpable en el campo terminológico. El Proyecto de Ley Orgánica reformadora del Código penal («B.O.C.G», Congreso, 17 de enero de 1980) incluyó la infracción del derecho de autor (art. 352) como delito contra el orden socio-económico. El bien jurídico protegido no era el patrimonio, o no sólo el patrimonio individual.

b) Derecho de autor y libertad de expresión. El derecho a plasmar ciertas ideas de una forma concreta, la libremente elegida por el sujeto, a hacerse responsable de las ideas expresadas y difundidas y a defenderse de la falsa atribución de expresiones no vertidas por la misma persona, son tanto consecuencias de la libertad de expresión como núcleo del derecho moral del autor.

Además, ha sido subrayado por algunos autores el papel que un sistema de derecho de autor tiene como garantía, entre otras, de una verdadera libertad de expresión (13). El estímulo, a su vez, que supone otorgar a los autores y creadores un poder personal y patrimonial sobre sus obras fomenta la creatividad o cuando menos la dedicación a la investigación y creación, a veces integrada por años y años de trabajo, que sólo se ven culminadas una o dos veces en cada persona a lo largo de su vida, la producción de obras acabadas y dignas, a su juicio, de ser difundidas: la inversión de tantas horas no puede

(13) DE SANCTIS, que cita una ordenanza del Pretor de Roma de 8 de julio de 1971, que dirimió entre libertad de expresión y derecho de autor (*La cour constitutionnelle italienne et le droit d'auteur. Hommage H. Desbois*, París, 1974, p. 306). HERMANN (*Verfassungsrechtliche...*, cit. nota 10 bis). FABIAN I en la revista «Il Diritto di Autore» (1978), p. 720. SANTORO en la misma revista (1979), p. 754. COHEN JEORAM: *The freedom of expression and the copyright and media Law*, en «Grur» (Gewerbliche Rechtsschutz und Urheberrecht) International, 1983, pp. 385-390. FREITAS, «Boletín de derecho de autor de la Unesco», 1984, núm. 3, pp. 18-28. DONTSEEV en el mismo número escribe *Libertad de expresión y derecho de autor*, que consiste, sin embargo, en un canto de las excelencias del sistema soviético.

ser defraudada con un despojo o desprotección absoluta de los resultados de dicha creación intelectual.

c) Artículo 20.1.b). Efectivamente, el ponente de la STS de 9 de diciembre de 1985, comentada más arriba, considera que en el artículo 20.1.b) se reconoce un derecho genérico a crear y producir obras intelectuales. Uno de los comentaristas de dicha sentencia distingue en dicha línea un derecho a ser autor de un derecho de autor. Sin embargo, existen varias razones para considerar que el sentido que tiene el artículo 20.1.b) como norma especial y distinta de la contenida en el artículo 20.1.a) es que se reconocen los derechos de autor con rango de derecho fundamental. A ello contribuyen una serie de indicios interpretativos bastante fuertes:

1. De los debates constituyentes se deduce que lo que se estaba reconociendo con la norma «derecho a la creación y producción literaria, artística...» eran los derechos de autor. El primitivo artículo 19.1.b) fue discutido en la fase constituyente y, si bien unos estimaban que era innecesario, bien como subespecie de la propiedad reconocida en el artículo 33 (entonces artículo 29) (Enmienda número 779 al Anteproyecto de 5 de enero de 1978 presentada por UCD), o bien (como un derecho subjetivo civil) impropio de rango constitucional y objeto de Ley ordinaria (Carro: Enmienda número 2 al Anteproyecto de la Constitución española de 5 de enero de 1978), lo cierto es que lo que se discutía era la oportunidad de reconocer la propiedad intelectual o los derechos de autor (Fernández de la Mora: Enmienda número 63 al Anteproyecto de 5 de enero de 1978).

2. La norma interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, remitiendo al sentido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lleva a integrar el sentido del artículo 20.1.b) hacia un reconocimiento y protección de los intereses materiales y morales que el autor tenga en sus obras. Punto sobre el que volveremos más tarde al analizar el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b).

3. El precedente de derecho comparado más reciente e inmediato está en el artículo 42 de la Constitución portuguesa de 1976 [1] es libre la creación intelectual artística y científica; 2) esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, artística o literaria, incluyendo la protección legal de los derechos de autor).

4. El sentido alusivo o connotativo de los adjetivos literaria, artística y científica, al margen de lo subrayado sobre los debates constituyentes, revelan que en lo que pensaba la comisión redactora de este precepto era en la propiedad intelectual, pues todos los textos españoles y extranjeros de la disciplina enumeran dicha tríada de obras del ingenio para describir el objeto de los derechos de autor.

5. Porque, ¿qué es derecho a la creación como algo distinto de la libertad de expresión? El objeto de esta última son sin duda las ideas, cuyo empleo y difusión son inapropiables y, por tanto, libres. Ahora bien, cuando el resultado de esas ideas se materializa en una obra dotada de una forma concreta lo que se va a proteger no son las ideas contenidas en la misma, sino el hecho y la forma de ordenar o disponer las ideas de un modo concreto que sea original respecto a apariciones anteriores de iguales o similares ideas (el mismo motivo o argumento puede encontrarse en infinidad de obras distintas). Por ello, si lo que se reconoce y protege es el derecho a la creación y producción..., tanto si se entiende como derecho a ser autor como derecho sobre la obra creada, es otorgando a cada persona que cree una obra una serie de poderes sobre ella, derivados implícitamente de un reconocimiento primario: su condición de autor, de padre de la obra, lo que significa poder disponer y explotarla según su voluntad. No existen autores sin obras.

Es oposición necesaria de la autoría el hecho o la obra. No se es autor sin más; se es autor de una o varias obras. Por tanto, para que cobre sentido la norma del artículo 20.1.b) como norma diferente a la del artículo 20.1.a), no basta con decir derecho a expresarse de una manera o modo concreto (derechos a crear una obra), sino derecho a ser reconocido autor de cada una de las obras propias: lo que tiene consecuencias morales y económicas imprescindibles. En tanto ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la fama o reputación, amén de la dignidad, no cabe que un sistema de regulación de los derechos de autor, expropie de su auténtico creador decisiones o poderes en los que van comprometidos dichos valores; como emanación de la personalidad, aunque con contenido ideal y material autónomo, debe reconocerse «ab initio» una exclusiva, una apropiabilidad de la obra en favor de su autor. Que este derecho sea fundamental implica no todo un sistema de protección de derechos de autor, como correctamente negaba la STS de 9 de diciembre de 1985, pero sí exige a la legislación que los regule que respete esos puntos de partida fundamentales: la protección a los intereses morales y materiales sobre la obra que cada persona haya creado. No es un genérico derecho a empuñar la estilográfica o el pincel.

Estas son razones bastantes para dotar de contenido propio a la norma del artículo 20.1.b), con independencia de que se sostenga su acierto o inconveniencia.

d) El artículo 35.1. Derecho de autor y derecho del trabajo. La norma contenida en el artículo 35 de la Constitución española, si bien podría circunscribirse —por su párrafo segundo— al mundo de las relaciones laborales, el hecho es que además de establecer un deber genérico de trabajar, reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección

de profesión u oficio y a una remuneración suficiente (derivada del ejercicio profesional o laboral) para sus necesidades y las de su familia.

Si no buscamos su único fundamento constitucional que podría dotar de contenido constitucional al derecho de los autores sobre sus obras, conviene, a mi juicio, no dejar de lado esta norma, vinculante para los poderes públicos directamente, sin necesidad de desarrollo, como aclara la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, y a su vez no circunscrito tal desarrollo al Estatuto de los Trabajadores previsto constitucionalmente. Parece que caben alguna ocupación más que aquellas derivadas de relaciones laborales. O, mejor dicho, se refiere también a aspectos distintos. La norma del artículo 35.1 de la Constitución española sirve de control constitucional de la contratación entre particulares cuando se trate del ejercicio de la profesión u oficio:

a) Se tiene deber, pero también derecho, a trabajar y a elegir la ocupación habitual, sea con vínculo laboral, funcionarial o arrendaticio.

b) No caben ocupaciones no elegidas o trabajos forzosos.

c) En estos casos, la contraprestación, la remuneración ha de satisfacer cotidianamente las necesidades familiares del que presta su trabajo a otro. De ahí, que como imperativo constitucional, en aras de proteger la dignidad de la persona, establece que la persona ha de tener bastante para vivir con su trabajo (finalidad básica deriva del artículo 10.1 de la Constitución española).

Que dicha norma haya adquirido su mayoría de edad en una época de desempleo creciente o que el párrafo segundo se refiera al Estatuto de los trabajadores no debe autorizar a desplazar completamente la finalidad de esta norma al mundo laboral. Parece, o eso puede desprenderse de una lectura «a posteriori», que el artículo 35.1 de la Constitución española, antes que establecer la obligación estatal de asegurar el pleno empleo —lo que dependerá de las condiciones económicas que se den en un sistema de mercado—, lo que parece exigir es un límite al principio general de libertad en el campo de los contratos, cuando se trate de la prestación de servicios en ejercicio de la profesión u oficio, tanto el objeto como la contraprestación que se reciban deben ser dignas (no cabe contratación forzosa de servicios, ni debería haber explotación: de ahí que se establezcan salarios mínimos interprofesionales de manera similar a las tarifas mínimas establecidas por los colegios profesionales, cuya vulneración incluso por voluntad del profesional se considera no ética). El control ético (dignidad) de la prestación de servicios laborales y profesionales es el máximo al que puede aspirar una norma constitucional, a quien escapa el dominio de las variables macroeconómicas que hagan posible el pleno empleo, lo que no quiera decir que éste no sea una meta exigible a todo parlamento o gobierno nacido de la Constitución.

La conexión, por tanto, con las razones de ser del derecho de autor aparecen evidentes, y sin ser únicas éstas, encontramos en este derecho político (no fundamental) a trabajar y obtener una remuneración bastante por el propio trabajo la necesidad de que una legislación que regule la contratación de los autores —que desempeñan tal profesión— o que incluso pueden estar empleados para crear obras del ingenio— satisfaga dichos imperativos constitucionales. Las conexiones entre derecho de autor y derecho constitucional del trabajo y profesional son entonces obvias:

- a) El autor desempeña su oficio o profesión.
- b) El autor puede estar, incluso, bajo una relación laboral, dedicado a la creación y producción de obras intelectuales.
- c) La remuneración de un autor ha de ser bastante y las condiciones de su contratación deben superar ese listón de dignidad y suficiencia establecido por el constituyente: las relaciones del derecho moral (que operaría como instrumento de control de la obra y reputación del autor, pero también de que no se vea forzado a vivir de una obra que no ha decidido libremente lanzar al mercado) con los derechos económicos de autor (14).

De ahí que autores —empleados o libres— aparezcan como parte débil de la negociación a semejanza de trabajadores, consumidores o arrendatarios. Cuando se trata de actividades de primera necesidad o que subvencionan dichas necesidades, el Estado va a imponer una serie de derechos irrenunciables (orden público de protección) e interviene en la contratación entre particulares, en principio, libre.

Que algún sustrato laboral o profesional tiene la legislación de derecho de autor lo demuestra el hecho de la asimilación, a efectos de prelación de créditos o de embargabilidad, que el derecho español preconstitucional, así como el derecho francés y el italiano establecen (vid. *infra*, al estudiar el embargo del derecho de autor). La protección de autores en la contratación se debe a una consideración de la creación y producción de obras de ingenio como medio de vida. Y aunque es cierto, se puede objetar que existan muchas personas que se dedican a la creación como actividad esporádica, marginal y carente de toda finalidad lucrativa, existe cierto interés colectivo porque los autores lo sean en exclusiva, de profesión u oficio. Baylos los considera empresarios de sí mismos (15).

(14) Que sea suficiente será siempre en correspondencia con el tiempo trabajado. En el caso de los autores, la asimilación laboral viene más por la vía de la indisponibilidad de ciertos derechos que por la subvención, por los royalties devengados, de las primeras necesidades. Sobre la suficiencia del salario, vid., entre otros, los comentarios de SAGARDOY BENGOCHEA (*Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Alzaga, tomo III, pp. 469-476, especialmente 475, Madrid, 1983).

(15) *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1976, p. 470.

La doctrina italiana, por su parte, ha sido muy cara a dicha orientación teórica: es lógico dada la ubicación del «diritto de autore» en el Libro «Del Lavoro» de su Código civil, conseguida por instancia parlamentaria del profesor Piola Caselli, que logró el «traslado» de las normas relativas al Derecho de autor del Título de la Propiedad (16).

No es indiferente a tal orientación doctrinal, como es lógico, que tanto la Ley italiana de derecho de autor como el Código civil fueran alumbrados en la época fascista, pero ni han sido derogados o modificados en este aspecto ni la norma constitucional relativa al trabajo ha hecho cambiar de orientación a gran parte de la doctrina italiana, aunque haya notorios discrepantes (17). Cuando el artículo 35 de la Constitución italiana establece que la República protege el trabajo en todas sus formas y aplicaciones, confirma la orientación laboralista del derecho de autor italiano contenida en sus leyes ordinarias.

La norma española, el artículo 35.1 de la Constitución española establece que si el resultado material del trabajo de una persona (autor, por ejemplo) va a ser explotado económicamente por otra, sólo puede ser con su consentimiento (libre elección, derecho a) y a cambio de una remuneración suficiente para vivir. El derecho moral y el derecho económico del autor sobre su obra pueden entrecruzarse como exigencia constitucional, lo que puede dar un límite o un sentido al derecho a la creación y producción cuando dichas creaciones entran el mercado. La nueva Ley de Propiedad Intelectual nos mostrará en qué medida los principios laborales han penetrado o inspirado el derecho de autor (arts. 14, 43, 53).

e) Artículo 44 de la Constitución española. Libre acceso a la cultura. De igual manera que ocurre con el derecho a la libre expresión, la relación del derecho de autor con el derecho de acceso a la cultura es doble y aparentemente contradictoria: por un lado, el establecer un monopolio o unos derechos de autores y productores sobre sus obras frenaría o supondría un obstáculo a la libre circulación de las ideas y obras, por tanto, al libérrimo acceso de la sociedad a la cultu-

(16) *Codice del Diritto di Autore*, Torino 1943, pp. 190-201, y *Sul inquadramento del diritto di autore come diritto del lavoro*, «*Il diritto di autore*», 1942, 169-177. ULMER, *op. cit.*, 1980, p. 24. Urheber und Verlagsrecht. 3 Aufl. Berlín, 1980, afirma que si ciertamente el derecho de autor alemán, a diferencia del italiano, no aparece encuadrado en el derecho del trabajo, sin embargo, en su aspecto económico, incorpora igualmente la misión de lograr la seguridad económica del autor de obras literarias y artísticas.

(17) Discrepa GRECO (*Saggio sulle concessioni del diritto di autore*, «*Riv. dir. civ.*», 1964). Véase un panorama de la doctrina italiana sobre este punto en SANTORO: *Notte introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, «*Il D. di Autore*», 1975, 307-329.

ra, incluyendo las obras de autores vivos o no caídas en el dominio público.

Tanto allá como en este punto la aparente contradicción se resuelve por el razonamiento inverso: el derecho de autor (otorgar unos derechos a los autores sobre sus obras) estimula que las personas se dediquen a la creación y producción intelectuales y a su vez la responsabilidad de su autoría, en el sentido puramente causal, genético, lo que tiene consecuencias favorables (propiedad intelectual) o desfavorables (penales), atribuyéndose correctamente a cada persona las ideas u opiniones y logrando que éstas controlen su difusión o defendiéndose de falsas atribuciones. La libre expresión está limitada por su ejercicio antisocial y en especial por atentar a fama, honor e intimidad ajenas. La atribución a cada autor de la paternidad sobre sus obras permite determinar su responsabilidad. La atribución de un derecho moral a controlar la difusión de su obra establece un «control de calidad auténtico» sobre las obras que circulan en el mercado: ¿quién mejor que el autor para decidir la integridad, la autenticidad? De esa manera no se obstaculiza sino que se fomenta el libre acceso a la cultura evitando censuras o adulteraciones que no pueda perseguir el autor de la obra mutilada. Que se atribuya un derecho económico a correr la suerte de la obra parece garantizar que habrá cultura a la que acceder.

La norma del artículo 44 de la Constitución española no es el fundamento último del derecho del autor, pero su papel no es irrelevante. Constituye la garantía social de que debe atribuirse a autores un poder sobre sus obras y se plasma, incluso en la nueva Ley de Propiedad Intelectual española como límite del ejercicio del derecho de inédito por los herederos del autor (art. 40). Por otra parte, el artículo 44 de la Constitución española está presente en la nueva legislación española «no verbis nominis», cuando se establecen derechos de uso sobre obras ya divulgadas (arts. 31-40. Límites del derecho de autor), aunque pueda interpretarse, no sin razones, que se trata de una manifestación de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución española), pero tampoco faltan para considerar que la función social puede predicarse de todo derecho —sea o no propiedad— (arts. 128.1 y 33.2, por analogía).

Por tanto, hemos encontrado normas en el texto constitucional para, en torno al derecho de cada persona a sus creaciones y producciones intelectuales [art. 20.1.b)], ir delimitando, por exigencia constitucional [arts. 35, 44, 20.1.a) e, incluso, 33], cuáles son las líneas maestras de fundamento constitucional que una Ley que regule estos derechos debe respetar. Que el artículo 149.1.9.º atribuya competencia exclusiva al Estado para legislar sobre propiedad intelectual e industrial no debe equivocarnos y hacernos pensar que el constituyente ha dotado al derecho de autor de naturaleza jurídica dominical. Este

dato terminológico (el uso de «propiedad intelectual») convive con el Código penal y los Convenios Internacionales suscritos por España que utilizan otras expresiones. No aporta, a mi juicio, luz sobre dicha duda. No niega, por tanto, el origen constitucional de la protección a los autores en relación con sus obras.

No ha sido mencionado, de manera deliberada, entre los preceptos que pueden fundamentar constitucionalmente el derecho de autor, la protección reconocida en el artículo 18.1. El honor y la imagen del autor como base del derecho a impedir atentados a la integridad o paternidad de una obra o de modificarla —cada uno es dueño de variar la imagen proyectada por las obras propias— y la intimidad personal como base del derecho de mantener inédita una obra serían vías indirectas e insuficientes para estructurar todo un sistema de derecho de autor.

En primer lugar, los derechos de autor sobreviven a autores porque sólo nacen desde el momento en que hay una obra legalmente considerada como protegible. Y aunque también los bienes de la personalidad protegidos en el artículo 18.1 de la Constitución española pueden tener un valor patrimonial, lo que sí parece más claro es que tiene más una finalidad protectora antes que una finalidad negocial y dispositiva, como son los derechos que puedan nacer de una obra susceptible de entrar en el comercio, obra que, no lo olvidemos, tiene entidad autónoma respecto a su autor, lo que no parece predicable de la imagen, honor, etc. Cierto es que los derechos morales, que no son bienes de la personalidad, podrían considerarse proyecciones de dichos bienes y derechos sobre la contratación, disposición y uso de obras del ingenio. Pero una protección basada únicamente en el honor o la intimidad del autor sería insuficiente para proteger los atentados contra obras divulgadas y los atentados objetivos contra toda obra, incluso de autores muertos, porque se conozca que el autor no estaba muy satisfecho de cierta obra, no pudiendo invocar lesión de honor, imagen, etc. La STS de 7 de febrero de 1962 incluía, sin embargo, en el honor, el artístico. Reputación artística e imagen u honor son conceptos distintos y, aunque puedan estar detrás de la protección otorgada por los derechos morales de autor, en estos concurren también intereses colectivos (culturales, económicos) que los hacen irrenunciables, sustrayéndolos de la disposición incluso querida por los autores.

Como dice la STS de 9 de diciembre de 1985 los derechos de autor no son bienes de la personalidad porque no son predicables de todas las personas, pero —aquí nos apartamos de la sentencia— sí pueden concebirse como derecho fundamental, resultante de intereses individuales y colectivos, corolario de la protección del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona. La Declaración Universal de 1948 consideró fundamental la protección de los

intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras. La Constitución ha considerado necesario estimular y proteger la creación y producción artística literaria, científica y técnica de manera específica, algo más que la libertad de expresión, de la que gozan todos los ciudadanos. Las intromisiones del Estado sobre la labor creativa de un autor, la censura o coacción sobre la misma infringirían el artículo 20.1.a). El artículo 20.1.b) parece cobrar otro sentido.

3. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA CREACION INTELECTUAL (art. 20.1.b C.E.)

a) Contenido esencial de un derecho

Por tanto, una vez ubicado el derecho de autor de forma inicial en el artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978 nos queda por saber cuál es el contenido esencial de este derecho a la creación y producción intelectual que debe ser respetado por la legislación que regule su ejercicio después de 1978, así como el alcance derogatorio implícito de ese contenido esencial sobre las normas vigentes en 1978 y sobrevenidamente inconstitucionales. Este es, a mi juicio, el punto de partida de toda reforma a que se pretenda en ésta u otra materia.

1. El concepto de «contenido *esencial*» de un derecho constitucional fue acuñado por la doctrina y tribunales germano-occidentales a propósito del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En el párrafo 1.º de dicho artículo se prevé la posibilidad de restringir un derecho por Ley o en virtud de una Ley, a la que exige carácter general y expresa mención del artículo regulado. El párrafo 2.º añade: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial (18). El artículo 53 de la Constitución española de 1978 ha recogido tal doctrina al establecer que sólo por Ley, que en todo caso respetará su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (se refiere a los reconocidos en el Capítulo II del Título I), cabiendo recurso de inconstitucionalidad conforme a los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 31 de la L.O.T.C.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en distintos recursos resueltos hasta la fecha sobre el contenido esencial de distintos derechos, cuyo amparo se solicitaba o cuya infracción se ponía en cuestión. Podemos esbozar unos puntos a modo de cuerpo de jurisprudencia constitucional española sobre el contenido esencial sumariamente enunciados:

(18) El párrafo 2.º del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn dice: *In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*

a) El Tribunal Constitucional de contenido esencial, de contenido normal y de contenido constitucional no como conceptos incompatibles, pero no necesariamente coincidentes.

1. Contenido esencial sería «aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo, o aquella parte del contenido de un derecho absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (STC de 9 de abril de 1981; Ponente: Díez-Picazo).

2. Contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una Resolución de fondo fundada en Derecho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la Ley —que deberá analizarse si afecta o no al contenido esencial (STC de 21 de julio de 1983; Ponente: Gómez Ferrer).

3. Diferente del reconocimiento formal por los poderes públicos es el derecho fundamental o la libertad pública, tal como vienen consagrados en la Constitución española o en su regulación o desarrollo de acuerdo con su contenido constitucional (STC de 20 de diciembre de 1982; Ponente: Díez de Velasco).

b) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también advirtiendo que puede no haber un contenido esencial que se desprenda de la Constitución española, sino más bien de un conjunto frondoso de normas (STC de 24 de julio de 1984): no existe un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial (Ponente: Rubio Llorente). O que la Constitución española no determina cuál es el contenido esencial (de la libertad de empresa), de ahí que corresponda en último término en caso de controversia al Tribunal Constitucional señalarlo en cada supuesto concreto (STC de 16 de noviembre de 1981).

c) De manera genérica, el Tribunal Constitucional ha declarado que no forma parte del contenido esencial de un derecho proclamado en la Sección I, Capítulo II, Título I de la Constitución española obtener el reconocimiento formal por los poderes públicos (STC 77/82, de 28 de diciembre).

d) Y en un voto particular a la STS de 16 de noviembre de 1981 se defiende que «sólo puede hablarse (ponerse en cuestión) de contenido esencial de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido más allá del cual se adopte un sistema económico que no se ajusta ya a los parámetros constitucionales».

Si a estos principios referentes al contenido esencial unimos dos consideraciones enmarcadas dentro de la doctrina reiterada del Alto Tribunal, a saber, «que no cabe sostener que los derechos fundamen-

tales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, en sentido contrario al artículo 53.1 de la Constitución española» y que «las leyes han de interpretarse conforme a la Constitución española y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental», tenemos, en mi opinión, los suficientes elementos para tratar de precisar qué es contenido esencial, qué sentido preciso debemos darle y a continuación nos encontramos con el problema principal: cómo determinarlo, cómo fijar el contenido esencial del derecho de autor en el sistema jurídico español a la luz de la Constitución española de 1978, a qué instrumentos debe recurrir el legislador. Por ello, aunque parezca indistinto el uso de los términos contenido constitucional, contenido esencial y contenido normal que hace el Tribunal Constitucional, creo que responde a conceptos diferentes que deben ser delimitados. Es importante, pues, distinguir entre contenido *esencial* (aquella parte imprescindible del derecho que lo hace reconocible dentro de un concepto prefijado o que satisface el interés para el que es creado), contenido *normal* (el conjunto de poderes y facultades, unos esenciales, otros accesorios, con que *suele* investirse al titular del derecho, siguiendo la tradición legal, doctrinal o jurisprudencial y contenido constitucional (conjunto de poderes o contenido de un derecho resultante de las normas constitucionales aplicables al supuesto de hecho que hace nacer el derecho o en que se desenvuelve su ejercicio, tanto normas que atribuyen poderes al titular —dotan propiamente de contenido al derecho—, como normas que establecen límites al mismo).

La fuente o medio de determinación de dichos contenidos son diferentes: abstracción en un caso, reiteración o frecuencia en el segundo, mandato constitucional en el último. Por ello obtenemos resultados diversos: el contenido *esencial* —distinto de uno accidental— tiene un valor más abstracto, es fruto de una valoración preconcebida, ya sea atendiendo al concepto prefijado o al interés protegible y es la abstracción que pretendemos realizar, lo que constituye nuestro objetivo: contenido *normal* —diferente de uno excepcional— aparece más como un dato empírico cuya apreciación sin embargo es problemática, pues es variable la normalidad según la muestra o campo de estudio con que trabajemos: el contenido que *suele* tener un derecho puede significar muchas cosas, según nuestra voluntad, el contenido habitual en la legislación anterior, en la comparada, en la práctica, en la acepción doctrinal imperante o en la vulgar, etc. (la determinación de una moda estadística depende exactamente de las variables con que se juege); en fin, contenido *constitucional* —no el legal, ni el jurisprudencial— es el derivado de las normas constitucionales en su conjunto, o sea, tiene un valor imperativo; y para determinar el contenido esencial, que es lo que pretendemos, un valor instrumental: es ciertamente un dato empírico más preciso que el contenido nor-

masl y funciona como instrumento necesario del que debe servirse el intérprete y el Legislador para determinar el contenido esencial buscado; en ocasiones habrá que recurrir a otras normas, a principios jurídicos o económicos fuera de la Constitución española e incluso a construcciones jurisprudenciales o doctrinales para dibujar de forma completa el contenido mínimo que hace reconocible y eficaz a un derecho subjetivo.

Por ello, es posible que contenido constitucional y contenido esencial coincidan (por ejemplo, el «habeas corpus», regulado en el artículo 17 de la Constitución española o la integridad física del artículo 15 de la Constitución española); puede que el contenido constitucional «rebase» los mínimos esenciales que hacen reconocibles a un derecho (por ejemplo, «la propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general», artículo 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn o el artículo 128 de nuestra Constitución española); pero puede, como es el caso que nos ocupa, que el contenido constitucional no sea bastante para colmar de rasgos esenciales al derecho a la creación y producción intelectual.

Contenido, sujeto y objeto

2. Después de haber analizado la esencialidad de ese contenido, tal como requiere el artículo 53.1 de la Constitución española, me parece obligado detenernos un momento sobre el sentido que «contenido» tiene en esta norma. Esto es, si «contenido» se refiere al conjunto de poderes, facultades y posibilidades de actuación otorgados al titular de un derecho subjetivo respecto a un objeto, en la tradicional distinción entre sujeto, objeto y contenido, elementos definidores de la estructura de un derecho subjetivo o si, por el contrario, es parte o puede ser parte del contenido esencial de un derecho constitucional que se refiera a un objeto o una clase de objetos y no a otros, si es parte del contenido esencial de un derecho que se atribuya a determinados *sujetos* y no a otros, de tal manera que un mismo derecho (contenido) otorgado a otras personas desfigura el concepto, la finalidad y la razón de ser del derecho en cuestión. Pensemos por un momento en el derecho de huelga atribuido a empresarios, contratantes independientes o a profesionales no ligados por relación laboral. Este problema ha sido obviado por nuestra Constitución española al atribuir expresamente a los trabajadores en el artículo 28.2 el derecho de huelga, que deberá ser dotado por el legislador de un contenido sin tener que decidir sobre sus titulares. No ocurre así, sin embargo, con el derecho a la creación y producción artística: entre otras dudas, se nos puede plantear cuáles son los sujetos de tal derecho. ¿Los creadores que con su ingenio sacan a la luz una obra intelectual o también los productores no ya intelectuales, sino materiales, que financian labores artísticas, literarias o científicas? El tema no carece de importancia y, como primera conclusión, dada la norma contenida

en el artículo 20.1.b) interpretado según la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27.2 (el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los *autores* sobre sus obras), parecerían como titulares los autores, no los financiadores o adquirentes de obras del ingenio. De aquí podríamos deducir que es esencial al derecho de autor la atribución al autor de un estatuto diferente, de un ámbito de poderes sobre sus obras que no se reconoce a terceras personas.

Reconocer el mismo derecho al adquirente que al creador haría irreconocible la institución del derecho de autor así regulado. Esto no quiere decir que no puedan ser titulares de este derecho todos los españoles o todas las personas, sólo significa que para acceder a tal protección exige cumplir el supuesto de hecho, esto es, crear o producir alguna obra literaria, artística o científica, de manera que si la relación de un sujeto con una obra intelectual es la derivada de su adquisición, podrá recabar la protección de un propietario, pero no la del autor. Admitiendo, pues, que es esencial al derecho de autor crear un «status» diferenciado entre las personas que han creado la obra de aquéllas que la disfrutaban, la determinación correcta o la ignorancia de quiénes son sus titulares al regular el derecho afecta de manera radical al mismo y a los intereses para los que ha sido creado.

En sentido estricto, no será parte del contenido (esencial o no) la atribución jurídica de la titularidad sobre ese derecho, pero esto repercutirá directamente sobre los poderes y facultades que integran dicho contenido, logrando o arruinando los objetivos del legislador que pretende proteger ciertos intereses considerados dignos de tutela jurídica y dotando o privando de sentido a la institución.

Algo parecido puede decirse en cuanto al objeto del derecho. Aunque no forme parte del contenido —estrictamente hablando—, la correcta delimitación de un objeto de cierto derecho subjetivo lo hará reconocible o logrará proteger el interés para el que fue creado. Podemos decir que es esencial al derecho de autor que el objeto sobre el que gire sea una obra literaria artística, científica o técnica, de manera que si se amplía o traslada a otro tipo de bienes, estaremos ante otra institución distinta, típica o atípica, pero no ante el derecho de autor. Bien es cierto que si el enfoque dogmático de contenido esencial es un criterio ciertamente conservador de instituciones conforme a su regulación en ordenamientos anteriores al momento en que realizamos tal valoración, el enfoque teleológico o criterio de apreciar el contenido mínimo necesario para proteger eficazmente el interés para el que ha sido creado es un criterio cambiante según las sucesivas valoraciones que haga el legislador de los intereses en juego y del equilibrio resultante de su regulación por la norma (también evolucionan los conceptos, es cierto): quiere esto decir que la eficaz protección del interés para el que ha sido creado debe apreciarse en cada

momento, ya por estimar que el legislador crea el derecho cada vez que entra a regularlo, ya por estimar que es soberanamente libre de cambiar de opinión y de no estar vinculado por la valoración de intereses que puedan haber hecho legisladores anteriores, así como por la innegable posibilidad de que aparezcan nuevos intereses o tomen un protagonismo que no tenían en ocasiones anteriores, sobre los que debe pronunciarse «ex novo» el actual legislador, como es el caso de los derechos sobre la producción y creación de obras del ingenio que nos ocupa.

Por tanto, la ampliación del objeto del derecho de autor a otros distintos de los que regulaciones anteriores han contemplado puede considerarse una evolución del concepto de obra del ingenio, que puede venir exigida por el de nuevas técnicas de creación y reproducción artística y científica, en cuyo caso no estaríamos alterando el núcleo esencial del derecho de autor, seguiría siendo reconocible: pero puede que estemos ante una trasposición de la regulación de las obras intelectuales a obras o bienes distintos. En este caso, a pesar del cambio de opinión del legislador, podríamos llegar a decir que se ha afectado el núcleo esencial del derecho de autor o que se esté regulando algo completamente distinto. Por ejemplo, el requisito exigido en todas las legislaciones para proteger una obra intelectual es que ésta sea original. Pensemos que el legislador opte por suprimir este requisito —favoreciendo los plagios— o, por el contrario, que exija además que las obras constituyan novedad absoluta (como a las invenciones patentables). Esto supondría, en mi opinión, afectar al núcleo esencial del derecho de autor y legislar sobre otra cosa bien distinta (No obstante, la comparación con el Derecho extranjero y con los Convenios firmados por España nos daría tal vez la clave para responder si estamos ante un nuevo derecho de autor o ante algo diferente).

Cuando se trata de derechos fundamentales cuya titularidad es precisa (porque sean todos los ciudadanos, todas las personas o porque la norma constitucional lo deje bien claro) o cuyo objeto está bien delimitado (integridad física, libertad religiosa) podría parecer inapropiado hablar de que el sujeto o el objeto del mismo sean integrantes del contenido esencial del mismo. Pero esto tampoco es cierto, porque tan esencial es a las libertades públicas el conjunto de poderes-facultades del sujeto y deberes de abstención de los poderes públicos como el hecho de que sean reconocidos y atribuidas a todas las personas —si son fundamentales— o a todos los ciudadanos —si son políticas—. Nadie puede hablar seriamente de una libertad religiosa, de reunión, etc., reconocida únicamente a un sector de la población. La titularidad aparece, pues, como elemento integrante de la esencia de dicha libertad o derecho. Lo que ocurre es que la Constitución suele dejar bien definida dicha titularidad porque se trata de derechos fundamentales básicos en un Estado de Derecho, sin los cuales no

parece reconocible un sistema como democrático; de manera que si el constituyente hubiese recortado dicha titularidad universal cabría decir que ha vulnerado la esencia de dichos derechos.

Con los derechos fundamentales de situación, esto es, los que reconoce el constituyente, pero que sólo pueden ser ejercidos por aquellos sujetos que estén en una situación concreta (la huelga, la creación intelectual) tanto el constituyente como el legislador tienen cierto margen de maniobra para, manteniendo diferenciable y reconocible cierto derecho, atribuirlo o negarlo a determinados sujetos. De tal forma, si el constituyente ha realizado dicha precisión subjetiva, el legislador no tendrá opción a recortar dicha atribución; sí podrá —claro está— condicionar el ejercicio del derecho a ciertos trámites o actuaciones previas, que en realidad lo que supone será remover los obstáculos para el ejercicio del mismo. Por el contrario, si el constituyente no ha mencionado para nada quiénes son sujetos titulares del derecho, será el legislador quien concrete dicha titularidad, pero deberá tener explicación en el mandato constitucional que mencione, por ejemplo, el objeto. Así, la creación y producción intelectual serán el fundamento para que el legislador distinga entre titulares y no titulares de tal derecho. Otra distinción, antes de vulnerar el contenido esencial o la esencia, vulneraría la Constitución española. Ahora bien, una vez atribuida la titularidad conforme al supuesto que genera el derecho reconocido en la Constitución española, podrá el legislador realizar la asimilación parcial o gradual de otros sujetos a los titulares originales del mismo, según su particular concepción política de la justicia y del equilibrio de intereses.

Por tanto, para fijar los términos que estamos utilizando, cuando hablamos de contenido esencial de un derecho que es de obligado respeto por la Ley que lo regule, según el artículo 53.1 de la Constitución española, nos estamos refiriendo a los rasgos esenciales, a la esencia del derecho, esto es, los elementos que lo diferencian como tal y que lo hacen cumplir eficazmente la protección pretendida. En ocasiones se referirá sólo al conjunto de poderes otorgados al sujeto o de deberes impuestos a los poderes públicos; en otras ocasiones, la esencia del derecho vendrá integrada asimismo por un objeto y un sujeto imprescindibles. La regulación por Ley deberá entonces atender a estos extremos, so pena de vulnerar su esencia.

3. ¿Cómo determinar el contenido esencial del derecho a la creación y producción artística, literaria, científica y técnica, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española?

b) Contenido esencial del derecho a la creación (aproximación dogmática)

Siguiendo el criterio de buscar el concepto previo del que se desprenden aquellos elementos diferenciadores que lo hacen reconoci-

ble como tal y perteneciente a un tipo, podemos acudir al concepto de derecho contenido en:

a) La propia Constitución española: derecho a la creación y producción intelectual.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

c) Los Tratados Internacionales ratificados por España: podría sostenerse, apoyándose en el artículo 13.1 de la Constitución española y 27 del Código civil, que los derechos reconocidos a los extranjeros en España constituyen un mínimo o contenido esencial, que hará además reconocible internacionalmente la regulación interna del derecho como tal.

d) El ordenamiento español anterior a la Constitución española: recurrir al contenido que se desprende de «lege data» puede ser igualmente un punto de partida, pero no debe aceptarse que constituya un mínimo esencial (véase más arriba las líneas mayores y la crítica de las mismas), por otra parte haría difícil todo intento de reforma; no tiene por qué ser bastante para colmar el contenido esencial y además pueden darse en la regulación anterior elementos accidentales o prescindibles que pueden ser mantenidos, recortados o suprimidos, sin perjuicio de los derechos adquiridos —claro está—, pero sin por ello alterar la esencia del derecho.

1) *El derecho nace con la creación y producción intelectuales.* Ninguno de los instrumentos mencionados son sin embargo bastantes por sí mismos para dar todos los rasgos diferenciadores del derecho a la creación y producción intelectuales. Está por supuesto el valor vinculante de la Constitución española (y del contenido constitucional) que nos indica *el supuesto de hecho* del que nace el derecho: *la creación y producción* artística, literaria, científica y técnica. Este es un rasgo diferenciador del derecho de autor como concepto. Pero sólo el primero. Del resto de preceptos de la Constitución española que hemos puesto en relación con la llamada propiedad intelectual se desprenden, no rasgos esenciales o diferenciadores, sino genéricos derechos económicos (los que se pueden entrever en los artículos 33 y 35, que darían derecho a explotar la propia obra, a modificar su objeto y a participar en la explotación de su trabajo) o límites constitucionales que no sólo afectan a los autores, derivados de la concurrencia con otros intereses igualmente protegidos (la libertad de expresión de un autor tendrá los límites propios del artículo 20.4 de la Constitución española, esto es, será dueño del contenido de su obra dentro de los límites de la libertad de expresión, en especial, frente al honor, la intimidad ajenas y sometido a la regulación del derecho de rectificación). No son esta parte del contenido constitucional, integrante del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española. Es por tanto la creación y la producción intelectual lo que genera un «status» diferente de poder

respecto de una obra del ingenio entre unos sujetos y otros. El término *creación* parece que se refiere al proceso por el que una persona obtiene algo tangible o perceptible a partir de la nada o de lo imperceptible, esto es, materializa una obra en forma perceptible a partir de ideas propias o ajenas. El término *producción* produce, sin embargo, confusión, pues se pueden obtener dos conclusiones opuestas: a) producción es empleado por la Constitución española indistintamente a creación como reiteración de la palabra anterior: se crea, se fabrica algo, se produce algo por el autor; b) producción es diferente de creación y se refiere a la financiación económica o aportación de materiales al creador de manera que se hace imprescindible en la creación de la obra, causalmente igual al proceso intelectual para que la obra se materialice y, por tanto, susceptible de protección equivalente a la del autor-creador, con las peculiaridades obvias de cada situación. Producción, en este segundo sentido, no es la acepción vulgar o coloquial en el mundo de las artes y las letras, el mecenas o patrocinador, sino el productor que ha sido recogido por nuestro Derecho positivo ya antes de 1978 (pensemos en la Ley de 31 de mayo sobre propiedad intelectual de obras cinematográficas: su artículo 1 habla del productor, y en el Convenio Internacional de 1971 sobre protección de los *productores* de fonogramas, terminología ya adoptada en 1942 por la Orden Ministerial de 10 de julio). No son productores toda persona que aporte dinero al autor antes de la creación, ni el suministrador de materiales, sino aquel que por su financiación se constituye en colaborador necesario para que la obra vea la luz. No es productor, por tanto, el editor de un libro. Si es así, si el artículo 20.1.b) comprende también a los productores, estamos dando un paso más allá del tradicional alegato sobre los derechos de los autores y parece que estamos llegando a algo que responde a una realidad económica y jurídica más exacta: se protegen los derechos que nacen de las obras intelectuales tanto en favor de los autores de las mismas como de los colaboradores materiales necesarios para que la creación se lleve a cabo. O podemos decir que se está ampliando el concepto de autor; sin embargo, como veremos al comentar el proyecto, conviene delimitar los sujetos según su aportación a la obra, aunque imprescindible, sea intelectual o material, para hablar de derechos de autor o de derechos conexos, afines o vecinos al de autor, según terminología aceptada internacionalmente y adoptada en el Proyecto español.

El primer rasgo diferenciador del derecho de autor, la creación y/o producción como hecho que genera el derecho, venía descrito en nuestro derecho interno anterior a 1978. La Ley sólo hablaba de autores y sus obras, sin describir qué acto debe realizar el autor para que una obra se diga suya; el Reglamento pretendía aclarar la cuestión: se considerará autor al que *concibe* y *realiza* alguna obra científica o literaria, o *crea* y *ejecuta* alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales (art. 2). El Código civil habla sólo de autor

de una obra y remite a la legislación especial —ya vigente al promulgarse— para determinar quiénes son los titulares (art. 429) (19). Parece que reconocer el derecho a la creación y producción artística no innova, entrando a proteger sujetos que antes de 1978 carecieran de defensa legal, pero matiza el sentido que sólo el Reglamento de 1880 había tratado de aclarar al supuesto de hechos que generaba la condición de autor. La Constitución española está exigiendo un régimen diferenciado entre los creadores, los productores de una obra y el resto de las personas que ni han creado ni producido la misma. Puede preguntarse si no es extraño que la Constitución española a la hora de reconocer derechos fundamentales entre a considerar un aspecto tan aparentemente desligado de los derechos y libertades públicas como es la producción de una obra intelectual, en el sentido de financiador imprescindible. La extrañeza sólo puede venir fundada por una concepción paralela o sinónima de derechos fundamentales y libertades públicas con los bienes de la personalidad: equiparar a unos con otros, teniendo como pueden tener factores comunes, no es correcto, conceptualmente hablando si atendemos por lo menos a dos razones: en primer lugar, la mayoría o gran parte de los derechos fundamentales reconocidos por el constitucionalismo moderno tiene por objeto bienes de la personalidad, pero no son bienes de la personalidad; en segundo lugar, nada impide, en teoría y en la práctica política, que el constituyente proclame como fundamentales ciertos derechos que no tienen por objeto un bien de la personalidad y que, por el contrario, tienen un carácter marcadamente material y patrimonial, con todas las objeciones de oportunidad que se quie-

(19) En dicha legislación especial, al margen del Reglamento de 1880, estaba la Ley del Libro de 1975, cuyo artículo 5.º decía: Son autores las personas físicas que conciben y realizan alguna obra... Se consideran autores las personas jurídicas que conciben y realizan una obra..., coordinando la actividad de varias personas físicas que no se reservan derechos de autor. Se consideran incluidos... los traductores respecto su traducción y los que refunden, extractan o compendian obras originales, respecto de sus trabajos. Esta Ley, derogada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ha dado paso a las exigencias de ésta: artículo 1. La propiedad intelectual corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

Artículo 5: 1. No obstante, de la protección que ésta le concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella. Artículo 6... 2. Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de autor corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad. Artículo 8... Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona (natural o jurídica) que la edite y divulgue bajo su nombre.

Queda abierto de manera palpable el problema de las personas jurídicas y la creación como supuesto de hecho de la propiedad intelectual. Sobre la autoría vid. HERSCHEL: *Urheberbegriff und Kausalität*, Ufita 63, pp. 183-204. HUBMANN, *Urheber und Verlagsrecht*, Munich, 1984, pp. 119 y ss.

El artículo 1.º de la Ley francesa de 1957 determina que el autor de una obra intelectual gozará de un derecho de propiedad por el solo hecho de su creación. El artículo 2.576 del Código civil italiano establece por su parte que el título originario de adquisición del derecho de autor está constituido por la creación de la obra, como expresión singular del trabajo intelectual.

ran hacer: tanto la huelga como el derecho a la producción intelectual (si le damos ese segundo sentido, diferente de creación), pero también la libertad de empresa informativa y de centro educativo son buena muestra de esta posibilidad, que debe disipar la duda sobre el sentido que tenga el artículo 20.1.b), cuyo contenido constitucional sólo aporta el primer rasgo diferenciador, pero que no colma el contenido esencial que buscamos. Como decíamos más arriba, no hemos determinado parte del contenido «sensu stricto», sino sólo la *titularidad* del derecho constitucional.

2) *El autor tiene derecho personalísimo de divulgar o mantener inédita su obra.* El segundo rasgo diferenciador del derecho a la creación y producción intelectuales forma parte propiamente de su contenido —el primero, como acabamos de ver, integraría el supuesto de hecho— y podría definirse como el carácter *personal y absoluto que tiene el derecho del autor a divulgar su obra*. Personal o personalísimo, porque corresponde exclusivamente a la persona o personas que están relacionadas con la obra por razón de su creación, pero no por cualquier otro vínculo o título contractual o real. Personal porque es intransmisible «inter vivos» y porque, transmitido «mortis causa» —si esto es posible, lo que debe ser objeto de análisis—, experimenta una transformación considerable tanto en su fundamento como en su alcance.

Es absoluto porque, por una parte, la creación no termina teóricamente nunca y sólo el autor está autorizado a decir además de cuándo se divulga, cuándo está acabada la obra, lo que en el campo de los contratos —cinematográficos, de edición, de representación o de encargos artísticos— tiene suma importancia. Es absoluto, en segundo lugar, porque no «nace» para el derecho objetivo de autor una obra hecha accesible al público si dicha publicidad material de la obra no ha sido realizada con el consentimiento del autor. Esto es, aunque una obra intelectual haya sido divulgada de hecho y conocida por cierto número de personas, pero contrariando la voluntad de su creador, de derecho, nos encontramos ante una obra inédita. El artículo 3.3 de la Convención de Berna, así como la Ley francesa de 1957 (art. 19, que exceptúa el caso de la obra cinematográfica), la Ley alemana de 1965 (art. 12), la italiana de 1941 (art. 12) y la portuguesa de 1985 (art. 16) hacen depender la condición de obra divulgada de que su primera difusión pública haya sido consentida por el autor.

La nueva Ley española entiende por *divulgación* de una obra toda expresión de la misma que con sentimiento del *autor* la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, y por *publicación*, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de ejemplares suficientes de la obra, de acuerdo con su naturaleza y finalidad (art. 4.º).

Sin matizar entre divulgación y publicación, la Ley española de 1879 establecía una distinción entre el titular del derecho de publicación de la obra (art. 8. Nadie tiene derecho a publicar sin permiso del *autor* y el titular del derecho de reproducción, su *propietario* (art. 7) (que puede ser el autor o un causahabiente). Esto demuestra el carácter personalísimo e intransmisible que tenía el derecho de publicación en nuestro derecho vigente desde hace un siglo.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 atribuye al autor el derecho irrenunciable e inalienable de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1.º).

Hasta qué punto es personal y absoluto el derecho de divulgación de una obra, rasgo esencial del contenido del derecho de autor, viene *demostrado* no sólo por la definición legal general, sino también por las normas que regulan las relaciones del autor con: a) el Estado; b) los acreedores; c) su cónyuge; d) los coautores, y e) los productores. Esto llevará consigo *consecuencias* que afectan al núcleo esencial del derecho de autor: su duración debe extenderse, al menos, durante la vida del autor; su transmisibilidad y, sobre todo, su renuncia, pueden verse prohibidos por normas de orden público, lo que, sin embargo, debe analizarse; el ejercicio de las acciones civiles y penales derivadas de su infracción, en especial las últimas, aun siendo públicas, ven condicionado su viabilidad a la actuación u omisión del autor en persona; el ejercicio «post mortem autoris» del derecho de divulgación debe ser puesto en tela de juicio, por lo menos; la caída en el dominio público, por último, de obras inéditas que tampoco han sido divulgadas por los causahabientes el autor difunto, posibilidad amparada por las leyes, la española, artículo 2.4, para otorgar la propiedad de las mismas a quien las edite, deberá ser igualmente discutida.

a) No cabe *publicación forzosa* de una obra (como sí cabe expropiación forzosa, incluso de derechos e intereses *patrimoniales* según el artículo 1.º de nuestra Ley de Expropiación Forzosa) porque el derecho de divulgación de una obra no tiene carácter patrimonial; no cabe publicación contra la voluntad del autor por las autoridades o los poderes públicos por estimar de interés cultural (utilidad pública) su conocimiento por el público o que el autor ha renunciado a su derecho de publicar. Con la Constitución española de 1978 en la mano podría pensarse que el artículo 44 de la misma legitima al Estado para expropiar las obras inéditas que estime de interés general (14 bis). A esto debe objetarse, en primer lugar, que la creación intelectual da lugar a un derecho y no a un deber y que un autor que no publica no está dejando sin ejercitar su derecho de publicar, sino que ejerce su derecho de inédito (no hay abandono ni renuncia tácita). En segundo lugar, el derecho de divulgar es personalísimo —que no un derecho de la personalidad— porque la difusión de la obra está ligada al (libre) desarrollo y manifestación pública de la persona-

lidad del autor. En tercer lugar, la cultura que defiende la Constitución española de 1978 no está integrada sólo de valores estéticos, sino antes bien de un conjunto de valores ético-políticos imprescindibles para la convivencia democrática: es de mayor interés cultural por tanto que los autores sean libres de crear y divulgar sus obras, que éstas sean valiosas, de conocimiento obligado o sujetas a unos cánones oficiales (dirigismo cultural que ha tenido históricos ejemplos como el realismo socialista o neoclasicismo fascista).

Aun así, rechazando la posibilidad de obligar al autor a publicar una obra inédita, conviene retener la norma contenida en el artículo 112 de la Ley italiana de derecho de autor, si bien alumbrada por el Estado fascista (1941), todavía vigente: los derechos que corresponden al autor, a excepción de los de *publicar en vida*, podrán ser objeto de expropiación por razón de interés del Estado. Aun en normas como la italiana, producto de una época no liberal, no es concebible la publicación forzosa, en vida del autor, por razones de interés público. La Ley soviética básica de derechos de autor, de 1928, establece como principio básico que el autor tendrá el derecho exclusivo a publicar su obra (art. 7), pero si se ha realizado una representación o ejecución pública, el Ministerio de Educación asume facultades para autorizar ulteriores representaciones, aun sin consentimiento del autor, correspondiéndole a éste el cobro de los derechos correspondientes (art. 8). La norma soviética, hoy vigente, mantiene en línea de principio que la primera comunicación pública de una obra es facultad exclusiva del autor. Fallecido el autor parece abrirse un camino mayor para la publicación a instancias del Estado de obras inéditas del autor difunto (19 bis).

b) El derecho a mantener inédita una obra es oponible no sólo frente al Estado que alegue interés público, sino también frente a particulares que como acreedores del autor puedan ostentar derechos de crédito frente al mismo, dignos de tutela, y que pretendieran la divulgación de una o varias obras de su deudor para satisfacer su

(19 bis) Existe un caso excepcional, ratificado por el Juez de Primera Instancia de Atenas (núm. 6.678/69), el que unos poemas inéditos de Stratis Nyrwillis, vivo en dicha fecha, había sido incluido en un periódico y en una colección estatal de literatura griega contemporánea, a instancias del gobierno. Aplicando el artículo 24 de la Constitución griega de 1943 (el ejercicio de los derechos humanos y de los derechos para el libre desarrollo de la personalidad está permitido siempre que se asegure a los demás ciudadanos el disfrute de los suyos y que se protejan los intereses de la comunidad) y el artículo 281 del Código civil, que prohíbe el ejercicio de un derecho contra la buena fe, las buenas costumbres o contra los intereses sociales y económicos del Derecho, la publicación fue hecha a instancia de los poderes públicos para educación del pueblo.

ULMER, maestro alemán, criticó duramente en su día dicha resolución (GRUR International 1973, p. 676), la considera un caso aislado en el continente y en Grecia misma y la compara con las decisiones del Tribunal Constitucional alemán de 7 de julio de 1941, que sólo admiten el libre uso de obras ajenas con fines religiosos o educativos después de haber sido divulgadas.

crédito vencido, con los rendimientos económicos que pudiera reportar la explotación de inéditos de su deudor. Debemos, no obstante, distinguir, para analizar y demostrar lo anterior, aquellos casos en que los acreedores lo son por una relación comercial cuyo objeto es precisamente la obra que el autor se resiste a divulgar, de aquéllos en que los acreedores lo son por contratos o relaciones obligatorias que no tienen por objeto el disfrute o la explotación de obra alguna del autor deudor.

1. Entre los primeros podemos distinguir varios supuestos y varios momentos en los que el autor incumple el contrato so capa de ejercer su derecho de inédito —perpétuo e irrenunciable—. Pensemos, en primer lugar, en el encargo de una obra intelectual. El comitente no puede obligar al creador en potencia a que ejecute o termine el encargo según los términos del contrato: en una palabra, la ejecución de una obra intelectual es una obligación incoercible y no puede realizarse a costa del autor (si bien esto último dependerá del grado de importancia que tenga para el comitente la persona a quien encargó: si le es indiferente que los haga A o B —de lo que se trata es de que le hagan un retrato— o si el «*intuitis personae*» ínsito en el encargo y en toda creación intelectual hace insustituible la persona que recibió el encargo). Se trata de un hacer personalísimo, en el sentido del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo incumplimiento da lugar a indemnización, pero no a ejecución forzosa (20).

Pensamos ahora en que la obra ha sido terminada por el autor pero se niega a entregarla: no estamos ante una obligación personalísima (no lo es la de dar) (21), pero sí emerge con toda fuerza el personalísimo derecho de divulgación reconocido por el artículo 8 de la Ley de 1879, cuyo ejercicio consiste ciertamente en *dar* la obra a la luz pública. Ante la negativa a dar la obra acabada habría que diferenciar si el comitente tiene como objetivo explotarla y difundirla (editor, por ejemplo) o si se trata de un adquirente —normalmente de obras plásticas o coleccionista de manuscritos u originales— cuyo propósito no es otro que disfrutar en privado de su adquisición. Como sabemos, divulgación no es, en sentido estricto, conocimiento por un tercero extraño al autor, sino puesta en conocimiento público. Pa-

(20) Así lo entiende LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentario al Código civil* (Albaladejo), t. XX, 2.º, Madrid 1986, p. 43. LACRUZ (*El ejercicio «post mortem actoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual*, «*Temis*», núm. 11, Zaragoza 1962, p. 35) da por conocida la incoercibilidad de la obligación de escribir una obra. La doctrina francesa ha mencionado la «*astreinte*» como único remedio a la negativa del autor.

(21) Obligación de entregar la obra la asume el autor frente al editor (Ley de Propiedad Intelectual 65.1.º) o el empresario teatral (Ley de Propiedad Intelectual 77.1.º). Vid sobre esta negativa a entregar STROMHOLM: *La refus par l'auteur de livrer une oeuvre d'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le «droit de divulgation» de la loi du 11 mars 1957*, en «*Hommage à H. Desbois*», París, 1974, pp. 73-86. R. PLAISANT: *Juris Classeur. Progr., littéraire. Le droit moral*, J.C. 11, 1964, p. 7.

rece por tanto que el autor podría negarse a dar la obra en el primer caso, pues el objeto del encargo va a ser divulgado inmediatamente, pero indemnizado. En el segundo supuesto (compra de la obra de arte encargada) difícilmente podrá oponer su derecho de divulgación para incumplir su obligación de entrega derivada del contrato. Lo único que puede hacer es reservarse en el acto de enajenación. Los derechos de exposición (art. 56.2 de la Ley de Propiedad Intelectual) o solicitar medidas cautelares que obliguen al adquirente a respetar el inédito querido por el vendedor.

Pensamos, por fin, en la obra encargada que ha sido realizada y entregada por el autor al comitente. ¿Puede oponerse el autor a que el comitente dé divulgación a la obra entregada? Ciertamente sí, no sólo por la norma general (el artículo 8 de la Ley de 1879; el artículo 14.1.º de la Ley de Propiedad Intelectual), sino ejerciendo el derecho *de retirar* la obra, lo que si se realiza antes de haber sido divulgada puede confundirse con el ejercicio del derecho de inédito (22). En nuestra legislación de derecho de autor: 1) las normas contenidas en el artículo 91 del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual da opción, indemnizando un fijo determinado por el artículo 90 más los gastos que el empresario teatral hubiera realizado para poner escena una obra que haya sido admitida en la temporada, a *retirla* aun en contra de los términos del contrato con el teatro. 2) Si el autor retira la obra *una vez* divulgada o representada en el teatro, no estamos en lo que entenderíamos por derecho de inédito dado que la obra ya ha visto la luz pública. El artículo 93 del R.L.P.I. condiciona a que el autor prohíba la ejecución ulterior de su obra ya representada en público a que indemnice *previamente* al propietario si la hubiese enajenado y a los coautores si los hubiera, siempre que estime que ofende su conciencia moral o política. Estamos ante el derecho de *arrepentimiento*, facultad derivada del derecho de inédito: sólo el autor decide si divulga y en qué condiciones divulga su obra. Por una parte, parece razonable que el autor, hasta no haber visto representada su obra, no se haya hecho cargo del valor de la misma hasta que tenga en cuenta la puesta en escena. Por otra parte, si el empresario teatral que, según el R.L.P.I. español, está obligado a dar un mínimo de tres representaciones consecutivas de la obra estrenada (art. 89 de la Ley de 1879) a no ser que ésta haya sido rechazada completamente por el público en el estreno, no parece exorbitante que el autor, a disgusto con su obra, pueda apartarse del contrato, por razones personalísimas, que no debe alegar ni demostrar, sino resarciendo el daño inferido por incumplimiento. 3) La norma, por último, contenida en el artículo 44 de la Ley de 1879 se

(22) Ver en el último capítulo de este estudio las diferencias y conexiones entre el derecho de inédito (art. 14.1.º de la Ley de Propiedad Intelectual) y el derecho de retirar la obra del comercio (art. 14.6.º de la Ley de Propiedad Intelectual).

ha llamado derecho de *inédito solemne*, y consiste en una declaración solemne por el autor *propietario* (que conserve la propiedad de la obra) antes de que se cumplan los plazos previstos en los artículos 38-40 de la Ley de 1879 para que caiga en el dominio público una obra ya divulgada, pero no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual. Tenemos en este caso un ejercicio «tardío» del derecho de inédito, inédito impropio en tanto no impide la divulgación anterior que haya tenido la obra, pero eficaz a partir del momento en que se realiza, a partir del cual la obra no verá la luz pública. Es en cierta forma la norma general sobre el derecho de retirada y arrepentimiento del anterior derecho de autor español, si bien no tiene las connotaciones morales e ideológicas de ofensa del artículo 93 del R.L.P.I., ni tiene la naturaleza exorbitante del derecho de retirada contemplado en el artículo 91 del R.L.P.I., contraviniendo el contrato con el empresario. Sin embargo existe diferencias: el *inédito solemne* (art. 44 de la Ley 1879) sólo puede ser ejercido por el autor propietario (23); el derecho de retirada (R.L.P.I. 91) por el propietario (autor o no); el de arrepentimiento, por el autor no propietario frente al propietario. Pero la imprecisión y confusión terminológica autor-propietario que reinaba en las normas de 1879-1880 debe ser despejada admitiendo que si puede reconocerse esta facultad o derecho que enerva la fuerza obligatoria de los contratos, sólo puede deberse a tutelar intereses personalísimos dignos de protección, como son los del autor-creador que compromete su fama y su reputación con la divulgación de su obra, pero en ningún caso al propietario adquirente de la obra. Que el arrepentimiento haya sido condicionado a la previa indemnización (R.L.P.I. 93) y el derecho de retirada no, parece un despropósito de nuestra reglamentación de teatros que ha sido aplicada por analogía a otros supuestos de relaciones autor-empresario que explota la obra, hasta que llegó la Ley del Libro de 1975 o la de Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 1966.

Estos supuestos de retirada de la obra ya divulgada han sido refundidos por la nueva Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 14-6.º. El autor goza de la irrenunciable e inalienable facultad de retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones morales o intelectuales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si posteriormente el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular del mismo y en condiciones razonablemente similares a las originales (24).

(23) ALVAREZ ROMERO considera anacrónico el requisito de propietario que exigía el artículo 44 de la Ley de 1879 para arrepentirse de forma solemne. No puede vincularse patrimonial sino al moral (la Constitución española y el derecho de propiedad intelectual, cit., p. 85).

(24) Parece que nos encontramos ante una facultad de desistimiento unilateral semejante al reconocimiento en el artículo 1.594 del Código civil. Aunque aquí no es el comitente sino el autor que recibe el encargo quien desiste, obligado a hacer y entregar.

No parece que pueda oponerse el creador material de la obra ya realizada a su difusión si el comitente que realizó el encargo lo tiene empleado como asalariado o funcionario retribuido periódicamente y si la obra realizada extra dentro del negocio habitual de la empresa donde trabaja el autor o dentro de la competencia específica del puesto de la administración pública donde pueda trabajar. La remuneración anticipada, la prohibición legal de competencia con el empresario y la posibilidad de ceder los derechos al mismo, muchas veces en cláusula aneja al contrato de trabajo, harían inviable la explotación privada por el empleado. No obstante, la norma del artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo exigía una cesión por escrito del trabajador al empresario. La norma que la sustituye (art. 51) establece el sistema anglosajón de presunción de cesión en exclusiva de la propiedad intelectual al empresario, salvo pacto expreso en contra.

No parece que pueda oponerse tampoco el creador material de la obra a su difusión en los casos en que por ministerio de la ley se atribuye originalmente la propiedad intelectual de la obra a la persona jurídica para la que trabaja —pensemos en las publicaciones de un Ministerio o de una Empresa—, por encontrarse dentro de los supuestos de obra colectiva (intuida por la Ley de 1879 en su artículo 4 y reconocida expresamente por el artículo 8 de la nueva Ley), o con la que pacta un contrato de encargo editorial (reconocido por el artículo 18.3 de la Ley del Libro de 1975), que transmite, salvo pacto en contra, la propiedad intelectual al editor (diferente del contrato de edición). A lo más que puede oponerse sería a que se mencionara su nombre al divulgarse la obra, si se siente descontento de la misma, exigencia fácil de cumplir por la empresa, corporación o institución que se la encargó, en solitario o en colaboración con otros autores.

Veamos por último cierta clase de encargo de obra intelectual que no parece muy específico, porque los sujetos de la relación están pendientes de determinarse, pero que a veces presentan unas instrucciones o bases de ejecución de la obra encargada muy detalladas: me refiero a los concursos. A pesar de la enorme variedad de hipótesis que se puede plantear, las modalidades del concurso, etc., creo que es fácil reducir el problema al siguiente modelo para preguntarnos si en estos casos el autor creador tiene, como en los casos vistos anteriormente, la capacidad de no hacer, no entregar o impedir la divul-

Las leyes francesas (art. 32) italiana (arts. 142 y 143), alemana (art. 42) y portuguesa (art. 62) de derecho de autor reconocen el derecho del autor a retirar la obra del comercio, indemnizando en todo caso a los titulares de derechos económicos sobre la misma. Vid comentarios monográficos de GIANINII: *Sul ritiro della opera del commercio. Il diritto di autore*, 1955, pp. 1-10. HIRSCH: *Zum Rückrufsrecht des Urhebers wegen gewandelten Überzeugen. Festschr. Nipperdey 70 Geb.*, Berlín 1965, pp. 351-371. IONASCO: *Le droit de repentir. Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 1975, LXXXIII, pp. 21-55.

gación de la obra a aquél que se la encargó, en este caso la persona natural o jurídica que resuelva el concurso en cuestión. Más bien parece todo lo contrario. Ni dar ni hacer es algo exigible al autor, pero éste hará y dará sin que le obliguen de manera alguna, dado que se ha realizado una oferta pública para contratar y no existe un sujeto determinado al que se le exija una obra, sino antes bien un sujeto obligado a cumplir la promesa de fallar el concurso —pudiéndolo declarar desierto, como es lógico—. Pero el problema se plantea de forma inversa a los demás casos: presentada una obra a concurso, ¿pierde el autor aunque sea temporalmente su derecho de divulgación? ¿Se constituye en excepción a ese inédito personalísimo e intransmisible? Habría que distinguir dos fases en que la divulgación de la obra escapa más o menos de las manos del autor. La primera etapa, entre la presentación y el fallo, hay que admitir que la obra tiene una divulgación, aunque sea limitada, entre las personas que entran a juzgar las obras presentadas. Una segunda fase, posterior al fallo y dependiendo de las bases del concurso, en caso de premio, es posible (pero también impensable) que un autor retire la obra premiada y se niegue a divulgarla. Si las bases del concurso comprendían la cesión de los derechos intelectuales al organismo o persona que lo falla, puede pensarse que el acto de divulgación de la obra ha tenido lugar en el momento de presentación al mismo si bien suspendida su eficacia hasta la resolución positiva y el autor sólo podría ejercer el derecho de retirada en los términos del artículo 91 del R.L.P.I., por analogía, indemnizando (o del artículo 14.6.º de la Ley de Propiedad Intelectual). En la fase previa al fallo, a su vez, el autor de la obra presentada no tiene derecho a divulgarla, o, mejor dicho, *contrae* el deber de no divulgarla. Esto parece que nos confirma que no estamos ante una derogación del derecho personalísimo de inédito, sino en el campo de los contratos. Todo autor puede retirar una obra del concurso antes del fallo. Si gana el concurso, la obra se divulgará porque así lo ha querido el autor, al responder a la oferta hecha por el convocante del premio. Todo efecto posterior al fallo, derivado de las bases del concurso, no enerva el derecho de inédito del autor porque nos hallamos ya ante las reglas contractuales del cumplimiento e incumplimiento, pudiendo el autor apartarse del contrato en todo momento, pero indemnizado si lo hace después de la resolución favorable a su obra del concurso (momento de perfección del contrato en que el autor ya queda obligado). En los concursos, como en todo contrato de explotación de obras intelectuales, se deberán aplicar las normas generales sobre cesión de derechos y reserva de los derechos morales en manos del autor.

2. Pero pensemos ahora en los acreedores del autor por créditos ajenos a la explotación de alguna de sus obras. ¿Pueden los acreedores insatisfechos tratar de subrogarse en los derechos del autor y publicar alguna de sus obras, divulgarla o reeditarla?. No parece que

puedan ejercitar la acción del artículo 1.111 del Código civil (o del Código francés, art. 1.166) y decidir la divulgación de una obra de su deudor contra la voluntad de éste. El límite es igual en el Código francés y español: los derechos y acciones inherentes a la persona. Hemos definido el derecho de divulgación y de inédito como personalísimo y por ello escapa a la trabajadora la ejecución forzosa o hipoteca. Esto debería venir corroborado por las normas especiales: La Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, en su artículo 46, establece que la hipoteca del derecho principal comprende como accesorios, salvo pacto en contra, la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecaria. No queda claro cuál sea el derecho principal, aunque del artículo 12 de la misma Ley parece deducirse que se refiere a la propiedad intelectual. La no mención de la publicación o divulgación no puede llevar a pensar, tanto que no puede ser hipotecada, como que es hipotecable como integrante —no como accesorio— del derecho principal. Las normas sobre embargo de la Ley de Enjuiciamiento Civil no mencionan para nada derechos intelectuales. La Ley de Propiedad Intelectual admite la adquisición global de la propiedad sobre la obra, pero reserva (art. 8) el derecho de divulgación al autor —no lo reconoce en el propietario no autor—. Las contradicciones internas de la Ley de 1879 nos llevan a configurar una propiedad transmisibile «inter vivos», pero unos derechos integrantes de la misma personalísimos. Nos quedamos sin respuesta para decir si la transmisibilidad del derecho, como su hipotecabilidad o su embargabilidad nos empuja a defender, con el derecho de autor español anterior, la posibilidad de subrogatoria por los acreedores. Para afirmar que no cabe subrogarse en el derecho de autor, debemos abandonar un intento de solución sistemática deducida de nuestras leyes de ejecución forzosa de derechos y retomar la construcción dogmática que viene, eso sí, alumbrada por la distinción que la norma general sobre propiedad intelectual hace en su artículo 8: el derecho de divulgación es personalísimo del autor, por lo que cabe afirmar que no es transmisibile, ni hipotecable, ni embargable, no puede ser objeto de usufructo (art. 469 C.c.) ni de ejercicio por los acreedores del autor (25).

Ahora bien ¿cabe que los acreedores reediten una obra divulgada y agotada de su deudor para satisfacer su crédito frustrado? Acudiendo a las normas especiales sobre hipoteca mobiliaria, recordemos que el artículo 46 de la Ley de 1954 menciona expresamente como hipotecable la reedición, pero no olvidemos, tanto que en la hipoteca con-

(25) LACRUZ BERDEJO sustraía de la acción de los acreedores los derechos de autor; en especial, el derecho moral (El objeto de la acción subrogatoria, «ADC», 1950, pp. 1100-1132). El mismo autor considera que ni siquiera la obra publicada está sujeta a ejecución forzosa porque decidir si publicar, reimprimir o condenar al olvido una obra es una cuestión de apreciación personalísima (*El ejercicio «post mortem»...*, cit., p. 33).

curre la voluntad del autor que se presta a dicho gravamen, como que la definición, derecho principal y el elenco de derechos accesorios recogida en el artículo 46 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria son, en mi opinión, poco afortunados, producto más bien de una extensión automática de los esquemas tradicionales de la hipoteca (que se extiende a la cosa hipotecada y sus accesiones o transformaciones) que de un análisis del derecho de autor y del valor lógico de sus proposiciones: ¿puede decirse en serio que la hipoteca de una novela se extiende, salvo pacto en contra, a la película que se haga sobre un guión adaptado de la misma, y a la versión alemana de la novela española?

Para responder a la pregunta planteada debe contestarse antes si la segunda edición de una obra es un acto de explotación económica o si consiste en un acto de divulgación. Si es lo primero parece indudable que supondría el ejercicio de un derecho patrimonial, pero de marcado carácter personal (al autor no tiene por qué parecerle oportuno, de cara a su reputación, por ejemplo, desempolvar una obra antigua que en su momento consintió en divulgar, pero que hoy no lo habría hecho), por lo que parece que escapa a la subrogación de los acreedores —quienes tampoco podrían revocar por ingratitud una donación que su deudor no se decide a hacerlo—. Si la reedición supone un acto de divulgación (ejercer este derecho no implica sólo desvelar públicamente el contenido de una obra, no sólo el paso de una obra del inédito al público, sino además decidir las *condiciones* en que ésta se realiza, art. 14.1.º L.P.I. de 1987), no cabe duda que la acción persecutoria de los acreedores deberá frenarse ante derechos personalísimos del autor, como reeditar una obra, siempre que esta reedición no viniera pactada por un anterior contrato de edición, pacto, sin embargo, del que puede apartarse el autor retirando la obra de la luz pública. A pesar de las carencias de la legislación española, la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, en su artículo 46, requiere el consentimiento del autor —si no, no habría hipoteca— y siempre puede pactarse que no se extenderá a la reedición, entre otros derechos accesorios. Pero conceder la reedición forzosa de una obra a los acreedores del autor parece una posibilidad contradictoria con las facultades del autor frente a aquellos acreedores que tienen en sus manos la explotación de la obra (26).

¿Qué pueden hacer los acreedores del autor moroso o insolvente? Desde luego no pueden embargar los derechos morales, porque si admitimos su existencia, éstos son, por definición, inalienables. Pueden

(26) La Ley portuguesa de 17 de septiembre de 1985 admite que cualquier interesado, incluido el Estado, solicite autorización judicial para reeditar una obra agotada de un tercero que rehúse hacerlo, siendo atendibles en favor de éste razones de tipo moral o material, pero no financieras (art. 52).

sin embargo intentar la traba de derechos económicos, siempre que éstos no sean personalísimos. Podrían también intentar revocar los actos dispositivos del autor realizados en fraude de sus derechos. La renuncia del autor a unos ingresos derivados de una explotación afortunada en su obra, supondrían una ganancia dejada de obtener cuyo cálculo no tiene por qué ser difícil, dados los controles de tirada o taquilla existentes y pueden pensarse que entran dentro de los supuestos previstos del artículo 1.111. No así los contratos dejados de firmar, tanto por la incertidumbre de la ejecución del mismo y de su fortuna económica, como por la inadecuación de la acción revocatoria a supuestos que no implican salida de bienes del patrimonio del deudor: en el primer caso, los rendimientos ya devengados a los que renuncia el autor no son inciertos y puede decirse que salen de su patrimonio (su derecho a percibirlos ya formaba parte del mismo) por su acto de renuncia.

Respecto al embargo de derecho de autor, de lo que están descartados los derechos morales, por extrapatrimoniales, pueden formularse las siguientes opciones alternativas:

1.^a *Los derechos de explotación son embargables puesto que son cedibles.* Parece que la Ley portuguesa, en su artículo 47, sigue dicha tesis (los derechos patrimoniales pueden ser objeto de prenda o de embargo).

2.^a *Los derechos patrimoniales no son objeto de cesión, sino que el autor otorga concesiones para utilizar su obra con alcance limitado, de manera que conserva en sus manos el derecho de explotación; los terceros que están legitimados para hacerlo en virtud de la autorización pueden incluso obligar al autor a no explotar si la concesión ha sido exclusiva.* Además, no debe olvidarse que el ejercicio de los derechos económicos debe coordinarse con el ejercicio de los derechos morales. Es difícil concebir un ejercicio forzoso del derecho de explotación por embargo sin que esto colisione con el derecho moral del autor. La ley alemana, en su artículo 113, parece que consagra dicha idea: respecto a las deudas pecuniarias del autor, la ejecución sólo es permisible con el consentimiento del mismo en la medida en que pueda conceder derechos de uso de la obra. El consentimiento no puede ser dado por medio de representación legal. El artículo 114 excluye el consentimiento del autor si lo que se embargan son los *originales* del autor, en especial las plásticas y arquitectónicas, para ejecutar derechos de uso.

Ahora bien, dado que excluye del consentimiento del autor la cesión de derechos cuando se produce la sucesión parcial o global de empresas (art. 34.3), la ley alemana parece permitir el embargo de los derechos económicos de autor en manos de las empresas —editoriales fundamentalmente— sin contar con el autor o autores, quie-

nes siguen ostentando sus derechos morales y en especial su derecho de retirada, como vimos anteriormente, conforme el artículo 42. No obstante, los ejecutantes, en este caso, son acreedores de la empresa, no del autor.

3.^a *Los derechos de explotación son bienes cedibles o transmisibles*, como ocurre en los casos de bienes y efectos personales (LEC 1.449). Esta parece que es la tesis que mantiene el legislador italiano y que ha seguido el Proyecto español. El artículo 111 de la Ley italiana establece que no son confiscables, pignoraables ni embargables los *derechos* de publicación ni los de utilización de la obra publicada mientras pertenezcan personalmente al autor. Pero *sí* pueden ser ejecutados los *beneficios* de tal explotación y los ejemplares de la obra conforme a las leyes procesales, mientras que el artículo 107 de la misma ley italiana consagra la transmisibilidad de los derechos patrimoniales.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 establece igualmente la regla general de transmisibilidad de los derechos de explotación de la obra (art. 43.1), pero esto no conduce necesariamente a su embargabilidad. Al contrario, el artículo 53.2 establece que «los derechos de autor correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos...»; hasta aquí parece que la simbiosis del proyecto español con la ley italiana es total y su fundamentación dogmática se encuentra en la consideración de bienes patrimoniales de carácter personal, mientras su fundamento pragmático reside en la ineficacia de un derecho económico embargado paralizado por el ejercicio del derecho moral (inédito o retirada) del autor.

4.^a *Los derechos de explotación, dado que son transmisibles, son embargables, aunque con limitaciones*. Esto es, puede que estemos ante bienes limitadamente embargables, como son los salarios, con los que guardan cierta semejanza. La asimilación, de cara al embargo y a la preferencia crediticia, se dio en el derecho de autor francés (las leyes de 11 de marzo y de 19 de julio de 1957) y años después fue adoptada en un sector de nuestro derecho de autor (Ley del Libro de 12 de marzo de 1975).

La Ley francesa de marzo de 1957 establece, por su parte, que para el pago de derechos de autor vencidos de los últimos tres años por la cesión, explotación o utilización de sus obras, los autores, compositores y artistas gozan del privilegio crediticio del artículo 2.101-4 y 2.104 del Código Civil (art. 58) y, recíprocamente, que cuando los productos de la explotación correspondientes al autor hayan sido objeto de embargo, el Juez podrá ordenar el pago al autor, a título de alimentos, de cierta suma o de una parte alícuota de las cantidades embargadas (art. 69). La Ley francesa sobre inembargabilidad parcial de salarios y réditos del autor, de 19 de julio de 1957, establecía

el límite del embargo en los cuatro quintos del salario mínimo en la medida en que tengan carácter alimentario (art. 2) descontados los gastos profesionales (art. 1), siempre que el acreedor ejecutante no sea un alimentista del autor (art. 3). Quedaba consagrada la equiparación entre salarios y rendimientos (no derechos económicos, sino los frutos de éstos), en tanto se reconocía que la creación literaria es un medio de vida, un trabajo.

La Ley del Libro española establecía la preferencia, similar a los créditos salariales, del precio (o parte del mismo) a que tiene derecho el autor que firma un contrato de edición [art. 19.1.a)]; por otra parte, establecía el carácter irrenunciable de los derechos de las partes, inalterables por convenio (art. 17.1), comprendiendo derechos morales y económicos, pero excluyendo sorprendentemente de su carácter irrenunciable el respeto a la integridad de la obra [art. 19.1.d)]. Parece que la Ley del Libro, aun con esta mácula, predicaba un carácter indisponible de todos los derechos de autor, tanto personales como patrimoniales.

La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 concluye (artículo 53.2) estableciendo que son embargables los *frutos* o *productos* de la explotación de la obra, que tendrán la *consideración* de salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones y parte inembargable; y continúa, en su artículo 54, asemejando los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación a los devengados por los salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades.

En resumen, los acreedores podrán satisfacer su crédito embargando, dentro de los límites salariales, los productos económicos de la explotación de la obra *consentida* por el autor, nunca forzosa, pero no podrán ni divulgar una obra inédita (por tratarse de un derecho extrapatrimonial) ni reeditar la divulgada porque para hacerlo deben embargar un derecho de inédito o un derecho económico de carácter personalísimo y sujeto siempre al ejercicio del derecho moral por el autor.

c) La facultad o derecho personalísimo a divulgar la obra debe ser comprobada en los casos en que el patrimonio del autor (en el que no se integran obviamente los derechos extrapatrimoniales como el inédito, pero sí los derechos económicos de autor, así como las obras —materialmente consideradas—, al menos en un primer momento) es susceptible de cierta gestión o administración conjunta o sujeción a ciertas cargas: nos referimos, aparte los casos del socio con responsabilidad ilimitada, fundamentalmente, a los regímenes económico-conyugales. No basta con afirmar que el derecho de autor es privativo, especialmente el derecho moral y que los rendimientos son gananciales, supuesta la vigencia de este régimen, para zanjar el estudio de los problemas suscitados por el autor casado. Según

el régimen económico a que esté sujeto el cónyuge autor, pueden plantearse diversas preguntas que en esta ocasión sólo responderemos conforme a la regulación en el Derecho común español posterior a la reforma de 1981. Antes de centrarnos en las normas españolas sobre economía matrimonial, debemos advertir que en el Derecho comparado existe un precedente significativo: el artículo 25 de la Ley francesa de 1957 sobre propiedad literaria y artística que se dedica expresamente al tema matrimonial. Dice este precepto que «bajo todos los regímenes conyugales y so pena de nulidad de todas las cláusulas contrarias contenidas en el contrato de matrimonio, el derecho de divulgar la obra, de fijar las condiciones de su explotación y de defender su integridad permanece en el cónyuge autor o en aquél de los esposos a quien haya sido transmitido. Este derecho no puede ser aportado en dote, ni adquirido por la comunidad o por una sociedad de adquisiciones. Los productos pecuniarios procedentes de la explotación de una obra del ingenio se regirán por las reglas aplicables a los bienes muebles, según el régimen matrimonial adoptado, pero sólo los adquiridos constante el matrimonio...». Tiene importancia subrayar que esta norma resuelve para el Derecho francés los interrogantes que los Tribunales habían resuelto contradictoriamente y que nosotros, para el Derecho español, trataremos de responder, según el Código civil y las reglas generales de la propiedad intelectual, dada la carencia de norma específica vigente o en proyecto. Por ello, parece que se puede afirmar, teniendo en cuenta el artículo 8 de la L.P.I. de 1879, que *sólo el cónyuge autor puede decidir la publicación de sus obras*. Y el otro cónyuge, ni en ejercicio de la potestad doméstica, ni como contribución a las cargas del matrimonio puede instar la publicación de obras de su consorte, contra la voluntad de éste y ni con autorización judicial. Pero sentado este principio debe ponerse a prueba dicha afirmación, a saber:

1.º Respecto a la calificación del derecho de divulgación caben pocas dudas sobre que sea derecho privativo y nunca ganancial, pero incluso debe decirse que es impropio entrar a discernir su condición privativa o ganancial, dada su extrapatrimonialidad. La doctrina española que se ha ocupado de este punto (27) es unánime a este res-

(27) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Barna 1982, pp. 362 y ss. TORRALBA SORIANO: *Elementarios reforma de derecho de familia*, Madrid 1984, pp. 1594 y ss. DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, vol. IV, pp. 222-224, Madrid, 1986. GIMÉNEZ DUART: *Los bienes privativos y gananciales...*, «RCDI», núm. 548, pp. 122 y ss. BATTLE VÁZQUEZ: *El derecho de autor y la sociedad de gananciales. Homenaje a F. de Castro*. Madrid 1976, pp. 137 y ss. BLANQUER UBEROS: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales*, «AAMN», 1982.

En la doctrina francesa son numerosos los comentarios no sólo al artículo 25 de la Ley de 1957, sino también a la decisión de la Cour de París de 19 de diciembre de 1953 y subsiguiente de la Cour de Cass de 4 de diciembre de 1956, conocidas como affaire Bonnard, que distinguía entre obras acabadas y esbozos o esquemas, siendo estos últimos instrumentos de estudio o de trabajo en curso de realización, que quedan fuera de la comunidad.

pecto. Si cabe discutir la ganancialidad será en todo caso de los derechos económicos, pero parece igualmente que hay que distinguir derechos económicos (privativos) de rendimientos económicos de la explotación de la obra (gananciales si son obtenidos o se derivan de contratos acordados constante la sociedad) conforme a los artículos 1.347.1.º, 1.347.2.º y 1.349, por analogía, del Código Civil.

2.º Debemos advertir inmediatamente la cautela con que debe afirmarse lo anterior, o, por lo menos, que debe afirmarse con la consciencia de que las *obras* —soporte físico de la obra intelectual— deben tener la consideración de *bienes* patrimoniales, que conforme al artículo 1.347.2.º del Código Civil son bienes gananciales las obras creadas por cualquiera de los cónyuges constante la sociedad y por lo tanto en lo que a los actos de disposición respecta deberá seguirse las reglas generales de los bienes gananciales, sólo exceptuables por existir un mejor derecho (en este caso el derecho moral del autor). Así, parece que la venta y donación de cuadros gananciales debe ser consentida por ambos cónyuges (art. 1.377.1 y 1.378), pero no parece, como excepción, que el cónyuge no autor pueda enajenar obras de su consorte, contra la voluntad de éste, autorizado por el Juez (art. 1.377.2) en tanto dicha enajenación suponga divulgación de la obra, reservada por la Ley de Propiedad Intelectual al autor (que en la venta de la obra plástica se hayan transmitido los derechos de reproducción y exposición, por lo menos, según el artículo 9 de la Ley de 1879; o que en la venta no se hayan reservado en manos del transmitente los derechos de exposición y reproducción, conforme a la presunción establecida en el artículo 56.2 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual); segundo, en los regímenes de separación y participación se prevé la posibilidad de que un cónyuge administre bienes del otro. La contribución a las cargas del matrimonio se hace, salvo pacto en contra, proporcionalmente a los recursos económicos (art. 1.438) o, en todo caso, sujetando bienes privativos a su levantamiento (art. 1.318). La existencia de bienes suficientes en el patrimonio deudor del crédito de participación, la valoración de esos bienes, integrantes del patrimonio final o inicial, y las disposiciones que el cónyuge autor haya podido hacer, ya gratuitas, ya en fraude de los derechos de su consorte, que sean impugnables conforme al artículo 1.390, 1.391, 1.433 y 1.434, ponen de relieve que tanto en el régimen de participación como en el de gananciales, *el derecho de divulgación* del autor, que se ejercita en muchas ocasiones —más tratándose de artes plásticas— mediante enajenaciones, a veces por precios irrisorios, para lograr la difusión de su obra, *está por lo menos condicionado* a sus deberes económico-conyugales.

Puede afirmarse, y esto en sentido favorable al autor, que las obras, materialmente consideradas, deben ser objeto de atribución preferente al cónyuge autor de las mismas, disuelta la sociedad de gananciales, o que son idóneas para la dación en pago del crédito de participa-

ción, adjudicándosele incluso por el Juez, como prevé el artículo 1.432, en cuyo caso tendrá «las manos libres» para divulgar sus obras, sin atender al condicionamiento legal que imponen las normas sobre economía conyugal.

3.º Para entender lo anterior es igualmente necesario distinguir, vistas las posibilidades que tanto sobre los derechos de autor como sobre las obras de su cónyuge tiene el consorte no autor, qué debe entenderse por acto de administración, de gestión o de disposición, cuando hablamos de derechos de autor o de obras del ingenio. Bien es sabido que la norma del artículo 1.439 es aplicable a los regímenes de participación y separación —pero incluso también al de gananciales, según opinión de un ilustre autor—: el cónyuge no autor podría administrar o gestionar bienes o intereses del otro. ¿Quiere esto decir que podría firmar un contrato de edición, de adaptación cinematográfica de una obra ya divulgada por su cónyuge (el autor) o se refiere más bien a la posibilidad de entablar acciones de protección de los derechos de su cónyuge (aspecto defensivo) o de cobrar los rendimientos de contratos acordados por el cónyuge autor (labor de gestión)? La respuesta más prudente sería afirmar que puede defender los intereses de su cónyuge —el verdadero autor—. Si afirmamos que puede instar la enajenación de la obra, si el Juez estimara que es de interés para la familia, conforme al artículo 1.377.2, parece que la labor de defensa de derechos del autor no es la única que el Código Civil reconoce al cónyuge no autor. No puede disponer de las obras o derechos de autor de su cónyuge, o sea, no puede enajenarlas, de forma que el autor se vea privado de la obra o del ejercicio de sus derechos, pero también sería disposición sobre la obra admitir su transformación o la explotación de la transformación intelectual de la misma —sea por traducción, modificación o adaptación a otro género—, por cambio de la configuración del objeto; por tanto, además de los casos ya mencionados, respecto a los derechos, toda cesión exclusiva de los mismos, aun con alcance temporal, espacial y cuantitativo limitado, supone un acto de disposición sobre los mismos, vedado, en mi opinión, al cónyuge no autor.

Puede, sin embargo, administrar y gestionar (en caso de necesidad, con autorización judicial o respondiendo como mandatario), o sea, ¿puede conceder derechos de uso no exclusivo y realizar todo tipo de acciones que no priven a su cónyuge autor de ejercer sus derechos? Tendrá derecho como ganancial a participar en los rendimientos económicos y a la mitad del valor de las obras que sean gananciales, al disolverse la comunidad, e incluso puede que se le asignen obras de su cónyuge si resulta acreedor en el régimen de participación. Aunque la regla general será la administración conjunta por ambos cónyuges, si fuera ganancial su régimen, sometida al ejercicio de los derechos morales por el autor, quien en caso de regímenes de administración privativa estaría obligado a rendir cuentas

o información y a evitar actos dispositivos fraudulentos en perjuicio de su consorte.

4.º Por último, debe mencionarse un aspecto no patrimonial que incide de lleno en el ejercicio de los derechos morales, respecto a la paternidad de las obras, que ha preocupado en Italia y Francia, pero que parece inaplicable en España: el uso por el cónyuge separado o divorciado (la mujer autora) del apellido de casada, en las obras divulgadas después de la disolución del matrimonio, con oposición del marido, como seudónimo o con autorización del Tribunal.

d) La personalísima facultad de divulgar su obra viene recordada en su amplitud cuando el creador ha unido su talento al de otros creadores en una obra común o colectiva. La coautoría intelectual tiene como consecuencia fundamental la «sincronización» de derechos de divulgación de todos los autores que han realizado sus aportaciones a la obra común y el principio de separabilidad de cada aportación respecto al todo, siempre que no suponga una lesión al derecho de los demás coautores. Entre los distintos tipos de obras realizadas por dos o más personas, la doctrina y legislación europea y norteamericana han distinguido:

1. La obra en *colaboración*: escrita por dos o más autores cuya aportación es, sin embargo, apreciable y que otorga derechos de autor a cada uno por la aportación hecha a la obra, pero que a veces debe ser considerada proindiviso de los coautores. El supuesto típico de lo primero es la *colaboración* entre libretista y músico, cuyas obras —aportación a la común— son perfectamente identificables; en el moderno derecho de autor, aunque ha gozado de reglas especiales, es obra en colaboración la cinematográfica. Supuesto de obra en colaboración que otorga proindiviso derechos a los coautores sobre la obra son los casos similares a los hermanos Alvarez Quintero [Ley española de 1879, arts. 22 y 23; R.L.P.I., arts. 12, 93, 106; Ley italiana, art. 10; Ley francesa, arts. 9.1 y 10; Ley alemana, art. 8; Ley portuguesa, arts. 16 y 17; Ley estadounidense, secs. 101 y 201 a)].

2. La obra *colectiva* acumula la colaboración de varias personas, normalmente más de dos y normalmente la aportación de cada una acaba indiferenciándose en el conjunto, si bien lo definitorio es que se ha realizado o ejecutado *bajo la iniciativa* de una persona natural o jurídica, que asume la propiedad intelectual del conjunto de la obra [Ley francesa, arts. 13 y 9.3; Ley italiana, arts. 3 y 7.1; Ley portuguesa, arts. 16 y 19; Ley estadounidense, secs. 101 y 201 c)] sin perjuicio de que puedan reconocerse derechos individuales sobre las aportaciones de cada persona que sean diferenciables del conjunto. Es el típico supuesto del diccionario, la enciclopedia o el periódico o revista de información (Ley española de 1879, arts. 16 y 19).

3. La obra *derivada* o *compuesta* refleja la suma de creaciones de dos o más personas, pero que no han colaborado entre ellas: se

debe ello a que a partir de una obra preexistente, un segundo autor realiza posteriormente —sólo o en colaboración— una revisión, adaptación, refundición, selección antológica o anotación crítica de la(s) obra(s) preexistentes(s). Los autores no han colaborado y se considera que estamos ante obras distintas —no es una modificación de la obra primera hecha por su autor—. Esto implica derechos de autor al primero de su obra, y derechos de autor al segundo, por lo que de original tenga la obra derivada o compuesta, no pudiendo impedir que los demás utilicen la obra preexistente, si ha caído en el dominio público, o debiendo pagar al autor o sucesores de la obra preexistente los derechos correspondientes si todavía durasen (arts. 7 y 14 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879; Ley francesa, arts. 9.2 y 12; Ley italiana, arts. 4 y 7.2; Ley alemana, art. 3; Ley portuguesa, art. 20; Ley estadounidense, sec. 101).

Como puede verse, la colaboración de varios autores para la obtención de una obra que se considere única y no dos obras independientes (ver art. 9.2 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual), puede haberse debido a coincidencias en el tiempo, en el género o en la obra misma, pudiendo darse las tres o sólo una de ellas. No puede hablarse de un régimen homogéneo de coautoría intelectual porque no puede tratarse de la misma manera la yuxtaposición de labores creadores cuando dos personas escriben indistintamente juntas los diálogos (A. Quintero), no pudiéndose distinguir qué ha aportado cada uno, exigiéndose un proindiviso sobre la obra en su conjunto, que cuando una ha escrito la letra, otro la música, e incluso, un tercero; lo ha traducido en imágenes, como director cinematográfico o realizador televisivo. Aunque ambas son obras en *colaboración*, en las que ambos autores se encuentran en un plano equivalente de iniciativa creadora y cuya labor es igualmente imprescindible para la obra completa (puede suscitar dudas si la labor de los arquitectos es un mismo caso, uno proyectando y el otro dirigiendo la ejecución de la obra, da lugar a un proindiviso o si puede decirse que cada uno ha realizado una aportación de género distinto —como el libretista y el músico—, por lo que poseen un derecho respectivamente sobre el proyecto y la dirección de la obra, pudiendo el primero colaborar con un tercero o realizar por sí mismo la ejecución del proyecto ideado por él cumpliendo las normas deontológicas y colegiales de la profesión) (27 bis). La diferencia en todos estos casos de obra en colaboración es fundamental, respecto al ejercicio de los derechos —mancomunado si fue proindivisa la atribución de propiedad intelectual, salvando el Juez los de

(27 bis) En la nueva Ley de 1987, conforme al artículo 10, parece que una obra es el edificio (obra artística), protegida por el artículo 10.1), y otra son los planos [art. 10.1.f)], y proyectos. Por ello, la materialización del proyecto por una parte en el plano y por otro en la obra tridimensional construida dan lugar a diferentes derechos que, en la mayoría de los casos, concurrirán en el mismo o mismos arquitectos.

sacuerdos de la comunidad (véase el artículo L.P.I. de 1987), norma de inspiración francesa, artículo 10.3, pero que ya estaba contemplada en un supuesto particular en el viejo Reglamento español (art. 94), concreción en el derecho de autor de la norma del artículo 398 del Código Civil.

Cuando la aportación es diferenciada, aunque pueda hablarse de una obra —la película cinematográfica, la ópera, la zarzuela—, cierto es que puede darse una división de la cosa común sin perjuicio de las restantes aportaciones, pero este ejercicio debe quedar subordinado a la explotación de la obra común. Al hilo de nuestra línea argumental, el derecho personalísimo de inédito y divulgación y su proyección en el campo de los contratos, como pueden ser el derecho de retirada y arrepentimiento, el autor de la aportación diferenciada —guión, libreto, música— a una obra común puede disentir de la divulgación de ésta, pero se verá enervado su derecho de inédito si el Juez estima que es contrario a la equidad o a la buena fe. Como dije antes, debe producirse una sincronización de la decisión de divulgar de todos los coautores, por ello puede estimarse que hay cierto recorte del absoluto derecho de inédito, al estar a expensas de la opinión mayoritaria y el respaldo judicial de su negativa a la divulgación (28).

¿Qué otra alternativa le queda al coautor disidente que a última hora se manifiesta contrario a la divulgación de una obra en la que ha colaborado? Una, inviable desde el punto de vista dogmático, sería la exigencia de que se omita su nombre en la divulgación con la que estaba en desacuerdo. La publicación anónima de su aportación sólo podría darse a instancia del interesado (Ley de Propiedad Intelectual, arts. 14.2.º y 6.2, y R.L.P.I., art. 86); el anónimo forzoso es inaceptable si aceptamos la existencia de unos derechos morales irrenunciables, entre ellos el de divulgación que comprende tanto decidir el paso a la luz pública como las condiciones de la misma. La solución que le queda al coautor disidente, ante la decisión del Juez, sería «separar su aportación de la obra. Esto no podrá realizarse después de haber consentido la divulgación si esta segregación perjudica a la explotación de la obra común (Ley de Propiedad Intelectual, art. 7.3). Parece que el artículo 93 de la R.L.P.I. (que queda subsistente en lo que no contraría a la nueva Ley española) admite la retirada de la aportación del coautor, si bien indemnizando *previamente* a los coautores o propietarios. No obstante el tenor literal de

(28) Una sentencia del Tribunal de Florencia de 10 de febrero a 1 de abril de 1947 (Medici del Vascello c. Rossi y otros) consideró que no violaba el personalísimo e inalienable derecho de inédito exigir que se cumpla el acuerdo tomado por varios artistas de exponer juntos en una muestra conjunta, acuerdo del que quiso separarse uno de ellos, demandante ante los Tribunales. El acuerdo es, a juicio del Tribunal, perfectamente lícito y vinculante (quede claro que no se trataba de un supuesto de coautoría, sino de un común acuerdo tomado por varios autores).

artículo 93 refiere a una aportación diferenciada —el autor literario—, pero no veo yo que se impida la analogía, teniendo en cuenta que no es un caso igual, pero sí análogo al del coautor indiferenciado, y que la norma prevista en el artículo 14.6.º del Proyecto permite la retirada a todo autor indemnizando al titular de la explotación —que podrían ser los coautores—.

Cuando la obra se compone de aportaciones indiferenciadas parece imposible la divulgación con disidencia de uno de ellos, en tanto posee una cuota ideal sobre el todo, es coautor *de toda* la obra, sobre la que podría ejercer el derecho de retirada (indemnizando), lo que restaría eficacia a la sentencia del Juez, que se limitaría —aunque no es poco— a decir: «divúlguese» o «vale este contrato de explotación primera de la obra a falta de acuerdo unánime de los coautores».

Llegamos a un punto límite del derecho absoluto a la divulgación de las propias obras cuando *un autor* debe ponerse de acuerdo o someterse al acuerdo de la mayoría o incluso de la minoría respaldada por el Juez. Si consiente la divulgación, la revocación ulterior de su consentimiento deberá ser justificada, siempre que se trate de una forma de explotación consentida anteriormente dado que si se trata de una adaptación a otro género o forma de difusión de la obra, estamos realmente ante una divulgación de una obra transformada o (de cara a la comunidad) ante un acto de disposición o ante un objeto distinto del que fue objeto previo de consentimiento. Realmente, en la obra común, la persona que crea la obra está formada por varios. El derecho de inédito, personalísimo, se refiere a la persona común (los coautores) cuyas decisiones serán tomadas por acuerdo suyo o decisión del Juez. No hay derogación del principio básico: el derecho de inédito sigue siendo personal. Lo que ocurre es que el derecho moral se imputa a la comunidad de coautores. Esto no significa atribuir personalidad jurídica a la comunidad, sino hacerla destinataria de una imputación legal.

La obra colectiva, sin embargo, y la obra derivada o compuesta entre la que debe comprenderse todo arreglo, adaptación, refundición o traducción no es una colaboración más que ideal entre los coautores, pero realmente no hay comunidad de derechos e intereses. En primer lugar, la obra colectiva (diccionario, periódico) es *atribuida «ex lege»* a la persona natural o jurídica que ha iniciado y organizado y coordinado el trabajo de todos los colaboradores, sin perjuicio de que alguno de ellos tenga derechos de autor sobre su aportación si ésta es diferenciada (columna del periódico o artículo de la enciclopedia escrito por él y así hecho público) para reunirlos en colección, pero sin concurrir en el mercado con la explotación de la obra colectiva. En segundo lugar, no hay comunidad al no existir objeto común sobre el que ejercen simultáneamente sus derechos. El artículo de la Ley de Propiedad Intelectual exige que no sea posible atribuir a cual-

quiera de los colaboradores de la obra colectiva un derecho sobre el *conjunto* de la obra realizada.

La obra compuesta o derivada podría crear una comunidad de intereses entre el autor de la obra preexistente y el autor que la reelabora, adapta, traduce o arregla, pero no existe identidad en el objeto sobre el que disfrutaban derechos, no cabe comunidad entre ambos en el sentido civil del término. Salvo los casos en que el autor *efectivamente* colabora con el traductor, arreglista o refundidor, el autor «refundido, traducido, arreglado» conserva, si viviere, sus derechos sobre su obra, sobre la que no adquiere ningún derecho el adaptador o traductor, a menos que fuera adquirente o cesionario de la explotación económica de la misma, en cuyo caso tampoco habría comunidad de derechos —el autor conservaría los morales; el adaptador, los económicos—, aunque sí un «dominio dividido» sobre la obra original. Sobre la traducción, adaptación o arreglo tiene derechos sólo el adaptador, traductor o arreglista, pero sólo por la parte que supone aportación personal y original, distinta de la obra preexistente. No hay objeto común de derechos entre un autor y su adaptador. La nueva Ley en su artículo 21.2 establece que los derechos sobre la obra resultantes de la transformación (adaptación, traducción u otra modificación de su forma) corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del autor de una obra preexistente.

El derecho de divulgación del autor de una obra compuesta queda condicionado a que lo consienta el autor de la preexistente (si no hubiera caído en el dominio público), otorgando una cesión, exclusiva o no, de derechos de reelaboración (o transformación).

El colaborador material en una obra colectiva no disfruta de derechos de autor frente a la persona natural o jurídica, a la que la Ley ha atribuido la propiedad intelectual desde el comienzo (no es cesionario de la misma). Puede denegar como es lógico su aportación, pero no impedir la divulgación de la obra en su conjunto, como si fuera un comunero que se opone a la divulgación de obra en colaboración, sólo divulgable —como regla de principio— por unanimidad. El colaborador en una obra colectiva, por último, suele encontrarse en la situación de dependencia laboral o contractual a la que nos referimos antes.

La consideración de la aportación a una obra común como integrante de una obra en colaboración, de una obra colectiva o de una obra compuesta, no es, como hemos visto, irrelevante, ni de cara al derecho de divulgación e inédito de cada coautor, ni, como veremos más adelante, respecto a la duración de los derechos de autor.

e) Por último, veamos cómo se manifiesta este derecho personalísimo y absoluto de inédito ante los productores de la obra, que parecen gozar de cierta protección constitucional, si interpretamos pro-

ducción del artículo 20.1.b) de la Constitución española como concepto distinto de creación intelectual.

Con o sin protección constitucional, tanto el derecho español como el comparado han otorgado una protección distinta al productor de una obra cinematográfica que al adquirente de una obra o al cesionario de los derechos por una transmisión posterior a su creación (editor, por ejemplo). La protección al productor consistió en otorgarle «ab initio» una cesión exclusiva «ex lege» de la explotación de la obra de la que eran coautores intelectuales el director, el guionista y el compositor «ex profeso» de la banda sonora.

Al margen de los derechos conexos, que son los atribuidos a los productores de fonogramas, a los intérpretes y a los entes de radio y televisión, frente a los terceros que utilizan sus productos (la emisora de radio que emite un disco, la emisora de televisión que emite el programa de otra emisora, la emisora de radio, televisión o la casa de discos que graba y/o emite la interpretación de unos artistas), debemos analizar en qué medida los derechos de los productores recortan o mediatizan los derechos de los autores y, de forma singular, si confirman el carácter personalísimo y absoluto del derecho a la divulgación.

En primer lugar, podemos afirmar que la institución de derecho vecinos conexos, etc., en favor de intérpretes ejecutantes y productores de fonogramas y radio y televisión se ha reconocido normalmente *sin perjuicio* de los derechos que corresponden a los autores de las obras interpretadas, ejecutadas, registradas en el fonograma o incluida en el producto de radio y televisión (arts. 121 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y 1 del Convenio de Roma de 1961). Hasta ahí, respondiendo a esta exigencia, y probablemente consagrando la fuerza del mercado, pero también considerando la relevancia del interés protegible (la inversión realizada), en segundo lugar, y en cierta forma contrarrestando el omnímodo derecho de divulgación, las normas que regulan las obras cinematográficas o las obras audiovisuales han atribuido a los productores de esta obra un considerable poder de utilización de los materiales (aportaciones separadas) de los coautores de la película, una vez que éstos han firmado el contrato de producción audiovisual. Esto no impide que en muchos casos el guionista, el músico que compone la banda sonora e incluso el realizador-director sean asalariados o empleados habituales de la productora o de la entidad de radio y televisión.

La nueva Ley española de 1987 consagra esta tendencia casi unánime del derecho de autor comparado, que ya había tenido reflejo en la propia Ley española de 31 de mayo de 1966:

a) Por el hecho de firmar el contrato de producción audiovisual se entienden cedidos al productor los derechos de reproducción, distri-

bución y comunicación pública, subtítulo y doblaje (art. 88.1).

b) Cuando uno de los coautores no terminase su aportación de forma *injustificada* o por fuerza mayor, el productor puede utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma y mediando indemnización si procediera del coautor disidente (art. 91).

c) Aunque cada coautor pueden disponer, salvo pacto en contra, de sus aportaciones separadas siempre que no perjudiquen la explotación de la obra global (art. 89), los derechos morales sobre el guión de la película, la banda sonora de la obra audiovisual o sobre la realización de la misma, sólo pueden ser ejercidos sobre la versión definitiva (art. 93.1) versión establecida por acuerdo entre productor y realizador (art. 92.1).

De todo este sistema coherente de regulación pueden desprenderse, en lo que el derecho de divulgación de los autores se refiere, dos cosas: o este régimen de regulación de las obras audiovisuales supone una excepción o minoración al derecho personalísimo de divulgación, de manera especial por lo que al guionista y músico de la obra audiovisual se refiere: o debe entenderse, por el contrario, que el carácter personalísimo no es negado por las normas sobre obras audiovisuales: el guionista, realizador o músico que no quisiera determinar su aportación puede explotarla por separado siempre dentro de la buena fe (no competencia ilícita al productor) y en lo que puede interpretarse expropiación por el productor para acabar la obra (art. 91), no debe entenderse más que un límite derivado de la buena fe (la negativa debe ser injustificada) al ejercicio del derecho de divulgación (irrenunciable e inalienable, según el artículo 14), por lo que no puede entenderse dispuesto en el pacto que prevé el artículo 88.2), más teniendo en cuenta el art. 1.258 del Código civil.

Estamos, no obstante, se interprete de la primera o de la segunda manera, en un límite de las posibilidades del derecho de divulgación. Hemos visto que cuando se retira una obra del comercio, cuando se deniega la entrega de una obra encargada, aunque impere la voluntad del autor (retirar o evitar la circulación de su obra) hay un deber de indemnización. En este caso, subsiste el deber de indemnizar, y al autor que se niega injustificadamente a terminar su aportación (que incumple el contrato) se le reconocen sus derechos de autor (morales y económicos), pero, a cambio, se le obliga a pasar por la utilización de su aportación incompleta o a justificar su negativa. El productor de la obra audiovisual, así como los demás coautores de la obra audiovisual, protegidos por el artículo 20.1.b) de la Constitución española, por los artículos 6 y 7 del Código Civil y por las normas sobre coautoría intelectual (art. 7 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual) tienen también intereses dignos de tutela. Por tanto, volvemos al punto

de partida, el derecho de divulgación es personalísimo e irrenunciable, pero su ejercicio en determinadas condiciones está limitado o prohibido (es ineficaz).

3) *Salvo las excepciones legales expresas que no podrán afectar al derecho de divulgación (irrenunciable), la obra ajena sólo puede utilizarse mediando el consentimiento de su autor.*

La necesidad de que el autor haya consentido la utilización de su obra, ya sea para explotarla, ya sea por mero uso o disfrute, compone ese rasgo que completa el contenido esencial del derecho a la creación y producción artística, literaria, científica y técnica. Cuando la obra tiene una paternidad atribuida a una persona concreta —que dan, por tanto, al margen los casos de anónimo inmemorial o de titularidad colectiva— es el autor el que debe prestar su consentimiento para que los demás disfruten de su obra.

Esto significa básicamente que, tanto a efectos de controlar el uso que de la obra propia hacen los demás como con el objeto de contener un eficaz derecho a participar de la suerte económica de la obra que uno ha creado o producido debe centralizarse en el autor la explotación económica de la misma. No tendría sentido un autor titular de derechos morales que sin embargo carece de poder para autorizar o desautorizar las explotaciones onerosas o gratuitas de sus obras. Aun en los casos en que la Ley atribuye «ab initio» la explotación al productor o al empresario que ha empleado al creador persona física, cuando se producen esas «cesiones fictae», en todo caso cesiones legales, el hecho es que ha habido un momento anterior en que el autor ha consentido dicha cesión, ha consentido que se desplieguen los efectos traslativos previstos por la Ley de derecho de autor (los ejemplos serían numerosos).

Que la utilización de la obra dependa del autor es algo que parece tan lógico por sí mismo si atendemos a un enfoque dogmático que equipara la propiedad intelectual con la propiedad ordinaria. No olvidemos ni el artículo 428 del Código Civil ni las sentencias del Supremo que afirman la especialidad de esta propiedad como la que descarta el fundamento constitucional en el artículo 20 de la Constitución española y lo reside más bien en el artículo 33 de la Constitución española, así como las autorizadas opiniones de comentaristas que, haciendo todas las salvedades que los bienes inmateriales presentan, admiten o fundamentan la explicación del derecho de autor en el dominio. Es lógico que los usos de la cosa propia deban ser consentidos por su propietario. Compárese el artículo 348 del Código Civil con el artículo 428 (el autor de una obra... tiene el derecho de explotarla y disponer de ella *a su voluntad*).

Recordemos una vez más los dictados de la Ley de 1879: artículos 8 (Nadie tiene derecho a publicar sin permiso del autor...), 7 (Nadie

podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario...), 10 (Para poder copiar o reproducir... es necesario el *previo* consentimiento de éstos), 11 (El autor es propietario de sus discursos... y *sólo* podrán ser reimpresos *sin* su permiso... en el Diario de Sesiones...), 19 (No se podrá ejecutar... sin previo permiso del propietario...) y 21 (Nadie podrá vender ni alquilar copia alguna sin permiso del propietario...). La Ley de 1879, que comulgaba una concepción claramente patrimonial del derecho de autor y que remitía a las normas de la propiedad ordinaria (art. 5) es un claro ejemplo de algo que sólo con el artículo 428 del Código Civil —que se limitó a reconocer la Ley de Propiedad Intelectual que ya existía— habría bastado para argumentar con éxito ante los Tribunales: según la voluntad del autor, él u otras personas pueden utilizar o explotar sus obras.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1987, aunque ofrezca una visión dualista del derecho de autor, atribuye el autor en concordancia absoluta con el 428 del Código Civil, la exclusiva explotación de la obra (arts. 2 y 17) que puede ser compartida con otras personas mediante transmisión de los derechos económicos (arts. 43 y ss.) para la que es necesario que el autor preste su consentimiento, por cualquiera de los medios admisibles. Es posible que el autor no comparta la explotación, sino que se desprenda de ella y la atribuya en exclusiva a otra u otras personas (que ostentan derechos de exclusión frente al propio autor) (arts. 48 y 49); pero para ello deberá haber mediado el consentimiento previo del autor.

¿Qué debe respetar una ley que regule el derecho de los autores? Que las utilizaciones ajenas —para explotar o no— sean consentidas por su autor. No obstante —ya lo hemos enunciado al principio— existirán límites a dicho poder de control. En primer lugar, los derivados de los principios generales del derecho o de los principios aplicables al ejercicio de los derechos subjetivos o a la teoría del consentimiento en los negocios y actos jurídicos. En segundo lugar, los exigidos de la tutela de otros intereses tan susceptibles de protección (la libertad de empresa y las reglas de la buena fe en los usos comerciales, los intereses culturales de la comunidad, etc.).

Por ello, el consentimiento del autor para utilizar su obra se va definiendo, entre las exigencias del sentido común o del pragmatismo y las exigencias del propio sistema jurídico que tutela unos valores superiores y otros intereses particulares legítimos, con unos perfiles que pueden resumirse en lo siguiente:

a) El consentimiento (a voluntad) debe prestarse *previamente* para que estemos ante un acto autorizado de utilización de obra ajena. Esto significa que si el autor que utiliza una obra ajena no puede demostrar la autorización del creador, está cometiendo una infracción de la propiedad intelectual, que puede llegar a ser delictiva, en nuestro Derecho Penal, perseguible de oficio (art. 534 bis).

No estamos, al menos en nuestro Derecho español, ante delitos privados —y esto no choca con que se conciba como derecho de propiedad, de cuasi derecho de monopolio, etc.—, sino ante delitos perseguibles de oficio cuyas condiciones objetivas de perseguibilidad y punibilidad dependen de que el autor, iniciado el procedimiento, autorice algo que previamente no lo había hecho.

La exigencia del carácter previo de la autorización hace posible la ficción jurídica de que una obra conocida por el público, pero divulgada en contra de la voluntad de su autor, es, a efectos legales, una obra no divulgada (art. 4 de la ley de Propiedad Intelectual).

b) De ahí que la prueba del consentimiento sea fundamental para determina la *forma* en que ha de prestarse. En principio, regiría la libertad de forma (art. 428 del Código Civil), pero dado el carácter inmaterial del objeto sobre el que recae, la seguridad jurídica en el trágico exige una constancia por escrito en principio «ad probationem» (artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual), si bien en algunos casos (arts. 51 y 60 de la Ley de Propiedad Intelectual) será «ad solemnitatem». Esto tiene una explicación bien clara: el título de explotación de la obra reside exclusivamente en la transmisión que el autor ha realizado. Tanto si el autor decide perseguir procesalmente a uno que dice desautorizar, como si un tercero que se dice con título reclama a otra persona que utiliza o explota la obra cedida, sólo podrá oponer como excepción en el primer caso y sólo podrá aportar como requisito para la admisibilidad de la demanda o querrela que se tiene título procedente del autor o de un causahabiente del autor. Si esto no constituye ningún rasgo original del derecho de autor respecto a otros derechos subjetivos (reales o de crédito) lo que sí constituye es una necesidad aún más acusada que en otros casos. Si tenemos en cuenta la multiplicidad de contratos simultáneos que se pueden acordar sobre una misma obra en diferentes modalidades, tiempos y espacio geográfico y si acordamos con la doctrina que la posesión no es una institución adecuada a la naturaleza del derecho de autor, la prueba por escrito aparece como única defensa o única vía probatoria para admitir una demanda que no esté entablada por el autor. De ahí que aunque la regla general sea «ad probationem» (art. 45 de la Ley de Propiedad Intelectual) cualquiera de las partes de la transmisión pueda exigir a la otra el otorgamiento de un documento escrito. Esto protege tanto a autores como a cesionarios o subcesionarios.

Respecto a la forma de prestar el consentimiento cabría distinguir la tácita o expresa autorización. Cuando un autor conoce que otra persona está utilizando su obra, si no se opone, se entiende que está autorizando tácitamente su utilización. Esto, sin embargo, en el campo del derecho de autor no puede vincular al autor que calla dentro de los límites de la buena fe o de los actos propios, pero no puede

llevar a concluir un principio de que las autorizaciones expresas autorizan sólo aquello que expresamente o explícitamente se ha consentido, mientras las tácitas autorizan a todo aquello a lo que el autor no se ha opuesto. La facilidad de utilizar una obra inmaterial y la variedad de modalidades de explotación exigen no sólo en defensa del autor, sino también para defender los intereses de los que solicitaron permiso del autor e invirtieron su capital en la obra de aquél, que el principio restrictivo al interpretarse las cesiones de derechos de autor. Esto hace conveniente, para proteger eficazmente los derechos tutelados, no admitir más transmisión que la expresa. Transmisión de derechos sólo habrá si el autor los ha atribuido expresamente a un tercero. Utilizaciones consentidas —pero sin atribuir por esto de derechos al usuario— serán todas aquellas que tácita o expresamente ha autorizado (28 bis).

c) Tanto sea expresa como tácita la forma de manifestarse lo que sí puede afirmarse es que el consentimiento, previa o posteriormente otorgado al acto de utilización ajeno, debe ser *constante* en el tiempo.

Esto tiene dos consecuencias muy importantes: En primer lugar, la autorización que en un día pudo dar el autor para que se utilizara su obra (con fines de explotación o no) puede ser revocada con eficacia vinculante para el tercero. Esta facultad de desistimiento unilateral o, simplemente, de revocación, manifestada en el derecho de retirada o arrepentimiento que ya hemos visto antes no puede dejar de reconocerse si se quiere investir al autor de un control absoluto sobre la difusión de su obra en todo momento. Las circunstancias cambiantes que puedan o no ser bastantes para anular el contrato por el que el autor cedió algún derecho de utilización pueden originar un cambio de convicciones intelectuales o morales que, indemnizando al tercero, le permitan al autor retirar la obra, revocar su consentimiento anterior para el uso de su obra.

En segundo lugar, no cabe usucapión del derecho de autor ni de la obra, por mucho que se considere que un tercero ha utilizado durante tiempo ininterrumpidamente una obra y sin oposición del autor (29).

(28 bis) Para que un tercero adquiera derechos parece lógico que la cesión sea expresa, dado que la propiedad se presume libre.

(29) No cabe usucapión, según PEÑA, por la imposibilidad de posesión o dominación excluyente del hecho (*Comentarios, cit.*, p. 718). FABIAN I considera, comentando la sentencia de casación italiana de 24 de febrero de 1977, que no puede ser adquirido el derecho de autor por usucapión porque la adquisición originaria no consiste en una relación material entre sujeto y bien reforzada por tener el bien nomine propio sino que surge y se afirma como derecho absoluto poseedor de buena fe la posibilidad de actuar contra los abusos o los plagios, pero no innova los modos de adquirir. No hay usucapión, pero tampoco prescripción extintiva, a pesar de la sentencia de apelación de Milán de 2-15 de abril de 1932 (que diferenciaba entre el derecho de autor y la marca a efectos de la pérdida del derecho por abandono). No hay pres-

d) Está claro que el *objeto* sobre el que recae el consentimiento será la utilización —para su explotación o no— de una obra propia. Pero la legislación debe distinguir —y aquí empiezan a surgir límites al derecho de los autores— entre:

— Utilizaciones con finalidad de explotación, que a su vez pueden permitir al autor seguir disponiendo de su obra (no exclusivas) y aquellas en que se ve despojado incluso el autor de la misma. De ahí que en este caso el titular de derechos exclusivos esté obligado a utilizar y explotar la obra conforme a los usos comerciales de manera efectiva (art. 48.2 LPI de 1987).

— Utilizaciones para uso privado, para el mero disfrute, educación e información. De ahí que sin quebrantar el derecho de divulgación e inédito de los autores recaigan por imperativo de los intereses culturales, si no servidumbres legales (siguiendo con la concepción dominical), sí al menos derechos de uso con finalidad no lucrativa y con objetivo básicamente científico sobre obras ya divulgadas. La libre circulación de las ideas, contenidas en obras, es un imperativo constitucional que sólo puede ser obstaculizado por intereses personales del autor (30).

— Utilizaciones que escapan al control del autor. La reproducción escrita, sonora y audiovisual puede ser realizada en cantidades masivas en ámbitos domésticos o privados sin que sea posible el contacto permanente con el autor ni eficaz la desautorización del mismo. De ahí que, con independencia de los fines educativos informativos o personales que se persigan, sobre dicha utilización no consentida (aunque tal vez tolerada), pero en todo caso incontrolable, sólo quepa una compensación indirecta al autor, titular original de la explotación (art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual).

— Utilizaciones presuntamente toleradas o consentidas. Cuando un autor se ha desprendido de la obra, porque físicamente estaban

cripción extintiva por el hecho de que el autor no use su derecho: 1.º puede equivaler a una licencia tácita y gratuita; 2.º prescribirá la acción, no el derecho, contra algo y alguien concreto; 3.º el autor se podrá perfectamente oponer a otros terceros. La única forma de extinguir el derecho económico de autos es por el paso del tiempo legal (*Usucapione e diritto di autore*, «Il diritto di autore», 1977, pp. 193 y ss.). En esta línea se mantiene JARACH (*Giurisprudenza italiana*, 1978. I, vol. 1, pp. 1788-1790) al comentar la misma sentencia de 1977. Por otra parte, el Tribunal de Milán, sentencia de 18 de diciembre de 1947, consideró inaplicables las normas de la prescripción extintiva a la falta de publicación y uso del título de un periódico, entrando en juego las normas especiales de la Ley de derecho de autor (art. 100).

La Ley portuguesa, por último, es bien explícita: El derecho de autor no se puede adquirir por usucapión (art. 55).

(30) Mientras los derechos para explotar la obra [y en explotación no se comprenden sólo utilidad comercial, sino también comunicación pública (vis art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual)] deben ser otorgados por el autor, los derechos para utilizar la obra —sin fines de explotación— vienen otorgados por la Ley, siempre que se refieran a obras divulgadas (arts. 31-39 de la Ley de Propiedad Intelectual).

juntos el contenido y el continente de la misma (artes plásticas) y, o bien la ha vendido a un adquirente o bien la ha emplazado en la vía pública al alcance visual de todos, parece que se debe presumir consentida su exposición al adquirente (art. 56.2 de la Ley de Propiedad Intelectual) o su reproducción a todos los viandantes (art. 35). Sólo si se reservó los derechos al venderla podrá desvanecerse dicha presunción. De igual manera, el empleado respecto a la obra entregada a su empresario (art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual), o cuando la obra se incorpora a acontecimientos cotidianos objeto de información (art. 33).

e) Por ello el contenido de la autorización tiene unos límites determinables por las reglas generales de los contratos (arts. 1.255 y 1.283 del Código Civil) que pueden ser reiterados en las normas especiales de derecho de autor. El artículo 43.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo, que establece la especialidad del consentimiento en la transmisión es una concreción, a mi juicio, del artículo 1.283 del Código Civil. Los artículos 43 y 42, en relación con el 14, que declara indisponibles los derechos morales, son una concreción del artículo 1.255 del Código Civil en relación con el orden público del derecho de autor. Toda transmisión de los mismos sería nula, contraria al orden público (de protección, si se quiere). Con la declaración legal, limitando la transmisión a los derechos económicos, la disposición de derechos morales, es ahora, también, contraria a la Ley.

En cuanto a las utilizaciones sin finalidad de explotación, el consentimiento del autor sólo opera como obstáculo, para impedir la libre utilización de obras no divulgadas. Nuevamente el derecho moral, en este caso el de divulgación, dibuja el límite de los derechos sobre la obra ajena.

Respecto a las obras caídas en el dominio público (en vida del autor siguiendo el régimen de caducidad de la vieja Ley o porque se trata de una obra colectiva en la que figure como colaborador) o una vez muerto el autor, la utilización que de ellas se haga vendrá siempre limitada por el respeto a la paternidad e integridad de las mismas (Ley antigua, art. 39; LPI de 1987, art. 41).

El alcance del consentimiento prestado por el autor viene limitado por imperativo legal (orden público del derecho de autor) en aquellas cesiones sin mención de tiempo ni espacio, de modalidades de explotación o en que el autor dispone de obras no existentes o modalidades de explotación no conocidas al momento de prestar su autorización. Aquí, incluso contra la voluntad del autor, se limita su poder de disposición, no por tratarse de derechos morales, pero sí de intereses personales (entregar la obra por dificultades económicas) o constitucionales [art. 20.1.b que exige la prohibición de pactos por los que un autor se compromete a no crear ninguna obra en el futuro (art. 43.4

de la Ley de Propiedad Intelectual), ya recogida en la preconstitucional Ley del Libro de 1975 (art. 26.2)].

Hemos visto que el consentimiento del autor predetermina que los demás puedan utilizar sus obras. Las *excepciones* sólo pueden ser aquellas que la Ley de forma taxativa regule y siempre que respondan a intereses tutelables (cultura, información, investigación, libertad de expresión), pero siempre que no lesionen intereses que no se encuentran en plano de inferioridad (el derecho de divulgación) que si es inexpropiable, inembargable por personas que no tienen un interés legítimo y directo, no puede declinar en estos casos.

El sentido común exige la no perseguibilidad de conductas no autorizadas —al menos explícitamente— por el autor, pero que tienen una práctica social tan abundante que sólo si son realizadas con fines comerciales supondrían supuestos claros de competencia desleal y darían lugar justamente a acciones de enriquecimiento. En los otros casos sólo se puede compensar a aquellos que explotan la obra (autores, editores, productores) o en el caso de reventa de obras plásticas, dado que el pintor, escultor, etc. sólo podrá realizar el valor económico de su original una sola vez (a diferencia del escritor, músico, etc.) y no firmar sucesivos contratos de edición, representación, etc., parece defendible que en utilizaciones posteriores de su obra, que tiene un propietario material diferente, ya que no podrá oponerse a su enajenación posterior, participe en un porcentaje de su plusvalía (disfrute por razones morales, de suerte pareja a la de su criatura). (30 bis).

Resultado: contenido esencial (enfoque dogmático)

El autor de una obra, que vendrá determinado por su creación y que sólo por su creación, ya debe ser protegido, goza de un derecho personalísimo a divulgar su obra y puede ser protegido, goza de un

(30 bis) El Ministro de Cultura, al defender el Proyecto de Ley, el día de su presentación en el Congreso de los Diputados, enunció dos principios, insoslayables a su juicio: uno, que nadie puede utilizar una obra sin permiso de su autor; dos, que el autor participe en los beneficios económicos obtenidos gracias a dicha utilización (Diario de Sesiones Congreso, 12 de febrero de 1987, núm. 30, p. 1702). Podríamos deducir de sus palabras el contenido esencial del derecho regulado por la Ley (aunque no sea contenido esencial en sentido constitucional). Sin embargo, a mi juicio, en el hecho de que la utilización de la obra requiere el consentimiento del autor, viene implícito el efecto de la remuneración, pero no como exigible en todo caso. El consentirá, gratuita u onerosamente, la utilización o la adquisición de un derecho por un tercero. Se da por hecho que la captación y la prestación del consentimiento del autor, comprende, desde los actos de mera tolerancia hasta la redacción de un complejo contrato de cesión, normalmente oneroso, que estipula una participación proporcional en los beneficios de la explotación (regla general, según art. 46 L.P.I.) o una participación distinta.

derecho personalísimo a divulgar su obra y puede autorizar los usos de la misma por terceras personas, según su voluntad. Sólo en los casos en que la Ley, por intereses defendibles y justificables, lo establezcan, los terceros podrán utilizar la obra ajena sin finalidad lucrativa. Si las razones de alguna de dichas excepciones no fuera oponible al derecho a la creación del autor, la Ley no respetaría su contenido esencial.

Desde el punto de vista dogmático viene resumido el contenido esencial del derecho de los autores sobre sus creaciones por el propio Código Civil: El autor de una obra... tiene el derecho de explotarla y disponer (lo que comprende, entre otro, divulgarla) de ella a su voluntad (art. 428)... sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348); leyes que, por imperativo constitucional (53.1 de la Constitución española) no pueden vulnerar el contenido esencial de ningún derecho.

c) Contenido esencial del derecho a la creación (aproximación teleológica).

La aproximación teleológica al contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales pasan, desde luego, por cumplir el mandato impuesto por el artículo 10.2 de la Constitución española, que nos remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ya se ha mencionado más arriba y autores como Peña (Comentarios al Código Civil, arts. 428 y 429...) liga el derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española con el artículo 27.2 de la Declaración Universal. Sería necesario tal vez discutir si se infiere tal correlación del artículo 10.2 de la Constitución española o si el derecho a la creación reconocido por la Constitución se refiere y discurre por campo absolutamente diverso del que proclama el artículo 27.2 de la Declaración Universal (31):

(31) Es interesante comparar el texto definitivo del artículo 27.2 con el Proyecto de Declaración Universal discutido en 1948 en Lake Success (art. 42. El autor de toda obra artística, científica o literaria y el inventor conservan, independientemente de los ingresos derivados de su trabajo, un derecho moral sobre su obra o descubrimiento, derecho que no desaparece nunca, incluso cuando la obra ha caído en el patrimonio común de todos los hombres), y con el texto propuesto por la Delegación francesa en París el mismo 1948 (art. 26. El autor de toda obra del espíritu y el inventor quedan investidos, independientemente de los derechos de orden pecuniario, de un derecho moral sobre su obra o su descubrimiento, que sobrevive a la extinción de los derechos pecuniarios), textos obtenidos del Boletín de la Unesco para el derecho de autor, vol. II, núm. 1, París, 1949. Comentarios al artículo 27.2 de la Declaración Universal pueden encontrarse, además en CASSIN, *L'integration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des oeuvres de l'esprit. Etudes sur la propriete industrielle, littéraire et artistique*, Mélanges M. Plaisant. París, 1960, pp. 225-237, en Mendilaharsu. *La dichiarazioni universale dei diritti fondamentali dell'uomo e la convenzione universale del diritto d'autore*. Il Diritto di Autore, 1960, pp. 587-595.

1. Toda persona tiene derecho a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

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

Cabe subrayar, de cara a su aplicación interpretativa de nuestro artículo 20.1.b) de la Constitución española, que dicho derecho está conectado a la vida cultural a la que debe tener acceso toda persona, de forma directa y no tangencial. De esto se pueden inferir dos conclusiones:

1) Los derechos de los autores, en su sustrato constitucional, tienen un valor más cultural que económico. Son corolario o complemento necesario del acceso a la vida cultura a la que todos tenemos derecho y en la que algunos toman papel protagonista o impulsor, lo que no puede desoirse ni desconocerse: no puede valorarse de igual forma los derechos del espectador consumidor de cultura (toda la comunidad) que los que aportan al patrimonio cultural sus creaciones y producciones.

Aunque se reconozcan intereses morales y materiales, la finalidad social básica y última es estimular el crecimiento del patrimonio cultural, antes que reconocer el derecho de los propietarios sobre sus propiedades (para eso ya basta el artículo 33 de la Constitución española). De ahí que las expropiaciones alcancen al propietario ordinario y no a la obra del autor vivo.

2) Es el artículo 44 de la Constitución española el que tiene mayor conexión con el artículo 20.1.b), y de ahí que, aunque se reconozca la función social de todos los derechos, que la riqueza del país esté sometida a los intereses generales y que esté prohibido el ejercicio antisocial de los mismos, en el otro platillo de la balanza van a figurar fundamentalmente, los intereses culturales de la sociedad (32).

[1] Ahora bien, recordemos para qué intereses a proteger fueron creadas las instituciones que conforman el derecho de autor contemporáneo. ¿Qué intereses deberá salvaguardar la regulación de la propiedad intelectual?

En una primera etapa de privilegios a impresores —y en casos aislados, a autores— las primeras normas que regulaban la impresión

(32) Los intereses individuales frente a los sociales es un tema recurrente de tribunales y doctrina. Piénsese que ELSTER (1934) y DE SANCTIS (1933) publican artículos monográficos sobre el tema. Recuérdese la sentencia del Tribunal griego, cit. nota 19 bis, excepcional, que se decanta absolutamente por los intereses generales (esto sería discutible). En la literatura moderna, vid., HUBMANN, *cit.*, pp. 43-50, 5 Aufl.; es especialmente interesante el cuadro de intereses del autor que dibuja STROMHOLM (*Le droit moral d'auteur dans le droit français, allemande et scandinave*. Stokholm 1967) y la monografía del italiano BUCCI: *Interesse Pubblico e diritto di autore*, Padova, 1976.

de libros fueron dictadas con una doble finalidad de censura y regulación de la competencia, para localizar al responsable de las ediciones y para proteger de la competencia desleal de otros editores, remunerando los esfuerzos y los costes de capital invertidos (33).

En el transcurso de los siguientes siglos (XVII y XVIII) las Reales Ordenes Españolas, el Estatuto de la Reina Ana declaraban expresamente el objetivo de «fomentar y adelantar el comercio de los libros en estos reinos, de cuya utilidad resulta tanto beneficio a las Artes y las Ciencias» (Real Orden de 1762, Carlos III) o de «estimular las artes, las letras y las ciencias y de su conocimiento general» (Estatuto de Ana, 1709).

Empezaron a circular las primeras ideas sobre protección de los intereses espirituales de los autores. Era razonable que si se establecía un discurso entre el autor y el público (Kant), se diera a éste la posibilidad de proteger su contenido y la reputación comprometida en ello.

Las primeras regulaciones francesa y prusiana (Código Civil) cubrieron el mundo de los contratos entre autores y empresarios de teatros y editores. La autorización del autor, requisito previo para toda reproducción o representación, y ulteriores ampliaciones del privilegio en favor de herederos, viuda o su intransmisibilidad fueron el núcleo de dichas regulaciones. Finalidad básica: ordenar el tráfico y la contratación de obras artísticas y literarias.

Difusión de la cultura, evitar el empobrecimiento injustificado de quien ha invertido dinero o trabajo (o talento) para sacar a la luz una obra y perseguir competencias desleales, proteger la reputación y los intereses personales de aquéllos y, en definitiva, ordenar el uso y explotación de las obras del ingenio, por su naturaleza inmaterial, fácilmente multiplicables, son finalidades que aún hoy persisten y están formuladas en todo catálogo de derechos, libertades o principios de la vida cultural y económica de una comunidad.

[2] ¿Qué es lo que hoy es distinto o qué puede hacer variar la valoración de los intereses en juego?

a) Los medios de reproducción y de difusión, complicados o simplificados —perfeccionados en suma— han hecho posible que el autor o el productor o el que invierte en una obra del ingenio esté *más indefenso* —por desinformación o falta de control— ante las innumerables posibilidades de utilizar sus obras sin su permiso.

b) Los medios nuevos de difusión de las obras intelectuales nos han llevado, por otra parte, a una sociedad de consumo de bienes culturales, lo que significa por lo menos dos cosas: uno, que las *obras* tienen consideración de *bienes de consumo* y la sustracción al público

(33) Vid. HUBMANN, cit., p. 11: «...*Dem Drücker oder Verleger sollte ermöglicht werden... einem Lohn für seine Aufwand an Mühe und Kapital zu erhalten...*»

de las mismas debe estar fuertemente justificada; y dos, que los usuarios de la obra que no la explotan pueden alegar tanto sus *derechos culturales* como sus derechos de *consumidor*.

c) La proclamación de un Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal que alumbró el contemporáneo derecho de autor, no puede limitarse a dar pautas para salvaguardar el libre mercado y la competencia entre editores. La intervención del Estado social reclama, por una parte, la protección de los *intereses de la comunidad* y, por otra, la imposición de una serie de normas de derecho imperativo que dibuje un *orden público* en materia de propiedad intelectual.

Por ello nos encontramos ante un imperativo constitucional, acudiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto es, proteger los intereses materiales y morales de los autores. Pero existen en suma un conjunto de intereses dignos de tutela:

— Individuales: de autores, de productores y de financiadores de obras del ingenio, con base en los artículos 20 y 38 de la Constitución española.

— Colectivos: de acceso a la cultura y de protección del consumidor, artículos 44 y 51 de la Constitución española.

La armonización de todos ellos, no siempre fácil de obtener, da lugar a una auténtica y paradigmática norma-transacción, como puede ser hoy la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, que deberá imponerse los siguientes objetivos:

a) Dotar de un status distinto respecto de una obra a aquellos que la han creado o producido, otorgando una serie de derechos exclusivos, por el hecho de su creación sin necesidad de formalidades.

b) Derecho a la remuneración por el trabajo o dinero invertido, estableciendo una serie de derechos económicos, sujetos a la negociación, sujetos al consentimiento.

c) Proteger la personalidad y la reputación de los autores, otorgándoles un poder de controlar en todo momento la difusión y las condiciones de difusión de sus obras. Para que esto sea efectivo, es esencial que no estén sujetos a negociación ni se vean arrastrados por la negociación de valores patrimoniales.

d) Facilitar a la sociedad el acceso a los avances de la ciencia y de la cultura contemporánea, estableciendo:

1) Plazos de caducidad, más urgentes en los casos de invenciones y patentes, o términos de caída en el dominio público de las obras no industriales.

2) Estableciendo derechos de uso o disfrute de obras ya divulgadas, lo que no lesiona el derecho de inédito, sin perjuicio de la íntima decisión de cada autor.

3) Obligando a los titulares (no autores) de derechos exclusivos a explotar efectivamente las obras que tengan cedidas, evitando que se sustraigan del conocimiento general.

4) Obligando a los herederos de los autores ya fallecidos a no ejercer antisocialmente sus derechos, sin justificación y sin más efecto que la lesión de intereses culturales.

e) Como acceso directo (no mediatizado) a la cultura y como derecho de los consumidores a la obtención de productos por medio de información veraz es imprescindible (y en ningún sentido incompatible) otorgar al autor el control, por el ejercicio de los derechos morales, de las utilizaciones de su obra. La inconstitucionalidad de la censura y los derechos morales en favor del autor impiden que el Estado o los titulares de intereses económicos sobre la obra resten autenticidad a las obras puestas en conocimiento del público.

Que las obras literarias y artísticas tienen consideración de bienes de mercado es algo que no puede ni debe evitarse. Sería ir contra corriente prohibir la aplicación de las nuevas tecnologías a la reproducción y difusión de estas obras, por espirituales que sean. Qué mejor o más típica ley de mercado que la moda ha regulado durante décadas la suerte de obras y autores. Lo único que puede hacer un Estado social de derecho, cuya Constitución reconoce derechos como la intimidad o derecho a la creación y producción intelectuales, es establecer mecanismos de corrección a dicho mercado libre (art. 38), en atención a valores superiores del ordenamiento (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, art. 10 de la Constitución española): ¿Cómo si no explicar el derecho de suite (art. 24 de la Ley de Propiedad Intelectual) que hace participar al autor de la fortuna de su obra en enajenaciones de las que él no ha sido parte? ¿Cómo explicar si no el derecho de arrepentimiento que permite retirar una obra del comercio? Como no se puede evitar la reproducción por todo tipo de canales y métodos, el canon de compensación de autores, editores y productores por las copias gráficas o audiovisuales de sus productos realizadas a sus espaldas trata de corregir un mercado al que se suministran bienes de multiplicación potencial ilimitada y del que se recibe en muchas ocasiones poco más que la mención en la portada de un libro.

Resultado: Contenido esencial (enfoque teleológico)

Un derecho que remunere al autor y al productor por el trabajo y el dinero invertido en una obra (que les dé ocasión a recuperarlo), un conjunto de derechos que protejan la personalidad del autor comprometida en la circulación de su obra y que garantice a la sociedad al acceso directo a las obras auténticas, una serie de derechos de libre

uso de obras ya divulgadas que pueda ser compensado por vía indirecta, constituyen el contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales, en armonía con los intereses culturales de la sociedad.

d) Conclusión: La nueva Ley desde el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual afecta de manera directa al derecho a la creación y producción literaria artística, científica y técnica y por tanto deberá respetar el contenido esencial del mismo. Aunque se discuta la concepción o el enfoque de este trabajo, que pretende proponer a voces más autorizadas puntos de reflexión sobre la materia que ha sido objeto de reforma, a nadie le cabría duda —creo yo— que una Ley que otorgara derecho al editor o al Estado para controlar los contenidos de una obra o para obligar a una difusión de la obra o que otorgara derecho al Estado para expropiar los manuscritos inéditos en vida del autor, una Ley que permitiera la omisión o alteración del nombre del autor o del título de la obra que se explotase estaría afectando de manera directa al derecho a la creación reconocido en el artículo 20 de la Constitución española ¿Qué titular va a tener dicho derecho respecto de una obra, si la paternidad de la misma puede ser usurpada? Bien, el autor de este estudio pretende ir algo más allá. Y si es cierto que invocando el artículo 20 de la Constitución española simplemente ante los Tribunales no se puede pretender toda una protección propia de una Ley ordinaria (34), sí creo que se puede exigir al legislador que regule después de 1978 la propiedad intelectual en España conservar aquellos rasgos esenciales que dan sentido dogmático a la institución y que protegen eficazmente los intereses en juego. Por ello, debe reconocerse un conjunto de derechos morales que den auténtico sentido a ese primer derecho moral (divulgación e inédito) que hemos definido como rasgo esencial. En esa línea parece haberse movido el legislador español (véase el último capítulo de este estudio las concordancias del nuevo sistema desde el artículo 14, que reconoce los derechos morales irrenunciables).

Pero existe un margen de maniobra en el que puede moverse el legislador, como dijimos más arriba, guiado por concepciones cambiantes no vinculadas a mandatos constitucionales y decidido por razones de oportunidad política. Un punto decisivo en este campo es la delimitación del que he llamado más arriba orden público en materia de derecho de autor. Este orden público coincidiría en el fondo

(34) Debo aceptar sin reservas la tesis de R. Bercovitz sobre este punto concreto, expuesta en *Derecho de autor y destrucción de obra plástica* (com. a la STS de 9 de diciembre de 1985), «ADC», 1986, pp. 217-260.

con los rasgos del contenido esencial y vinculan tanto al legislador como a los sujetos beneficiados por la atribución de derechos resultante. De manera notable, el orden público vendría puesto de manifiesto en las normas de derecho imperativo que obligan a sus beneficiarios, decretando su indisponibilidad y su **irrenunciabilidad**. Esto ocurre de manera clara en la atribución de derechos morales.

La irrenunciabilidad de los derechos morales encaja, por una parte, en una concepción dogmática paralela o semejante a los derechos de la personalidad (postura ampliamente rechazada por la doctrina y jueces españoles) o por lo menos semejante a trabajadores, arrendatarios o consumidores. En cualquiera de los casos, la irrenunciabilidad de dichos derechos vendría exigida precisamente por la contrariedad con el orden público (art. 6.2 del Código Civil): el legislador no ha diseñado un conjunto de reglas protectoras de los autores para que sean ineficaces, por razones exclusivamente económicas. A nadie escapa que la posibilidad de ceder absolutamente todos los derechos o renunciar a los derechos morales podría conseguirse con una elevación del precio de la cesión. Las razones que motivan legislar sobre la propiedad intelectual, concilian intereses de fomento cultural y de equiparación de autores con trabajadores o profesionales.

Pero queda por saber si dos aspectos sobre los que el legislador debe pronunciarse afectan o no al contenido esencial predicado anteriormente: la duración de los derechos de autor y el ejercicio póstumo de los mismos. ¿Se infiere del contenido esencial una duración mínima o máxima de la propiedad intelectual? Dado que hemos ligado propiedad intelectual a creación, dado que los derechos morales son personalísimos y el consentimiento para usar una obra ajena debe ser de su autor ¿Cómo encaja esto con el ejercicio póstumo por otras personas de los derechos del autor?

1. Si consideramos los derechos de autor como especie de propiedad parece que el punto de partida —que el legislador podría variar siempre que lo justificara— sería la perpetuidad de la misma y la transmisión post mortem siguiendo —con particularidades— el régimen general de sucesiones. Si, por el contrario, enfocamos la institución de los derechos de autor desde la teoría de los monopolios (Fikentscher) o la teoría de las donaciones implícitas (Boulding), parece que la interpretación sería más bien restrictiva y lo que habría que presumir es que no hay monopolio más allá de lo que la Ley establezca: no hay monopolio presunto.

No puede evitarse, en este punto, comparar los derechos de autor con los vecinos derechos de propiedad industrial. Entre el nombre comercial o la marca —destinados fundamentalmente a la designación o identificación del empresario o producto— y la invención patentable —destinada básicamente a su aplicación industrial y/o su

perfeccionamiento—, se encuentran los derechos de autor que giran sobre obras que pueden ser de utilidad (incluso industrial), pero sobre las cuales la sociedad tiene una urgencia menor en disfrutar y que también sirven de identificación a sus autores, aunque conserven su propia entidad, comprometiendo valores personales. Tal vez por ello no sea esencial que las obras caduquen en vida del autor como sí lo hacen las invenciones patentables. Pero la utilidad social (cultural) que pueden tener reclama, en vida del autor, ciertos derechos de uso que podrían ser arbitrados con licencias obligatorias o, en todo caso, que caigan en el dominio público muerto el autor, que no sea perpetuamente transmisible y privada como la ordinaria.

El legislador anterior establecía un régimen de caducidad en vida por falta de reimpresión de una obra publicada durante veinte años. Esto acercaba el régimen de la obra literaria a la propiedad industrial (la caducidad por falta de uso). El legislador de la reforma española ha suprimido dicho sistema. Son, en mi opinión, opciones que el legislador puede tomar, en contravención de los derechos morales si opinamos que éstos son irrenunciables y cuando menos vitalicios —si protegen la personalidad del autor—. Pero tal decisión u orientación sería perfectamente constitucional, si apartándonos del contenido esencial dibujado líneas más arriba consideramos que estamos ante un supuesto de propiedad privada infrautilizada. En ese caso, los artículos 33.2 y 128 de la Constitución española autorizarían al legislador para mantener el sistema instaurado por la Ley de 1879. En mi opinión, entrando como entran en juego otros intereses, la supresión de este sistema era necesaria.

Me atrevería a afirmar que es esencial al derecho de autor, teniendo en cuenta los intereses tutelados, y respondiendo a los presupuestos dogmáticos enunciados, que la duración esencial del derecho de autor sería la misma vida del autor. Una duración menor haría ineficaz la protección pretendida (no es menos digno de protección un autor al final que al comienzo de su carrera). Una duración más allá de la muerte queda en mi opinión en manos del legislador determinar, atendiendo como es lógico a los intereses subsistentes entonces: la memoria del difunto, la reputación artística, la eficacia de sus disposiciones testamentarias estarían a un lado; los intereses culturales de la comunidad, pero también los intereses individuales de aquellos causahabientes en vida que tuvieran un derecho cedido al tiempo de morir su causante, operarían como contrapeso de la transmisibilidad «post mortem».

Como es sabido, la nueva Ley española de Propiedad Intelectual ha reducido el plazo de duración de los derechos de autor de ochenta años (art. 6 de la Ley de 1879) a los sesenta años (art. 26 de la Ley de Propiedad Intelectual) «post mortem» como regla general, existiendo plazos especiales para las obras en coautoría (la muerte del

coautor superviviente determina el comienzo de los sesenta años) obras colectivas, obras póstumas o anónimas y pseudónimas (sesenta años desde su divulgación), con la particularidad del artículo 119, que reforma radicalmente lo establecido en el artículo 2.4.º, en relación con el artículo 6.º de la Ley de 1879. La opción de reducir el tiempo no afecta en mi opinión al contenido esencial. Refleja una mayor sensibilidad hacia las necesidades colectivas sin dejar de proteger el privilegio de dos generaciones de sucesores del autor difunto que pueden disfrutar en exclusiva de la explotación económica de su causante.

Por otra parte, en la medida en que la memoria del autor difunto quede tutelada, no sólo los sucesores, también el Estado puede defender la paternidad y eso es independiente de cuánto dure la propiedad intelectual. Ya la vieja Ley exigía el respeto a autor e integridad cuando se utilizaran obras caídas en el dominio público (art. 40). La nueva Ley de 1987 confirma la vigencia perpetua de dichos derechos (art. 41).

Lo que no ha diferenciado, en cuanto a la duración, la nueva Ley de Propiedad Intelectual es la subsistencia de las cesiones o adquisiciones de la propiedad de una obra tras la muerte del autor. La Ley de 1879 establecía un régimen de venta global de la propiedad intelectual y ésta permanecía en manos del adquirente ochenta años «post mortem» en exclusiva a menos que hubiera herederos forzosos, que la adquirirían por derecho de reversión, a los 25 años de muerte su causante (era una forma de establecer la legítima de los forzosos respecto a la propiedad intelectual de su causante, pero en el tiempo: de los ochenta años, dos tercios (55 años) en favor de los forzosos; un tercero, libre, en favor del adquirente en vida o del heredero voluntario (35).

Esto, sin embargo, sólo se podría afirmar de aquellos adquirentes que hubiesen «comprado» la obra, sin mención alguna de plazos, pero no de aquéllos que por contrato hubieran adquirido alguno de los derechos, normalmente con un plazo de duración concreto. Transcurrido éste, no podrían pretender para sí la propiedad de la obra, en perjuicio de herederos, forzosos o voluntarios.

La nueva Ley no distingue, como hacía el viejo artículo 6, porque sólo se adquieren bajo su imperio, derechos aislados, quedando la duda de si un contrato de cesión por tiempo indefinido —que no significa sin mención del tiempo, como prevé el artículo 43.2 —transfiere al cesionario el derecho o derechos hasta los sesenta años «post mortem».

(35) Esto no es más que una conjetura mía, pero creo que no absurda. Al promulgarse la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 todavía regía en el Derecho común la legítima de cuatro quintos, pero ya se estaba en la preparación del nuevo Código civil. Tal fragmentación del plazo «post mortem» entre adquirentes y forzosos no tiene antecedente en la Ley de 1847, que se limitaba a establecer plazos simples de 50 o 25 años desde la muerte o divulgación, sin más distinciones.

2. Queda por ver si es justificable el ejercicio «post mortem» de unos derechos que hemos considerado personalísimos e intransmisibles o, al menos, si puede admitirse un ejercicio «post mortem» sin afectar al contenido esencial del derecho a la creación.

Desde el punto de vista de protección de la personalidad del autor, fundamento de los derechos morales, las teorías sobre la personalidad pretérita o sobre la continuación de la persona o incluso sobre la subsistencia de la memoria del difunto, atribuir el ejercicio de los derechos morales encaminados a proteger las condiciones de circulación de la obra parece bastante razonable y en consonancia con la finalidad pretendida al instituir los derechos de autor. Lo único que cabría que objetar es que estamos ante derechos intransmisibles e irrenunciables «inter vivos» que, sin embargo, son disponibles «mortis causa».

Ni dicha objeción ni la voluntad presunta del autor puede admitir pacíficamente que los herederos o sucesores cualesquiera «mortis causa» del autor puedan tomar iniciativas sobre divulgar obras inéditas. Aquí las justificaciones teleológicas (qué intereses se defienden permitiendo a los herederos divulgar algo que el causante dejó inédito) y las exigencias dogmáticas (el personalísimo carácter del derecho de divulgación tenía consecuencias exorbitantes frente a los terceros) nos impiden reconocer a los herederos o sucesores «mortis causa» el derecho de divulgación que tuvo en su día el difunto.

La cuestión no es nueva. La doctrina extranjera ha venido aceptando que, muerto el autor, es aceptable un papel de los sucesores encaminado a proteger la voluntad de su causante (sus obras, su reputación), pero en ningún caso a suplantarla. El título de atribución de los derechos morales era la creación de la obra (no se le reconocen a ningún adquirente de derechos sobre la obra). Una decisión como la de publicar o divulgar algo inédito debería estar reservada sólo al autor o caer en el dominio público pasado cierto tiempo, pero es discutible que pueda pasar privativamente a las manos de cualquier otra persona.

Tanto la vieja Ley de 1879 —véase especialmente el artículo 44 sobre el inédito solemne— como la nueva Ley de 1987 (art. 15.2) admiten que los herederos o sucesores «mortis causa» del autor tomen decisiones referentes al inédito de una obra. Aún más, el Juez puede decretar la publicación de una obra que los herederos mantuvieran en el inédito vulnerando el artículo 44 de la Constitución (art. 40). Esto no supone expropiación de la propiedad intelectual globalmente considerada, sino exclusivamente del derecho de mantener inédita determinada obra del causante, pero no así del de divulgación, pues los herederos podrán controlar en todo momento las condiciones en que se divulga la obra que su causante dejó inédita. Lo

único que se ha expropiado es la decisión, por considerar el legislador que el causahabiente «mortis causa» no puede tener tantas objeciones como su causante, y que en ningún caso puede atribuírsele una posición equivalente. El artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual habla de que el Juez ordene las medidas adecuadas y esto puede entenderse como acto de divulgar y —probablemente— establecer una licencia forzosa sin expropiar (sin perjuicio) de los derechos económicos de los causahabientes. Aquella decisión supondría, por una parte, un plazo distinto a la duración de la propiedad intelectual (ver art. 27.1 de la Ley de Propiedad Intelectual) en favor precisamente de los causahabientes forzados a divulgar. El legislador español, siguiendo la línea francesa (art. 20 de la Ley de 1957) ha considerado más importante la protección de los intereses culturales de la sociedad que los intereses morales y patrimoniales de los sucesores del autor difunto. Sigue la línea, aunque por otra vía, de presencia del Estado español en materia de derecho de autor (36).

Por ello, para no forzar el esquema dogmático dibujado, debemos afirmar que el ejercicio «post mortem» no contradice la intransmisibilidad de los derechos morales ni su carácter personalísimo. No sólo los bienes de la personalidad de un difunto (lo que subsista de ellos) son protegibles por sus parientes. Es que en cierta forma, lo que adquiere el derechohabiente «mortis causa» es algo distinto que el derecho que tuvo el autor fallecido. Las prerrogativas que tuvo el autor en vida no las va a tener ninguno de sus sucesores. El derecho adquirido por el heredero, según el artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Intelectual está condicionado, en mi opinión, por las disposiciones testamentarias del difunto: no creo yo que pudiera vulnerar sin intervención del albacea o de otros herederos una prohibición expresa de divulgar; por otra parte, dicho albacea debería divulgar o encargarse de que se divulgue aquello que el autor expresamente dispuso. El Juez podrá decidir que se divulgue una obra inédita, si estima vulnerado el artículo 44 de la Constitución española a instancias, no sólo de los poderes públicos, sino también de particulares con interés legítimo. El derechohabiente «mortis causa» carece de los derechos de retirada, modificación, ac-

(36) La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ha calcado literalmente el artículo 20 de la Ley francesa (ordenar toda medida adecuada), aunque ésta habla de abuso notorio o desuso del derecho de divulgación. La Ley italiana da entrada al Juez para divulgar un inédito póstumo sólo si hay discrepancia entre los legatarios o herederos del autor (art. 24), si bien no queda excluido de la expropiación (art. 112) el derecho de divulgar tras la muerte del autor.

Respecto a la intervención del Estado en la propiedad intelectual española, es notable la persecución gubernativa de las infracciones (civiles) de la Propiedad Intelectual (LPI de 1979, art. 49; R.L.P.I., art. 63), lo que llamó la atención de la doctrina extranjera (HENRIÓN: *La protezione preventiva del diritto di autore in alcune legislazioni*, «Il diritto di autore», 1953). El R.L.P.I. de 1880 recordemos que no ha sido derogado por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 más que en aquello que contraía la nueva norma.

ceso al original (así hay que entenderlo literalmente) y de variar la paternidad propia, anónima o seudónima de las divulgaciones que realice. Con propiedad puede afirmarse que está ejerciendo un derecho absolutamente distinto del que ejerció en su vida el autor, quien detentaba unos derechos intransmisibles. Que un heredero pueda divulgar una obra no expresamente prohibida por su causante se debe, a mi juicio, más a un acto de administración de la herencia o legado recibido (se ha recibido la propiedad patrimonial de las obras y nadie ostenta ya el veto para decidir su divulgación). Si administra su herencia o legado en perjuicio de intereses culturales generales podrá verse forzado a publicar. En realidad, nadie detenta el derecho de inédito una vez muerto el autor (37).

Duración y ejercicio «post mortem» de los derechos de autor reflejan decisiones del legislador que debe tutelar tanto los derechos de la herencia como los intereses culturales de la sociedad. La transacción se ha producido una vez más.

4. SIETE DERECHOS EN BUSCA DE AUTOR. EL ARTICULO 14, NUCLEO DE LA NUEVA LEY

El título del presente estudio tenía por objeto sugerir la protección de las obras literarias, artísticas y científicas ya desde su misma denominación por el autor.

Pero el pretexto no dejaba de ser informativo y sugerente del núcleo sustantivo de la reforma del Derecho español de autor: el reconocimiento de siete derechos morales irrenunciables e inalienables al autor de cada obra.

Los párrafos conclusivos de este estudio legislativo, lejos de valorar globalmente el proyecto, para lo que no me siento autorizado ni creo que el tiempo de aplicación sea suficiente para realizarlo—, pretenden introducir al lector en el análisis de la Ley a partir del análisis del artículo 14. Después de haber visto la Ley como reguladora de un derecho y su contenido esencial, con el que se explica prácticamente la razón de ser de todas sus normas, veamos, aunque sólo sea para justificar el título —quién sabe si plagiarlo— de estas páginas qué puede extraerse de los siete números del artículo 14, eso sí, de manera muy somera y a modo de primera lectura de concordancias internas de la nueva Ley (38).

(37) A una conclusión semejante llegaba, en su día, con el derecho anterior (o mejor dicho, a pesar del derecho anterior), ALVAREZ ROMERO: *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969, pp. 93-101, en especial.

(38) La Ley italiana de 1941, en su artículo 20, reconoce derechos en defensa de la personalidad del autor; inalienables según el artículo 22; la ley francesa proclamó en 1957, en su artículo 6, un derecho inalienable, perpetuo e imprescriptible. Pero

Artículo 14. *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

a) Estos derechos corresponden al *autor*, que no al propietario ni al cesionario como podía entenderse de la lectura de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879 o de la Ley del Libro de 1975. No obstante, debe repararse en:

1.º Que conforme al artículo 119 de la Ley de Propiedad Intelectual corresponderán a los editores de obras inéditas que están en el dominio público los mismos derechos que hubieran correspondido a sus autores, durante diez años (art. 120). Estos editores podrán hacer valer su derecho moral sobre dichas obras (se sigue la línea marcada por el artículo 2.4.º de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879).

2.º Que sobre la obra audiovisual el derecho moral de los autores sólo puede ser ejercido sobre la versión definitiva de la misma (art. 93.1), establecida por pacto entre director-realizador y productor (art. 92.1). Esto no significa que guionista y autor de las composiciones musicales para la obra audiovisual no tengan derecho moral sobre su guión o su partitura, de forma aislada, pero no como tal guión o banda sonora de la obra si no coinciden con la versión considerada definitiva.

3.º Que el derecho moral es reconocido en España a todos los autores, sea cual sea su nacionalidad (art. 145.4).

4.º Que dichos derechos son predicables y exigibles por todo autor, aun de obras creadas con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley (disposición transitoria 4.^a), incluso cuando sus obras hubieran caído en el dominio público, por falta de inscripción registral, conforme a los artículos 38 y 39 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 (disposición transitoria 2.^a).

transmitible «mortis causa», al respeto del nombre, de su cualidad de autor y de la integridad de la obra; la ley alemana, en sus artículos 12 al 14, reconoce un derecho sobre la aparición pública de la obra, sobre su paternidad y contra toda deformación de la obra en perjuicio de sus intereses, derechos intransmisibles «mortis causa» (art. 28), pero no «inter vivos». La Ley portuguesa de 1985, en su artículo 56, reconoce un derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible a reivindicar la paternidad de la obra y a protegerla de deformaciones que puedan afectar a su reputación, independientemente de los derechos patrimoniales o de que hayan sido enajenados, así como a retirar la obra de la circulación, indemnizando (art. 62). Preceptos todos ellos producto de la consolidación doctrinal de los derechos morales y de su concreción legislativa, siendo el artículo 6 bis de la Convención de Berna, introducido en la revisión de Roma de 1928, el precedente más significativo, que sin embargo no influyó en el legislador español. La revisión de Bruselas de 1948 vino a establecer la obligación «iure conventionis» de reconocerlo durante la vida del autor y la facultad de cada Estado para reconocerlo o no después de la muerte de aquél, aunque la idea mínima (de Berna-Bruselas) es mantenerlos durante la vigencia de los derechos patrimoniales.

5.^a Respecto a los llamados intérpretes o ejecutantes, al artículo 107 de la nueva Ley reconoce el llamado derecho moral del intérprete de alcance más limitado que el del autor y siempre sin perjuicio de los derechos de éste último (art. 121).

b) Estos derechos son **irrenunciables e inalienables**. Esta condición personalísima debe ponerse en contraste con:

1.^o Las normas vigentes sobre coautoría, básicamente el artículo 7. No hay renuncia ni transmisión cuando todos los coautores consientan la divulgación o modificación o aun menos cuando el Juez decida a falta de acuerdo de los coautores.

2.^o Los derechos de explotación, reconocidos en los artículos 17 a 23 son transmisibles «mortis causa» (art. 42) e «inter vivos» (arts. 43 y ss.)

3.^o Cuando el autor publica bajo seudónimo o de forma anónima no se están transmitiendo los derechos morales al editor o a la persona jurídica o física a quien se haya encargado la divulgación. El instituto de la revelación del seudónimo o anónimo no debe considerarse la revocación de los derechos morales concedidos (de la concesión de derecho de paternidad no cedido), sino la modificación de las condiciones de la divulgación o modificación de la obra, a la que, como veremos de inmediato, tiene derecho siempre el autor.

4.^o El llamado por la doctrina comparada *droit de suite* (Folgerecht en Alemania), reconocido en el artículo 24, en un derecho también irrenunciable e intransmisible. De ahí que la naturaleza de este derecho sea a primera vista patrimonial (otorga un derecho a participar en plusvalía), pero de base o fundamento moral o personal (impedir la ruina o miseria de autores cuyas obras gozan de éxito en el mercado). La irrenunciabilidad e intransmisibilidad acercan este «otro derecho» —según terminología de la Ley— al derecho moral, pero no parece que lo hacen retroactivo (disposición transitoria 4.^a).

5.^o La irrenunciabilidad que la misma Ley de Propiedad Intelectual de los beneficios otorgados a los autores en el Título regulador de la transmisión de derechos de explotación, en la línea de las leyes de arrendatarios, consumidores, etc. (art. 55).

6.^o La norma derogada de la Ley del Libro de 1975, artículo 19.1.d), que permitía un pacto en contra al respeto de la integridad de la obra.

7.^o Que los derechos de divulgación, de reivindicación de la paternidad y de respeto de la obra son transmisibles *mortis causa* (art. 15).

c) No debe confundirse la infracción de los derechos morales o con los *daños morales* aludidos en los artículos 123 y 125 de la Ley. Aunque es frecuente establecer una correlación automática entre uno

y otro, hablando de derechos de autor, no es pacífico ni que la lesión de derecho moral exija daños morales ni es posible que hayan sido conferidos daños morales a un autor sin lesionar su derecho moral, sino sus derechos económicos. Véase STS (2.^a) de 23 de mayo de 1975 (R. 2.325), entre otras.

d) El Registrador del nuevo R.P.I. deberá *calificar la legalidad* de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles (art. 130.2). En consecuencia, no podrá practicar el asiento de un documento donde se haga constar que alguno de los derechos morales reconocidos en el artículo 14 no corresponden al autor de la obra, así como todo contrato o pacto por el que se transmita algún derecho moral (o de suite) o la renuncia de cualquiera de ellos.

e) Las Entidades de gestión reconocidas por la Ley sólo pueden *gestionar* derechos de explotación u otros de carácter patrimonial (art. 132).

Artículo 14-1.º. *Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*

a) *La decisión* puede plasmarse técnicamente en un contrato, como de forma paradigmática regula la nueva Ley de Propiedad Intelectual, los contratos de edición y de representación. Por ello, una vez contraído el acuerdo en estos casos, el autor asume la obligación de entregar la obra al editor o empresario de espectáculos (arts. 65.1 y 77.1), lo que puede suponer acto necesario para la divulgación, que se llevará a cabo, en sentido propio (art. 4 de la Ley de Propiedad Intelectual), sólo cuando el editor o el empresario la hagan accesible al público por primera vez. Por ello, entre la entrega, a la que estén obligados por contrato y cuyo incumplimiento daría lugar a resolución y la auténtica divulgación de la misma— su conocimiento por el público, no por el editor o empresario teatral—, el autor podría ejercer su derecho de retirada si se estima que ya la ha divulgado (o que ha consentido su divulgación) o, interpretándolo de otra forma, tiene en su mano todavía la decisión de divulgar, en el período de cumplimiento de los contratos de edición o representación, respectivamente. Esto es predicable de toda cesión atípica de derechos en que la entrega del original al cesionario no suponga divulgación.

En todo caso, el negarse a estrenar la obra ya entregada o a que se publique la ya editada, si supone derecho de retirar la obra del comercio, exigirá indemnización.

La divulgación puede realizarse de forma instantánea, sin necesidad de contrato, cuando el autor mismo procede a la edición o representación de sus obras o cuando realiza cualquiera de los actos de comunicación pública, que a modo de ejemplo son descritos en el artículo 20.2, haciendo accesible por primera vez la obra al público.

Decidir si lo que ha hecho el autor es o no divulgación será trascendente para que entren en juego las limitaciones o derechos de uso libre permitidos por los artículos 31 a 39, siendo precisamente el artículo 40 la excepción, referida a publicar de forma forzosa a instancias del Estado una obra inédita, pero siempre que se trate de un autor fallecido o declarado fallecido y que el Juez estime vulneración por sus sucesores «mortis causa» del artículo 44 de la Constitución española.

b) El autor decide también sobre la *forma de la divulgación*. Sobre las condiciones en que ésta es accesible al público por primera vez. Pero también sobre toda ulterior comunicación de la obra que no suponga cita, parodia o reproducción para uso personal.

Forma ha de entenderse desde un punto de vista jurídico por sí mismo, por un tercero, mediando o no contrato como desde un punto de vista técnico, la forma en que la comunicación al público se efectúa. Pero no parece que suponga descender, en determinados terrenos a los llamados formatos. No obstante, determinados medios pueden pretender para sí la forma de emisión de una obra según los usos de programación o de trabajo del medio. De ahí que se establezcan presunciones no legales de autorizar la modificación o adaptación a cada medio de aparición (obras audiovisuales, art. 92 «in fine») o de darle difusión *conforme a los usos* del sector editorial (art. 64. 4.º) de la edición musical (art. 71.1.º) o de la actividad del cesionario exclusivo (art. 48.2), no contando cuando se trate de divulgar una obra con la exclusiva opinión del autor en cuanto a su forma.

Porque decide cuál va a ser la forma de divulgar su obra, el autor tiene el título originario para conceder o ceder derechos de explotación sobre la misma, en forma de contratos, que si ha llegado a firmar será porque ha llegado a un acuerdo sobre dicho extremo. Pero aún más, hay normas expresas que detallan dicho control sobre la forma de divulgación:

— El editor debe someter y el autor corregir las pruebas de la tirada (arts. 64.2 y 65.3) salvo pacto en contrario.

— Las copias necesarias para la representación de obras deben ser visadas por el autor (art. 80.1).

— El autor elegirá, de acuerdo con el cesionario, tanto los intérpretes y ejecutantes como la publicidad de los actos de comunicación (arts. 80.2.^a y 3.^a), aunque en este caso no de forma omnimoda, sino con el límite, entre otros, de respetar el «derecho moral» del artista: sería contrario a Derecho (art. 107) la redacción de un programa o un cartel con omisión de los intérpretes y sus nombres, por ejemplo.

— El autor-director-realizador de la obra audiovisual elige de acuer-

do con el productor de la misma cuál será la versión definitiva de la obra. Aquí parece que ni autor del guión ni compositor de la música de la obra audiovisual, a pesar de su condición nominal de coautores (art. 87, en relación con el artículo 7) no deciden hasta las últimas secuencias las formas de la divulgación de sus aportaciones, pues si se puede decir que conservan y ejercen derechos morales sobre cada aportación originaria, la decisión de divulgación de su «parte» viene condicionada por el no perjuicio a la explotación de la obra común (arts. 7.3 y 88.2).

c) La decisión de divulgar y la forma de divulgar (con todas esas facultades de control atribuidas al autor) coloca al autor en situación de *responder* de aquello que ha lanzado al mercado de las ideas y las obras. Por ello es necesario, dado que va a obtener una protección del sistema de propiedad intelectual, que responda:

— Ante el editor (art. 65.2) y ante el empresario de espectáculos (art. 77.2) de la originalidad y de la autoría de la obra cedida.

Por ello creemos que cuando el autor haya sido obligado a entregar una obra, en virtud, por ejemplo, de una relación laboral, en virtud del poder de dirección del empresario, no puede en tal caso responsabilizarse de que no sea original —el autor no quiso o plagió inconscientemente ideas ya vistas—, aunque sí podría exigírsele que, obligado a entregar determinado material, boceto u obra acabada, advirtiera de qué objetos entregados no era autor.

— Ante cualquier otro autor, por la vía penal, de usurpar la condición de autor y plagiar parcial o totalmente sus obras.

— Si la forma de divulgación se arbitró técnicamente por una cesión exclusiva, deberá responder ante el cesionario de la ruptura de la misma, ya fuera explotando la obra por sí solo (art. 48) o cediendo por segunda vez, pendiente la primera exclusiva, asegurando, por tanto, el goce pacífico de los derechos (arts. 65.2 y 77.2).

d) Paralelamente, dada la responsabilidad asumida por la divulgación decidida por el autor (*incommodum*), debe admitirse que sea el autor el que goza del *título originario para la explotación de la obra* (art. 2) y por tanto que sea él (art. 17) el que pueda ceder en primer lugar dichos derechos de explotación (arts. 43 y ss.).

— La suerte de la obra quedará aparejada a la suerte del autor, ya otorgándole el poder de autorizar, normalmente mediante contratos (de cesión genéricamente hablando), aunque también habrá mecanismos de corrección de los acuerdos iniciales, ya sea cesión de derechos simples (art. 47) o ya se haya producido enajenación del soporte —en las artes plásticas— (art. 24), dando opción a que el autor participe del éxito económico de su obra aun después de las primeras cesiones.

— Aparece como tipo cualificado del delito contra la propiedad intelectual haber infringido el derecho de divulgación (art. 534 bis 2.º).

a') Debe repararse, no obstante, que *no supone divulgación* de una obra sin el consentimiento del autor (art. 4, a contrario) el hecho de que se venda el original de la obra, de manera especial, las obras plásticas, porque la enajenación a un particular no significa voluntad implícita de que el público lo conozca. No podría decirse lo mismo de tratarse de una venta realizada a una galería de arte, museo o pesona natural o jurídica dedicada a la exposición y difusión. El legislador ha establecido una presunción (art. 56) de enajenación del derecho de exposición y por tanto consentimiento a su divulgación, si la obra era inédita, cuando se venda el original, a menos que se haya reservado dicho derecho en la venta. Aquí opera un giro la legislación española (el artículo 9 de la Ley 1879 establecía la presunción contraria).

Artículo 14-2.º. *Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo, o anónimamente.*

Esta norma es una concreción de la anterior en cuanto a la forma de divulgación. Ya hemos visto que sobre ella el autor tiene un absoluto e irrenunciable derecho para cuyo ejercicio, por razones de mercado —en tal divulgación o en ulteriores difusiones de su obra— intervienen colaboradores instrumentales que realizan una inversión económica y que lógicamente deben instrumentar un acuerdo.

La divulgación bajo anónimo o pseudónimo, a no ser que éste sea notorio, otorga «ex lege» (art. 6) el ejercicio, que no la titularidad, de los derechos de propiedad intelectual a la persona que saque a la luz dicha obra.

La revelación de la identidad del nombre encubierto puede considerarse una revocación de la transmisión «ex lege» de dicho ejercicio, pero puede mantenerse, perfectamente, la situación anterior, si bien en este caso, el ejercicio de los derechos morales no puede ser efectuado más que por el autor.

Conforme al Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, no derogado por la nueva Ley, establece tanto el derecho de que el nombre de los autores figure en el programa y cartel de las representaciones (art. 85), como que, en lo concerniente a estrenos (caso de divulgación), el autor puede exigir o impedir que su nombre figure en el cartel y que se publique antes del estreno (art. 86).

Artículo 14-3.º. *Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*

El reconocimiento puede darse en cada uno de los actos en que la explotación o difusión de la obra se lleva a cabo: por tanto, bien los cesionarios, bien los usuarios, acogiendo a los derechos estable-

cidos en los artículos 31 a 39 de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 32 expresamente) de supuestos de libre uso de obras ajenas (Límites del derecho de autor) deberán en todo caso atribuir y correctamente la autoría de la obra explotada o utilizada sin autorización. Especialmente importante será el reconocimiento de cada uno de los coautores o de la persona natural o jurídica titular de la obra colectiva, así como el respeto absoluto al autor de la obra preexistente por el autor, cesionario o usuario de la obra compuesta o derivada (art. 9.1).

— El reconocimiento es obligado cualquiera que sea la suerte de los derechos económicos sobre la obra:

a) La muerte del autor no impide que sus sucesores en la propiedad intelectual defiendan el reconocimiento de su paternidad (art. 15.1).

b) El tránsito de una obra al dominio público no exime de respetar la autoría, esto es, de utilizar libremente, pero con atribución correcta de la paternidad de la misma (art. 41).

— La tipificación del plagio (art. 534 bis 3.º) no es sino la cobertura penal del reconocimiento y protección de la paternidad intelectual.

— Las normas reglamentarias citadas más arriba (arts. 85 y 86 de la R.L.P.I.) suponen protección tanto de la forma de divulgación del nombre como de la paternidad de las obras en cartel.

Artículo 14-4.º. Exigir la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

Plasmación en el derecho interno del final del primer párrafo del artículo 6 bis 1.º de la Convención de Berna de 1886, suscita dudas sobre la conexión entre infracción de este derecho y la lesión —imprescindible o no— con la producción de un daño moral (menoscabo a su reputación o a sus legítimos intereses). Parece que la alternativa ofrecida o daño a su reputación o daño a sus legítimos intereses sumado a que sólo es predicable de los atentados contra la obra parece desvincular la existencia de uno y otro.

Se está pensando fundamentalmente en obras plásticas —hablando de atentados—, pero la alteración, deformación o modificación, y de forma figurada, también el atentado, puede producirse sobre obras no plásticas, esto es, sobre el llamado «corpus mystichum» de la obra el contenido de la obra literaria, artística o científica:

— Esto no impide la inclusión a modo de cita de parte o totalidad de la obra ajena, en los términos del artículo 32, pero obliga al que se acoja a este derecho a no tergiversar, modificar o deformar el fragmento citado.

— Las normas que obligan al editor (art. 64.1) y al cesionario

del derecho de representación (art. 78.2) y que permiten al autor corregir las pruebas (arts. 64.2 y 65.3) o visar las copias (art. 80.1.^a) e inspeccionar las representaciones (art. 78.3.^o) no son más que concreciones del derecho reconocido en el artículo 14.4.^o.

— La prohibición de destruir el soporte original de la obra audiovisual en su versión definitiva (art. 93.2) garantiza, con independencia de las aportaciones separadas de los coautores, según el artículo 87, de la obra audiovisual, fundamentalmente la integridad física de la aportación definitiva del director-realizador.

— No debe confundirse la integridad de la obra (su contenido) con la integridad física del original (su corporeización). Pero también es protegible, en cierta forma la integridad física de los ejemplares o copias, por ejemplo, de una obra editada, dando opción al autor a recuperarlos o impedir su destrucción (art. 67.3).

— El atentado a la integridad constituye una de las circunstancias integrantes del tipo agravado [art. 534 bis 1.^o-d) del Código Penal].

La caída de una obra en el dominio público no impide exigir el respeto a la integridad de la obra en su explotación (art. 41). Este derecho normalmente será exigible por los herederos dado que habrá que esperar sesenta años desde la muerte del autor, pero conforme a la legislación anterior, cabía la posibilidad de caer en el dominio público una obra, en vida del autor, por falta de inscripción de una obra ya publicada (Ley de 1879, arts. 38 y 39, contemplados por la disposición transitoria 2.^a de la nueva Ley, lo que implicará, tanto por la retroactividad de las normas del artículo 14 como por la salvedad de los derechos de terceros, que también dichos autores podrán exigir el respeto a la integridad de la obra (el artículo 40 de la derogada Ley de 1879, respecto de las obras caídas en el dominio público exigía también el respeto: sin alterarlas).

— Un límite a la notificación o alteración por terceros se encuentra en el derecho a la parodia que no infunda confusión o lesione la consideración de la obra parodiada o de su autor (art. 39).

14-5.^o. *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*

a) La modificación es, en cierta forma, la otra cara de la moneda del derecho a exigir el respeto a la integridad. Pero, en esta ocasión, el concepto de obra originaria y sucesivas modificaciones es más espiritual, se refiere básicamente a la modificación del contenido respecto de aquél —originario— con que fue divulgada o hecha pública. Concreción de este derecho de modificación son las normas especiales sobre contrato de edición que permiten la corrección aunque dentro de un límite razonable, que puede ser pactado, de los originales entregados al editor (art. 66).

Sin embargo, el alcance de la modificación a que da derecho el artículo 14.5.º de la Ley de Propiedad Intelectual es mucho mayor y no queda constreñido por pactos. Lo que limita la modificación son los derechos adquiridos de terceros:

— Esto significa básicamente que el autor pueda modificar una obra ya divulgada —la obra en proceso de edición es discutible que ya esté divulgada, a no ser que se trate de una reimpresión— y la lance al mercado. Los terceros que tuvieran derechos adquiridos sobre versiones de la obra anteriores a la modificación no podrán ser perjudicados, de manera que, o bien queda subsistente la autorización pretérita a explotar la obra según versión antigua, o bien, si es revocada, ejerciendo el derecho de retirada, reconocida en el artículo 14.6.º, deberán ser indemnizados previamente o tendrán opción a contratar en circunstancias semejantes la versión modificada de la obra.

— Los terceros no tendrán en ningún caso derecho alguno a modificar la obra, pues como todo cesionario, o usuario acogido a los límites del derecho de autor o a la caída en el dominio público de la obra modificada por el autor, deberán respetar en todo caso la integridad de la misma (en el caso de citas: no podrá tergiversarse —debe respetarse la integridad de las ideas vertidas o contenidas en el fragmento utilizado—). Como prohibición expresa al cesionario, vid. artículos 64.1.º y 78.2.º.

— Los terceros con derechos exclusivos sobre la versión anterior de la obra que ha sido modificada por el autor, no pueden impedir al autor que explote por sí mismo la versión modificada de la obra, si éste no ha retirado la obra (en su versión anterior) o si ha ofrecido a los antiguos cesionarios explotar la versión nueva, después de la modificación.

b) Modificación no es lo mismo que transformación, en el sentido que tiene este último término en los artículos 17, 22, 11.5.º, 39, 89 y 98 (sin que se emplee en esta última norma el término transformación).

Mientras la modificación atañe principalmente a un cambio de contenido, la transformación se refiere a una alteración de la forma expresiva sin que sustancialmente varíen las ideas contenidas en la obra. Sin embargo, tratándose de obras literarias y artísticas, la distinción forma-contenido es bastante discutible y peligrosa. Es necesario precisar aún más cuándo estamos ante una versión modificada y cuándo ante la transformación de una obra.

Obra modificada sería aquella cuyos rasgos ideales han sido variados. La modificación puede ser parcial o total, pero los diálogos, la caracterización de un personaje, la estructuración de la novela, obra científica, la disposición de los colores, las masas y volúmenes, la

luz, las melodías, armonías o ritmos de una obra plástica o musical han sido variados. Lo mismo puede decirse de la obra científica, alguna de cuyas tesis son variadas, actualizadas o comentadas o demostradas de manera diferente a la primera aparición de la obra. En todos estos casos, el autor pretende variar los rasgos de la obra anterior —incluso alterando el orden de los actos de una obra dramática, aunque no haya un solo diálogo diferente—. El sentido que el autor da a la obra modificada es diferente y pretende que se identifique su obra por la versión nueva.

Obra transformada, en cambio, sería aquélla en que el medio expresivo, aunque efectivamente repercute de forma innegable en los valores estéticos de la misma y por tanto en su contenido, ha sido alterado o variado respecto de una versión original, pero pretende portar un sentido sustancialmente idéntico al de la obra original transformada. Cuando una obra es adaptada de un género artístico a otro, cuando es vertida de un idioma a otro o cuando, guardando identidad sustancial con la obra original, ha sido retocada en algunos datos accidentales: nombre de los personajes, denominación de las unidades estructurales de la obra (lo que era capítulo para a llamarse libro o acto, etc.), estamos ante las versiones distintas de un programa de ordenador (art. 98), ante la traducción, arreglo (la instrumentación de una obra musical ha sido variada), la adaptación del formato cine al video de 625 líneas (art. 89) o a la fotografía editada de un libro. Aunque artísticamente sean diferentes la obra y sus transformaciones jurídicamente son una misma obra y sus versiones en otro lenguaje.

c) Las exigencias de protección de bienes de interés cultural obligarían al autor a no modificar una obra si su obra ha sido declarada como tal. No obstante, para que ocurra esta declaración, instruido el expediente correspondiente, debe mediar consentimiento expreso del autor o adquisición de la obra por la Administración (art. 9.4 de la Ley 16/85, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico-Artístico). Dicha afirmación, a modo de principio, debe ser valorada con ciertas reservas, en tanto el consentimiento expreso del autor puede permitir que su obra, una obra suya, estando vivo él, sea declarada bien de interés cultural. Pero su consentimiento no puede significar ni la transmisión ni la renuncia a sus derechos morales. Por tanto, los derechos de visita pública gratuita y de estudio para investigadores sobre los bienes de interés cultural no eximen a mi juicio al autor su derecho a arrepentirse de una obra ante la imposibilidad ulterior de modificarla.

d) El autor parece que puede destruir su propia obra si no perjudica intereses de terceros —no está vigente una cesión de derechos ni un bien declarado de interés cultural.

Si tiene derecho (art. 14.4.º) a impedir cualquier atentado, esto parece facultarle tanto a tolerar dicho atentado por parte de otro

como a realizarlo él mismo, siempre que la propiedad del soporte original sea suya.

Los herederos, que tienen derecho a impedir la alteración, atentado o cualquier otra persona que adquiera «mortis causa» el derecho reconocido en el artículo 14.4.º de la Ley de Propiedad Intelectual, no pueden, sin embargo, destruir la obra, aunque no perjudique a terceros, porque no adquieren el derecho reconocido en el artículo 14.5.º (en ningún sentido pueden modificar la obra).

Artículo 14-6.º. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

La retirada de la obra se realiza del comercio. Eso quiere decir que no necesita ser una obra divulgada para ejercer el derecho reconocido en el artículo 14.6.º:

a) Comercio implica que la obra ha mostrado un valor patrimonial y que ha generado derechos —o está en condiciones de generarlos— en favor del autor (explotación) o de terceros, pero también que ha sido objeto de simple compraventa sin finalidad de explotación que la obra por el adquirente.

b) Es irrelevante a efectos del derecho de retirada que el público la conozca o no. Por ello, si se retira una obra que había sido entregada al editor, desconocida por el público, no divulgada no se está ejerciendo el derecho de divulgación o, mejor dicho, además del derecho de divulgación (decidir en todo momento si ha de ser divulgada o no) el autor ejerce el derecho de retirada, por lo que deberá indemnizar al editor.

c) Las convicciones intelectuales o morales cambiantes no pueden ser objeto de prueba obligada. Prima la previa indemnización (en contraste con las normas de los artículos 91 y 93 del R.L.P.I. de 1880 vigente, aunque no en este punto concreto).

d) El ejercicio de retirar una obra y ofrecer una versión modificada de la misma han de entenderse simultáneos o debidos a una misma causa. Por ello, si el autor decide reemprender la explotación de la obra, debe entenderse la obra o sus versiones modificadas, por lo que se refiere al derecho de los causahabientes anteriores.

e) Las convicciones intelectuales o morales alteradas aparecen más como implícitas que como explícitas. Lo que se trata de evitar es que la única causa alegable por el autor es que ha recibido una oferta

económica de explotación mejor a la presente, estando pendiente una cesión de derechos y el cumplimiento de un contrato. Aparece como límite al derecho moral que puede legitimar la ruptura del contrato —siempre que no se deba a causas exclusivamente económicas—.

f) No parece que el autor deba indemnizar al tercero titular de derechos de explotación cuando, habiendo sido rechazada plenamente por el público y el cesionario decidiera mantener en cartel dicha obra de estreno (art. 82, que extingue el contrato, a diferencia del artículo 89 de la R.L.P.I., que exime al empresario teatral de dar las tres representaciones de una obra de estreno; norma que parece facultarle para prolongarlas a pesar de su fracaso inicial).

g) Concreción del derecho de retirada debería ser la retirada de la aportación de cualquiera de los coautores de una obra audiovisual (art. 91) por negativa injustificada, pero dicha no justificación no tiene valor paralelo a la alegación de cambio de convicciones y, en todo caso, debería haber previa indemnización, cuando lo que hay es «expropiación», uso forzoso de la parte ya realizada por el coautor disidente, respetando los derechos de éste. Como tiene el derecho irrenunciable reconocido en el artículo 14.6.º, hay que concluir que la negativa *justificada* es ejercicio legítimo del mismo, sería la concreción, en el campo de las obras audiovisuales, del derecho reconocido en el artículo 14. ¿Cabe ampliarlo a todo ejercicio del derecho de retirada? Esto es, negativa justificada significa negativa por cambio de convicciones que basta alegarlas —difícil sería demostrarlas— o por el contrario, el cambio de convicciones debe ser además justificable y justificado.

h) No existe deber de indemnización cuando el autor retira del comercio una obra que su cesionario —de manera significada el editor— había decidido vender como saldo (art. 67.2) liquidar los ejemplares restantes extinguido el contrato de edición (art. 70) o destruir los ejemplares (art. 67.3). Dicha retirada —de hecho— de la circulación, no obliga a indemnizar, pero no permite, a cambio, explotar los ejemplares por el autor. Si el autor decidiera reemprender su explotación —una obra que ha fracasado en sus primeros años, pero que puede ponerse de moda posteriormente— no parece vinculado por el segundo párrafo del artículo 14.6.º si el editor (anterior titular) había decidido saldarlos o destruirlos.

Que el autor no pueda destinar a usos comerciales los ejemplares saldados o salvados de la quema, se refiere a esos concretos ejemplares, pero no parece que obligue a explotar la misma obra con el editor que quiso deshacerse de ella.

14-7.º. *Acceder al ejemplar raro o único de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

Este derecho no podrá permitir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen:

a) Cuando se trate de una compraventa del soporte físico original de una obra, el autor vendedor conserva todos los derechos que no haya cedido y, en todo caso, los derechos morales (art. 56.1).

b) Si se trata de una obra de arte plástica o fotográfica, deberá hacer reserva expresa del derecho de exposición pública de la misma en el acto de enajenación para conservarlo. En todo caso conservará los demás derechos no expresamente transmitidos (art. 56.2). Es muy difícil admitir una derogación del derecho de divulgación, pues el artículo 56.2 entiende consentida la divulgación de obra no divulgada por el hecho de su enajenación, salvo reserva, pero quedando el mecanismo de las medidas cautelares para reforzar y hacer efectiva su oposición a que sea divulgada la obra vendida.

c) El editor debe restituir al autor el original de la obra una vez finalizada la impresión y tirada de la misma (art. 64.6.º). Cabría pensar en un ejercicio del derecho de acceso al original en el período de edición, si bien deberán conciliarse las obligaciones contractuales y la buena fe en su cumplimiento con el segundo párrafo del artículo 14.7.º.

d) Queda prohibida la destrucción del soporte original de la obra en su versión definitiva (art. 93.2). Es la única manera de hacer posible la norma del artículo 14.7.º, teniendo en cuenta que sólo pueden ejercer derechos morales sobre la versión definitiva de la obra audiovisual (art. 93.1), pero no podrán destruirse igualmente las aportaciones originales de los coautores (guión y partitura de la banda sonora, especialmente) sobre la que cada autor tiene sus derechos morales y, por tanto, derecho a acceder a las mismas si estuvieran en manos de un tercero (posiblemente, el productor audiovisual). Lo que sí parece destructible» son las versiones primera e intermedias de la obra audiovisual en conjunto, a salvo lo establecido en el contrato de producción. Tanto sobre las aportaciones separadas como sobre el original de la versión definitiva podrán ejercer los coautores el derecho de acceso.

e) Parece comprendido en ejemplar único las instrucciones del programa de ordenador, si bien en la mayoría de los casos los problemas vendrán dados en obras de arte plástico y no en objetos de tan fácil reproducción, como los programas donde original y copia son difícilmente diferenciables. En el caso de que el autor quiera acceder al ejemplar raro de un programa de ordenador, parece que tendrá derecho a acceder a las instrucciones, aunque esté siendo explotado por otro.

Conclusión

Baste por el momento de concordancias y terminemos aquí una primera lectura de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Como he dicho más arriba no cabe una valoración de la Ley mientras no entre en rodaje su aplicación. Podemos resumir el camino andado.

El contenido esencial del derecho a la creación y producción artística reconocido en el artículo 20.1.b) CE exige reconocer a los creadores y productores de una obra en un status diferente respecto a los adquirentes, usuarios y respecto al propietario ordinario protegido por el artículo 33.1 de la Constitución española. Si bien se ha estimado que la creación es un modo de adquirir la propiedad similar a la ocupación o hallazgo y en algunos casos coincidente o concomitante con la especificación, el sólo hecho de la creación debe dar lugar a una protección del autor respecto de su criatura. No basta con decir que en el artículo 20.1.b) se reconocen genéricamente los derechos morales. Ni el artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos ni la eficacia pretendida al crear el derecho de autor autorizan para afirmar que la protección esencial al autor reside únicamente en el campo moral (bastaría de manera indirecta la invocación del artículo 18 de la Constitución española). Es esencial para la protección atribuir originalmente la explotación económica de la obra, para dar sentido al ejercicio de los derechos morales y para no crear desde el comienzo un conflicto por la Ley, que el derecho moral se atribuya a una persona y el económico a otra («cessio legis» o no) como regla general. La regulación de la Ley que respete el contenido esencial del artículo 20.1.b) deberá atribuir un derecho personalísimo sobre la divulgación de la obra (como parece haber hecho la Ley 22/87) y deberá exigir el consentimiento del autor para utilizar su obra, salvo excepciones legalmente tasadas que no vulneren el derecho de divulgación (como parecen hacer los artículos 31 a 40 de la nueva Ley, aunque no totalmente el artículo 56), excepciones que sólo pueden tener justificación, bien en la función social de los derechos, bien en el derecho reconocido en el artículo 44 de la Constitución española. En algunos casos, como en la copia para uso privado no comercial ni colectivo (art. 31.2) además de la función social, parecen haber primado criterios de pragmatismo (es imposible controlar todo tipo de copias).

En lo único que la Ley 22/1987 parece apartarse de la exigencia constitucional, que genéricamente reconoce su derecho a los creadores (y los creadores no lo son en abstracto, lo son de obras concretas) es en el rango de Ley Orgánica que el Parlamento no ha estimado procedente al caso. No creemos que vaya a ocurrir lo que en el caso de la Ley de Control de Cambios, por lo que dicha Ley de Propiedad Intelectual se mantendrá durante lustros, vigente, como Ley ordina-

ria. En todo caso el Parlamento está más autorizado que el que esto firma para interpretar la Constitución.

La Ley puede empezarse a leer por el índice, ver la estructuración en cuatro libros, la tabla de disposiciones transitorias y las derogaciones que muestran cómo la Ley 22/87 ha refundido el mar de disposiciones anteriores, quedando vigente el Reglamento de 1880 y pendientes de dictarse por la Administración reglamentos sobre el derecho de suite (art. 24) sobre el canon de compensación (art. 25).

Yo me permito, sin embargo, invitar a una lectura a partir del artículo 14 de la Ley. Si las piezas encajan, parece que estamos ante una Ley imperfecta o discutible, pero que responde sistemáticamente a los intereses para los que fue creado el derecho de autor. La eficacia de dicha protección la mostrarán los próximos años.